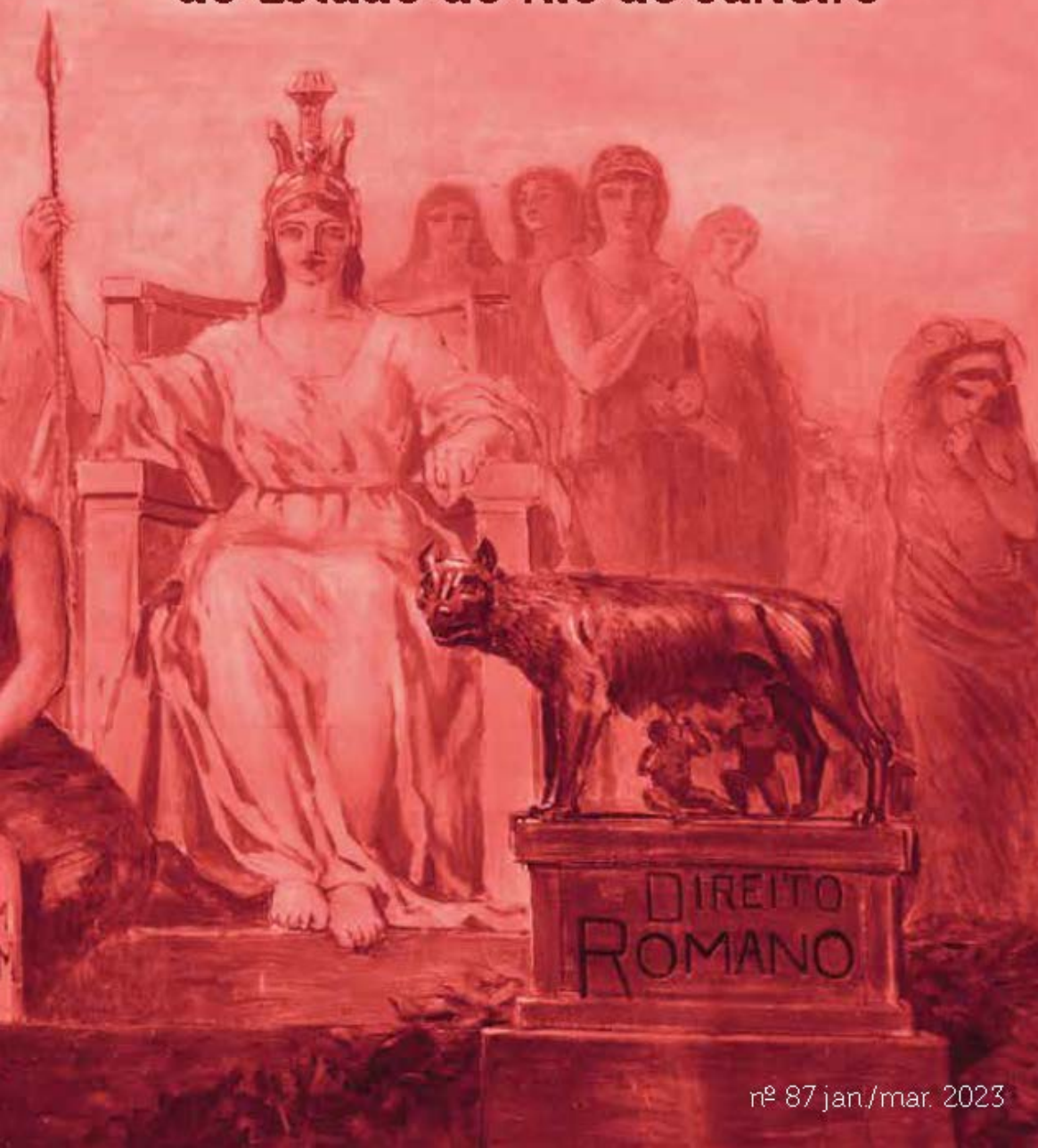



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



**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

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
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: rmp@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

1995-2022 (1 - 86)
2023 (87,
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

Marlon Oberst Cordovil
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

David Francisco de Faria
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
Anderson Albuquerque de Souza Lima

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

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel
Luiz Fabião Guasque
Flávia de Araujo Ferrer
Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Márcio Mothé Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira

**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 primeira edição de 2023 da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem a lume num momento em que o mundo se abre novamente para as atividades presenciais, após o isolamento que nos foi imposto pela pandemia. Mas o isolamento não impediu o surgimento de novos desafios, em todas as áreas do conhecimento, com reflexos expressivos na área jurídica. E a nossa Revista não poderia deixar de acompanhar, principalmente por meio da publicação de artigos, peças processuais e jurisprudência, o desenrolar desses novos temas, fornecendo esclarecimentos relevantes para os seus leitores.

A seção de “Doutrina” é inaugurada com o oportuno texto de Ana Beatriz de Oliveira Machado, intitulado “O reflexo da categoria social ‘mulher’ no sistema criminal brasileiro”. Como destacado pela autora, a mulher se apresenta como “arquétipo da ordem humana imaginada de sua sociedade, que lhe confere papéis exclusivamente femininos, políticos e mutáveis: ‘deusas’, ‘bruxas’, ‘históricas’, ‘donas de casa’” (*verbis*). O propósito do artigo é o de esclarecer como esse “arquétipo” pode ser interpretado no âmbito do sistema criminal. E no exame desse sistema, surge o artigo de Hélivio Simões Vidal, cujo título é bastante significativo: “Os vasos (in)comunicantes: uma introdução sociológica ao sistema de justiça criminal”, enfatizando o grave problema da “desintegração” entre as esferas de controle penal, como polícia, justiça e sistema penitenciário. Adentrando a área técnica de atuação do direito penal, destacam-se os textos de Rodrigo de Abreu Fudoli, sobre “O Brasil e a transferência de pessoas condenadas”; de Dário Marcelo Menezes Brandão, intitulado “A representação e o crime de estelionato” e, finalmente, o trabalho de Juliana Melo Dias, sob o título “Mortos não são testemunha: a inadmissibilidade da prova psicografada devido à ausência de fiabilidade”. A propósito desse último tema, vale lembrar que a nossa Revista foi brindada, tempos atrás, com o excelente artigo do querido mestre Sérgio Demoro Hamilton, abordando justamente a tormentosa questão da prova obtida do sobrenatural. Em edição comemorativa, em homenagem ao nosso diretor honorário, o assunto foi novamente abordado, trazendo-se à colação a opinião balizada do professor Demoro.

Ainda em sede doutrinária, fora do círculo criminal, encontram-se as publicações de Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis, sobre “A atuação do Ministério Público na defesa do direito ao acesso à informação pública como instrumento de combate à corrupção”; João Carlos Mendes de Abreu, sobre o “Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma invenção polifônica (Uma visão geral sobre a decisão de saneamento do IRDR)”; Luciana de Jorge Gouvêa, intitulada “A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento”; Márcio Carvalho Faria, com o título “Quem tolera a litigância de má-fé com ela se compadece? Um réquiem ao combate ao improbus litigator” e, finalmente, o artigo de Tadeu Luciano Siqueira Andrade, versando sobre “A vulnerabilidade comunicativa nas relações jurídico-consumeristas: um Direito

Fundamental”, chamando a atenção do leitor para o fato de que “a linguagem jurídica, usada de forma rebuscada e arcaica, funciona como um bloqueio para o cidadão comum aos seus direitos” (*verbis*).

No Observatório Jurídico, o instigante artigo “No Direito brasileiro, tudo é uma questão de princípios” de Felipe Ribeiro, ilustrado com a frase do ilustre ex-ministro Ayres Brito: “Com tantos princípios, eu deito e rolo”. E Vladimir Aras nos contempla com “Halet vs. Luxemburgo: a proteção aos *whistleblowers* a partir do caso Luxleads”, julgado pela Corte Especial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

No Observatório Filosófico, se destaca o artigo do Professor Adolfo Borges, “Breve estudo sobre a filosofia produzida no período de Plotino a Guilherme de Ockham, A importância do pensamento de Agostinho e Tomás de Aquino. Um salto para a Cabala judaica: Ein Sof”, instigante análise historiográfica de teorias teológico-filosóficas sobre a fé e a existência de Deus. Outro autor não menos memorável nessa seção é Danilo Elias Pereira, com o artigo “Ceticismo externo e verdade moral: entre Arquimedes e Pickwick”; por sinal, dois conceitos que encontram plena ressonância na área da Filosofia do Direito.

Na seção “Memória Institucional”, a personalidade homenageada é o saudoso mestre Roberto Lyra, o “Príncipe dos Promotores Públicos”; título que lhe foi atribuído pelo douto Evandro Lins e Silva. Importante assinalar que no prédio dos Procuradores de Justiça, a homenagem ao grande mestre se tornou perene com a entronização do totem “Tributo a Roberto Lyra”.

E, na “Jurisprudência Internacional”, o “Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil” é objeto de divulgação, mais um passo direcionado à compreensão da influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a ordem interna.

Por fim, resta-nos agradecer uma vez mais aos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma proveitosa leitura.

EMERSON GARCIA

Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO

Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

O reflexo da categoria social “mulher” no sistema criminal brasileiro

Ana Beatriz de Oliveira Machado..... 19

A representação e o crime de estelionato

Dário Marcelo Menezes Brandão 29

Os vasos (in)comunicantes: uma introdução sociológica ao sistema de justiça criminal

Hélvio Simões Vidal..... 97

Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma invenção polifônica (Uma visão geral sobre a decisão de saneamento do IRDR)

João Carlos Mendes de Abreu 141

Mortos não são testemunha: a inadmissibilidade da prova psicografada devido à ausência de fiabilidade

Juliana Melo Dias 165

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Luciana de Jorge Gouvêa 191

Quem tolera a litigância de má-fé com ela se compadece? Um réquiem ao combate ao *improbus litigator*

Márcio Carvalho Faria 237

O Brasil e a transferência de pessoas condenadas

Rodrigo de Abreu Fudoli 263

A atuação do Ministério Público na defesa do direito ao acesso à informação pública como instrumento de combate à corrupção

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis 289

A vulnerabilidade comunicativa nas relações jurídico-consumeristas: um Direito Fundamental

Tadeu Luciano Siqueira Andrade..... 319

Observatório Jurídico

No Direito brasileiro, tudo é uma questão de princípios

Felipe Ribeiro 331

Halet vs. Luxemburgo: a proteção aos *whistleblowers* a partir do caso *LuxLeaks*

Vladimir Aras 333

Observatório Filosófico

Breve estudo sobre a filosofia produzida no período de Plotino a Guilherme de Ockham. A importância do pensamento de Agostinho e Tomás de Aquino. Um salto para a Cabala Judaica: *Ein Sof*

Adolfo Borges Filho 339

Ceticismo externo e verdade moral: entre Arquimedes e Pickwick

Danilo Elias Pereira 347

Peças Processuais

Peças

Peça Processual. Agravo de Instrumento. Processo nº 1.0000.22.265494-9/0001. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso apresentado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, lastreado no § 4º, do artigo 1.024, do CPC, para complementar as razões ministeriais expostas no recurso de Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001. Objetiva o regular prosseguimento da ação de improbidade administrativa, especialmente considerando que a eficácia do § 4º, do artigo 21, da Lei nº 8.429/92 encontra-se suspensa, por força da decisão do STF, e a necessidade de se apurar a responsabilidade ressarcitória, que pode remanescer mesmo que afastada a incidência da LIA, como dispõe o § 16 do seu art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação atual.

José Carlos Fernandes Junior 363

Peça Processual. Ação Civil Pública. MPRJ nº 2017.01228221. 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital. Ação em face do Município do Rio de Janeiro. Objeto: assegurar o fiel cumprimento do disposto no artigo 212, da Constituição da República, que determina que os municípios apliquem, em manutenção e desenvolvimento do ensino, nunca menos de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, sendo certo que as normas constitucional e legal vedam

que os recursos resultantes dessa vinculação de impostos sejam destinados a despesas que não sejam consideradas estritamente vinculadas ao ensino, entre elas o pagamento de aposentadorias e pensões, nos exatos termos do art. 212, § 7º, da CF.

Marcos Moraes Fagundes377

Memória Institucional

Nota Introdutória441

História em Destaque

Tributo a Roberto Lyra.....443

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 218.884 / PERNAMBUCO. Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Processual Penal militar. Condenação. Revisão criminal. Comprovação do crime de corrupção passiva. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. Agravo Regimental desprovido.

Primeira Turma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Sessão Virtual de 16.09.2022

a 23.09.2022.451

Jurisprudência Cível

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714/ DISTRITO FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. 3. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. 4. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. 5. Impossibilidade de arrependimento ao veto. 6. Precedentes. 7. Medida cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020. 8. Medida cautelar referendada pelo Plenário. 9. Apreciação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem de Veto 25, com superação do veto ao art.

3º-A da Lei nº 13.979/2020. Perda superveniente de objeto. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente para restabelecer a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020.

Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Sessão Virtual de 05.02.2021

a 12.02.2021.473

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.278 / RIO DE JANEIRO. Agravo interno. Recurso Extraordinário com Agravo. Fundamentação do acórdão recorrido em consonância com o tema 339 da Repercussão Geral. Atuação do poder judiciário para tutela de Direitos Fundamentais. Violação à separação dos Poderes. Inexistência. Acórdão recorrido em conformidade com a Jurisprudência desta Suprema Corte. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. Súmula 279/STF.

Primeira Turma. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Sessão Virtual de 27.05.2022

a 03.06.2022.....495

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

HABEAS CORPUS Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7). *Habeas Corpus*. Conflito de competência. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias e o Juízo de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Estupro de vulnerável praticado pelo ex-padrasto contra a enteada. Violência de gênero configurada. Competência da Vara de Violência Doméstica Contra a Mulher. Precedentes desta Corte Superior.

Terceira Seção. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Julgado: 26.10.2022.....519

Jurisprudência Cível

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2018450 / RIO DE JANEIRO (2021/0346212-8). Processual Civil. Ação Civil Pública. Fornecimento de energia elétrica. Proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Estado democrático e social de direito. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Alegação genérica. Súmula 284/STF. Supremacia do CDC (Lei nº 8.078/1990) sobre normas regulatórias editadas pelas agências. Arts. 6º, VII e X, e 22 do CDC. Princípio da separação dos poderes. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Art. 6, *caput*, da Lei nº 8.987/1995.

Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Sessão Virtual de 04.10.2022

a 10.10.2022.....559

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2045422 / RIO DE JANEIRO (2021/0404089-6). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação Civil Pública. Falha na prestação de serviço público. Operação da linha 462 (São Cristóvão x Copacabana) redução da frota em circulação. Danos materiais e morais coletivos comprovados. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Não verificada. Ofensa aos arts. 22 do CDC 186, 188, 927 e 944 do CC/2002. Matéria de prova. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Agravo Interno improvido.

*Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. Sessão Virtual de 03.11.2022 a 09.11.2022.....*571

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória591

Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil593

Noticiário

Robson Renault Godinho despede-se da vice-diretoria da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2013 a 2023)673

PGJ participa da cerimônia de posse do Governador Cláudio Castro675

MPRJ participa da cerimônia de posse do Presidente reeleito do TCE-RJ, Rodrigo Melo do Nascimento677

Luciano Mattos é reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça679

Conselho Superior do Ministério Público empossa novos membros para o biênio 2023-2025681

PGJ participa da comemoração dos 30 anos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público683

PGJ e governadores se reúnem no 7º Encontro do Consórcio de Integração Sul Sudeste685

MPRJ e Camperj lançam programa de voluntariado para membros e servidores687

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO689



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



O reflexo da categoria social “mulher” no sistema criminal brasileiro

(The reflection of the social category “woman” in the Brazilian criminal system)

Ana Beatriz de Oliveira Machado*

Sumário

1. Introito: os arquétipos femininos e sua historicidade. 2. O espelhamento do sexismo no sistema criminal brasileiro. 3. Conclusão: cultura penal e feminismo, é possível esta aproximação? Referências bibliográficas.

Resumo

Uma mulher não é um *sapiens* com dois cromossomos X, um útero e uma boa dose de estrogênio. Em vez disso, ela é um arquétipo da ordem humana imaginada de sua sociedade, que lhe confere papéis exclusivamente femininos, políticos e mutáveis: “deusas”, “bruxas”, “histéricas”, “donas de casa”... No sistema criminal brasileiro, extensão jurídico-política da violência e do sexismo da sociedade civil, o recato, a docilidade e a submissão das mulheres são elementos que o nortearam e continuam a norteá-lo desde quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até a imposição e execução da pena. Privilegiar a historicidade das relações de poder e dos processos de subjetivação política, em substituição à homogeneidade da identidade comum, armadilha da razão dominante que transforma a feminilidade em um recurso político e não em uma identidade política, é a proposta deste artigo para a aproximação ideológica da cultura penal em nosso país às agendas dos movimentos feministas.

Summary

A woman is not a sapiens with two X chromosomes, a uterus and a good dose of estrogen. Instead, she is an archetype of her society's imagined human order, which gives her exclusively feminine, political, and changing roles: “goddesses”, “witches”, “hysterics”, “housewives”... In the criminal system Brazilian, juridical-political extension of the violence and sexism of civil society, the modesty, docility and submission of women are elements that have guided it and continue to guide it from the moment a suspicion of crime is detected

* Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bacharela em Direito (PUC-Rio). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

or presumed to be detected until the imposition and execution of the sentence. Privileging the historicity of power relations and processes of political subjectivation, replacing the homogeneity of the common identity, a trap of the dominant reason that transforms femininity into a political resource and not into a political identity, is the proposal of this article for the ideological approximation from penal culture in our country to the agendas of feminist movements.

Palavras-chave: Mulher. Feminilidade. Feminismo. Sistema criminal brasileiro. Interseccionalidade.

Keyword: *Woman. Femininity. Feminism. Brazilian Criminal System. Intersectionality.*

1. Introito: os arquétipos femininos e sua historicidade

Do VIII ao VI milênio, entre o fim do período Paleolítico e o início da Idade do Bronze, o homem ignorou sua participação na procriação. Supunha que a vida pré-natal começava no coração da terra-mãe, antes de ser introduzida por um sopro no ventre da mãe humana. A organização social era matrilinear. Mas conforme a agricultura foi ganhando importância, o homem abandonou a caça e sua convivência cotidiana com os animais o fez perceber que as ovelhas segregadas não geravam cordeiros nem produziam leite. Os filhotes só nasciam após o carneiro “cobrir” a ovelha. Desse modo, ele constatou que o que fertilizava a mulher era uma substância nela colocada: o sêmen do macho! Conquanto a todos fosse dado saber por qual mãe o filho havia sido gerado, sob a origem paterna pairava a incerteza. Contava-se até então só com o árduo controle sobre as relações sexuais das mulheres para a identificação dos genitores das “crias”.¹

Em sendo a reprodução encarada de um modo “monogenético”, como fruto do sêmen criador do pai, os homens não só se tornaram os motores fundamentais da gênese da nova vida física, como estenderam o seu poder de procriação a outro domínio, a capacidade de dar à luz o direito político. A assertiva se comprova observando-se que nas histórias do Contrato Social,² desde os séculos XVII e XVIII, quando John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, seus autores clássicos, começaram a contá-las, as mulheres foram excluídas, seja na versão de que os homens trocaram as inseguranças do estado natural pela liberdade civil, salvaguardada pelo Estado, seja naquela de que a liberdade foi conquistada por filhos que renegaram a sujeição natural ao pai, substituindo o regime paterno pelo governo civil. Tanto em uma quanto em outra interpretação, o artifício do estado natural foi utilizado para

¹ O teste de DNA para a determinação da paternidade só veio em 1985, criado pelo geneticista Alec Jeffreys, na Universidade de Leicester (Inglaterra).

² Segundo a corrente teórica do contratualismo, a transição do estado de natureza para um contexto de sociedade, de maneira simplificada, sucedeu-se pelo firmamento de um acordo, nomeado Contrato Social, com uma instituição, o Estado.

explicar o contrato original como um ato racional, para o qual somente os homens eram "indivíduos" dotados dos necessários atributos.³

Levando em conta que, naquela época da descoberta da paternidade, um pai não podia se tornar pai a não ser que uma mulher se tornasse mãe, e ela não podia se tornar mãe sem um ato sexual, a cientista política Carole Pateman, em *O Contrato Sexual* (1988), ressalta que a gênese do poder político originário, na verdade, está no direito sexual ou conjugal e não na paternidade, pois, mediante a exclusão das mulheres da categoria de "indivíduos" aptos a assunção do contratosocial, logrou-se omitir que o citado contrato, além de social, seria sexual no sentido patriarcal, isto é, criador do direito político dos homens sobre as mulheres, e também sexual sob o viés do estabelecimento de um acesso sistemático ao corpo feminino.

A história do contrato social, outrossim, foi tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não foi encarada como sendo politicamente relevante, conferindo-se a impressão de que os contratos sexual e social eram dois contratos distintos, embora relacionados, e que o contrato sexual cingia-se à esfera privada. Consequentemente, o patriarcado não parecia relevante para o mundo público. Acontece que ainda que as mulheres não tenham tido um papel no contrato social, elas não foram deixadas para trás, no estado natural. Incorporaram-nas a uma esfera que, separada da esfera "civil", fazia e não fazia parte da sociedade civil. Nessa toada, a esfera privada, feminina (natural), e a esfera pública, masculina (civil), eram contrárias, mas uma adquiriu significado a partir da outra, e o sentido de liberdade civil da vida pública foi ressaltado quando contraposto à sujeição natural que caracterizava o domínio privado.

Em 400 a.C., a história da tentação de Eva pela serpente fez dela e de todas as mulheres o bode expiatório dali por diante. Mas, segundo o *Alfabeto de Ben Sirá*, um dos textos do *Talmud*, documento que é a base do judaísmo rabínico, ela não foi a primeira mulher de Adão. Antes dela, houve Lilith, que, ao contrário da versão jeovista da história da criação, não derivou da costela masculina. Lilith e Adão teriam sido feitos a partir da poeira ou do barro. Em determinado momento, Lilith ousou pedir a inversão da posição mais natural do sexo (a mulher por baixo e o homem por cima), na busca por uma harmonia que refletisse a igualdade na criação dos dois corpos e

³ Quase todos os autores clássicos sustentaram que as diferenças de racionalidade derivavam de diferenças sexuais naturais, afora Hobbes, que descrevia os dois sexos como naturalmente livres e iguais. Para tais autores, somente os homens dispunham das aptidões de "indivíduos" livres e iguais. Na mesma vertente, as histórias conjecturais de Rousseau e Freud sobre a origem da vida social ressaltavam que as mulheres, hostis a participação masculina na vida civil e incapazes de se juntar a eles nos deveres civis, por conta do superego menos independente das origens emocionais, viraram uma ameaça permanente à ordem social e política, daí sendo necessária a submissão de seus corpos à razão e decisões masculinas. A filosofia kantiana também partilhava da perspectiva de que a capacidade humana de agir de acordo com as leis morais universais e de participar da vida civil é sexualmente diferenciada. Derivadas do sentimento e não da razão, as mulheres, segundo tal filosofia, seriam incapazes de compreender princípios, afigurando-se inútil tentar compatibilizar sua moralidade às regras universais. Hegel, igualmente, encarava as mulheres como politicamente subversivas, por natureza. Ele acreditava que, por ser a família o verdadeiro destino delas, elas estariam imbuídas da devoção ao lar como padrão ético de pensamento, pervertendo a propriedade universal do Estado em um ornamento de família.

das duas almas. Adão lhe respondeu que ela deveria suportar seu corpo. Lilith, irritada, abandonou o Jardim do Éden e passou a viver como um demônio no Mar Vermelho. Deus deu a Adão, então, Eva, a esposa que provou da árvore proibida, em obediência à serpente. Indubitavelmente, ambas personificaram o pecado da transgressão. Lilith pediu a inversão das posições sexuais equivalentes aos “papéis” de cada gênero. Eva pensou que não haveria morte na assunção da sabedoria interdita. Lilith desobedeceu à supremacia de Adão, Eva transgrediu a proibição.

Também na Grécia, pelo mito de Pandora, percebe-se a centralização, na figura feminina, da culpa pelas mazelas do mundo, a justificar a incidência de grande controle social. De acordo com tal mito, Pandora foi a primeira mulher, criada no céu a mando de Zeus, que desejava castigar os homens depois que Prometeu entregou a eles o segredo do fogo. Cada deus contribuiu com a sua criação, concedendo-lhe um dom diferente, e ela foi enviada à Terra para seduzir Epimeteu, irmão de Prometeu. Impressionado com sua beleza, Epimeteu casou-se com ela. Mas Pandora tinha um segredo terrível. Ela recebera dos deuses uma caixa selada, que jamais deveria ser aberta. Curiosa, resolveu abrir a tampa, espalhando todas as mazelas do mundo que lá estavam aprisionadas. Ao se apressar em tampar a caixa, deixou presa a única antítese da destruição: a esperança.

No decurso das guerras na Antiguidade, do fim do Império Romano e da introdução das invasões bárbaras, o homem se dedicou à arte militar, ao passo que as mulheres exerceram o poder de vida e de morte na atuação como curandeiras, realizando partos e cuidando dos doentes com ervas e unguentos. Esse contexto, somado à representação feminina à guisa de fonte do mal em figuras mitológicas helênicas como as amazonas, as parcas e as erínias,⁴ propiciou o irrompimento, no mundo medieval, da incriminação feminina na categoria de “bruxas”.⁵ Para que deixasse de afligir a hegemonia masculina e o poderio da Igreja, tal categoria foi purificada pelo mito da mãe de Jesus – a Virgem Maria, representação feminina que, completamente dessexualizada, não era temida por ninguém, mas venerada por todos.

Na Idade Moderna, a regulação sexual metamorfoseou da referência teocrática para a médico-científica, ao abrigo da transposição comtiana⁶ das leis da natureza para a sociedade e com vista ao evolucionismo moral e político do ser humano. As “descobertas científicas” vincularam a natureza da mulher à docilidade frágil e submissa, essencial ao cumprimento do dever maternal, de sorte que aquelas que, pela “devassidão”, infidelidade, homossexualismo e outros “desvios”, rompessem com a finalidade reprodutora socialmente prescrita, diagnosticadas eram como histéricas.

⁴ As amazonas devoravam o homem após o ato sexual, as parcas cortavam os fios da vida e as erínias imprimiam vingança e loucura aos destinos humanos.

⁵ A começar pela etimologia da palavra fêmea – fé de menos, associaram a mulher à concupiscência dionisiaca, em contraposição à perfeição apolínea do arquétipo masculino.

⁶ O francês Auguste Comte, na conjuntura pós Revolução Francesa e pós primeira fase da Revolução Industrial, quando a Ciência Moderna dava seus primeiros passos, criou a filosofia positivista, linha de pensamento que se pautou na ideia de que os fenômenos sociais deveriam ser estudados com o mesmo rigor científico que as demais ciências naturais tratavam seus respectivos objetos de estudo.

A irresignação feminina para com a “normalidade” institucionalizada foi, deste modo, justificada em uma predisposição à insanidade moral.

No período entre 1850 e a virada do século XX, tanto na Grã-Bretanha como nos Estados Unidos, os baixos salários, as longas jornadas de trabalho e a crise na vida doméstica causada pela inclusão das mulheres nas fábricas predispuseram a transição da indústria leve para a pesada (“Segunda Revolução Industrial”) a um novo sistema de produção. Demandando alta produtividade e formas mais intensivas de exploração, esse sistema, como observou Silvia Federici, em *O Patriarcado do Salário*, composto por sete ensaios escritos entre os anos de 1975 a 2008, estribou-se na criação da dona de casa em tempo integral, incumbindo-a de garantir que o “salário familiar” fosse bem gasto, que o trabalhador estivesse bem cuidado para ser exaurido por outro dia de trabalho e que as crianças estivessem sendo entabuladas ao futuro destino de trabalhadores e trabalhadoras – trabalhos domésticos não remunerados, ideologicamente categorizados como “atos de amor” insitos à “biologia” feminina, eclipsando a real condição depilares da produção capitalista.

Deusas, bruxas, histéricas e donas de casa, hoje a mulher tem, no mínimo, uma tripla jornada: mãe em casa, cidadã na *polis* e trabalhadora no mercado. E outra grande função ainda lhe é demandada, que é a de ser uma mulher desejada (imperativo da juventude). O grande atarefamento é uma nova forma de controle, obrigando-a a fazer-se bela, desejável, mãe e, de preferência, ganhando dinheiro. Até Diana de Themyscira, a super-heroína dos quadrinhos da editora estadunidense DC Comics, criada em 1941 por William Moulton Marston, um psicólogo, por sinal, adepto do amor livre, cobiçaria os “superpoderes” de que a Mulher-Maravilha do século XXI precisa se valer para dar conta de tanta azáfama.

2. O espelhamento do sexismo no sistema criminal brasileiro

No final do séc. XVIII e início do séc. XIX, despontou a “sociedade disciplinar”, assim denominada por Michel Foucault para explicar a configuração da sociedade europeia no período de ascensão do capitalismo e gradativa queda do poder monárquico. Nessas “sociedades disciplinares”, o corpo humano foi transformado em uma ferramenta para o funcionamento do corpo social, através de técnicas minuciosas de controle, de observação e de punição. Um dos mais contundentes modelos de controle nesse período foi o punitivo, apêndice das relações econômicas e políticas, espelho das condições sociais.⁷

⁷ No período medieval, o exercício do controle punitivo era um espetáculo público sobre o corpo do condenado. Marcas e mutilações publicizavam o suplício enquanto técnica de poder. Em compasso com o escopo capitalista de tornar o indivíduo obediente, útil e dócil, tal controle, no período moderno, focou na subjetividade do condenado, encontrando na prisão à la panóptico seu novo símbolo. Fábricas, hospitais, escolas e quartéis também foram laboratórios deste tipo de controle adestrador-disciplinar. Na pós-modernidade, o panoptismo, por intermédio da tecnologia, auferiu contornos mais refinados, possibilitando que sua concentrada “visão total” fosse substituída pela abrangência do sinoptismo, cujas instituições, em vez de “vigiar” prendendo ou punindo, “seduzem”, para que os próprios indivíduos entreguem as “informações” de que elas necessitam.

Imiscuir-se nos fundamentos teórico-históricos nos quais se assenta o desenvolvimento do sistema criminal brasileiro, extensão jurídico-política da violência e do sexismo de sua sociedade civil, é, pois, defrontar-se com a realidade de que o recato, a docilidade e a submissãodas mulheres são elementos que nortearam e seguem nortearando esse “sistema” desde quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até a imposição e execução da pena.

Nos crimes sexuais, a historização das nossas legislações penais⁸ demonstra que a sançãoera maior àquele que cometia o delito em desfavor da “mulher honesta” do que se cometido contra a “mulher pública ou prostituta”. Essa figura da “mulher honesta” coexistiu no Código Penal de 1940, ainda vigente, em tipos penais como o do art. 219, que incriminava o “raptio violento ou mediante fraude de mulher honesta”, só revogado com a Lei nº 11.106/2005.

Observa-se também que o marido que flagrasse a esposa em adultério podia licitamente matá-la, eis que imperava a percepção de que o comportamento da mulher, especialmente no que se refere a sua conduta sexual, seria uma extensão da reputação do “chefe de família”, que, sentindo-se desonrado, agiria para corrigir ou cessar o motivo da desonra. O argumento de “legítima defesa da honra”, mesmo quando deixou de ser excluyente de ilicitude no Código Penal de 1940, continuou sendo usado no plenário do Tribunal do Júri, composto por pessoas leigas e sem conhecimento técnico, cujo julgamento é guiado, na maioria das vezes, por preconceitos ou pela emoção.⁹

Só em março de 2021, o STF, na ADPF nº 779, ajuizada pelo PDT, firmou o entendimento de que a mencionada tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero, assim não podendo ser utilizada direta ou indiretamente nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Com a intenção de deixar clara também na legislação federal a impossibilidade de utilização da tese como matéria de defesa, a senadora Zenaide Maia (Pros-RN), em junho de 2021, apresentou o PL 2325 que “altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para, respectivamente, excluir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher e o feminicídio das circunstâncias atenuantes e

⁸ Ordenações Filipinas, Código Penal do Império, Código Penal dos Estados Unidos e Código Penal de 1940.

⁹ Um caso nacional de grande repercussão em que a defesa foi pautada na legítima defesa da honra foi o do assassinato da *socialite* brasileira Ângela Diniz, vítima de alguns disparos de arma de fogo efetuados por seu companheiro, Raul Fernando de Amaral Street, ou “Doca Street”, em 1976, no Rio de Janeiro. No primeiro julgamento, o advogado do réu, o famoso criminalista Evandro Lins e Silva, esmiuçou a vida da vítima, mostrando-a como pessoa promiscua, colocando, assim, o acusado como vítima e a real vítima como culpada: “Ela provocou, ela levou a este estado de espírito, este homem que era um rapagão, um mancebo bonito, um exemplar humano belo, que se encantou pela beleza e pela sedução de uma mulher fatal, de uma *Vênus lasciva*.” A tese foi acatada pelo júri, sendo “Doca Street”, ao final, condenado a dois anos de detenção, com direito ao “*sursis*”. Sob a pressão de movimentos feministas mediante o lema “*Quem Ama Não Mata*”, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou o julgamento e, em 1981, o caso foi submetido a um novo júri. Nesse novo julgamento, sobreveio condenação a 15 anos de reclusão por homicídio doloso qualificado.

reduzidas de pena relacionadas à violenta emoção e à defesa de relevante valor moral ou social; e para vedar o uso da tese da legítima defesa da honra como argumento para absolvição, pelo tribunal do júri, de acusado de feminicídio”. O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado em julho de 2022 e remetido, em agosto, à Câmara dos Deputados, está a aguardar a manifestação da CCJC de lá.¹⁰

A investigação da trajetória que os ilícitos sexuais vêm esquadrihando nas legislações penais brasileiras revela ainda que aos abusadores sexuais era facultado obter a extinção da punibilidade pelo casamento com a vítima. É que como não era socialmente aceito uma mulher se casar não sendo mais virgem, o fato de o agressor aceitar nupciar-se com a vítima já seria suficiente para restabelecer a honra dela. Tal causa de extinção da punibilidade só foi revogada em 2005, com o advento da Lei nº 11.106.

Na vivência das mulheres encarceradas, o reconhecimento e implementação de direitos são ainda mais ardorosos. Enquanto a educação penitenciária, nos homens presos, é voltada à restauração do sentido de legalidade e de trabalho, nas mulheres é direcionada à reinstalação do sentimento de “pudor”. Durante os séculos XVIII e XIX, as prisões femininas, em regra, foram instaladas em conventos e administradas por freiras, principalmente, na América Latina, a exemplo da Penitenciária Feminina da capital de São Paulo até o ano de 1980, revelando o viés moral que tinha a pena aplicada às mulheres.

Consentida no país pela primeira vez, no Rio de Janeiro, em 1924, àqueles presos que fossem casados no civil e possuíssem bom comportamento, a visita íntima só foi regulamentada para as presas em 1999 e, em estados como São Paulo, este direito só foi reconhecido em 2001. O Diagnóstico Nacional das Mulheres Encarceradas de 2007 (CEJIL, *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*, 2007) revelou que apenas 9,68% das mulheres presas no sistema penitenciário nacional recebiam visita íntima. No final de 2019, o Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN) divulgou a 3ª edição do Infopen Mulheres, apontando que, das 27 unidades federativas, em cinco, os estabelecimentos penais femininos não possuíam nenhum local específico para visita íntima (TO, RN, MT, GO, DF). Argumenta-se, de maneira geral, que a mulher engravida e tem necessidades sexuais inferiores às masculinas, enunciação indicativa de que o direito à prática da sexualidade feminina ainda é visto como concessão de regalias àquelas que violaram a lei, não desempenhando os papéis culturalmente esperados da mulher.

¹⁰ Cf. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2333783>.

3. Conclusão: cultura penal e feminismo, é possível esta aproximação?

O feminismo é, frequentemente, dividido em ondas marcadas pela emergência de determinadas pautas que alteraram as formas de pensar sobre as mulheres e a sociedade.¹¹ Uma visão cronológica ou geracional desse processo denota a passagem de um ciclo centrado na vindicação do direito político básico ao sufrágio, voltado à obtenção da cidadania formal, para um ciclo da explicação, que tenta encontrar e analisar as causas das dificuldades das mulheres na inserção plena da cidadania. Inserido nesse ciclo, surgiu, a partir da obra *In a Difference Voice* (1982), de Carol Gilligan, a perspectiva do “feminismo da diferença”, segundo a qual homens e mulheres, em razão de seus processos de socialização diferenciados, tendem a desenvolver racionalidades morais distintas. Assim, com relação ao sistema criminal brasileiro, como visto historicamente masculino, poder-se-ia aventar, por exemplo, que a sua feminização pelo aumento de mulheres na composição dos órgãos atuantes em cada uma das fases de criminalização, à medida que lhe trouxesse valores e contribuições antagônicos àqueles dominantes, poderia necessariamente conduzir a uma cultura penal mais receptiva às agendas dos movimentos feministas.

Perspectivas tais reverberam uma lógica de gênero dicotômica que atribui características fixas a homens e mulheres, o que as converte em uma armadilha da razão dominante ao passo que transformam gênero e sexualidade em um recurso político, encapsulado na subjetividade, e não em marcadores políticos identitários, vividos nas relações sociais.

A homogeneização do conceito de feminilidade inviabiliza as diferenças entre as mulheres, dado que impõe uma identidade comum correspondente aos interesses da identidade hegemônica das mulheres heterossexuais e da raça branca (solipsismo branco), em prejuízo de uma compreensão que privilegie a historicidade das relações de poder e dos processos de subjetivação política.

Com efeito, os múltiplos processos pelos quais os grupos alterizados constroem uma identidade política resistente – notadamente, as “mobilizações identitárias” – passam pela reapropriação das categorias da dominação, mas essas tentativas permanentes de reapropriação positiva se inscrevem em estratégias de lutas estritamente determinadas pelas condições materiais induzidas pela relação de forças, de sorte que a dimensão subversiva pode se mostrar mais ameaçadora com o uso de conceitos inéditos e não apenas redefinidos. Trata-se da elaboração de “técnicas de tumulto”, consistentes em dispositivos de análise que compreendam como a “feminilidade” e outras relações de dominação se perpetuam e se mantêm, esgotando as resistências.

¹¹ Autoras como Marlise Matos e Sonia E. Alvarez consideram que, desde os anos 2000, principalmente na América Latina, estaríamos na quarta onda, distinguível por um ativismo organizado em coletivos fluidos que, além de reforçar a discussão sobre a discriminação de gênero, reconhece outras formas de feminismo que se cruzam e se envolvem das pautas de justiça social, lutas nacionais e globais.

Em vista disso, o enfrentamento da atual distopia neoliberal demanda uma interseccionalidade de lutas como ponto de partida para o alcance de um arquétipo alternativo ao *status quo*. Arquétipo esse que sinalize que a feminilidade é um condicionamento cultural, infinitamente móvel e sempre carregado politicamente, mas que logre ir além nessa perspectiva, apercebendo-se da inferência da antropóloga Margaret Mead, em *Sexo e temperamento* (1935), no sentido de que a consagração dos dotes individuais presentes nos dois sexos, em substituição à artificialidade verificável na padronização como na abolição das diferenças entre homens e mulheres, é a via para a construção de uma sociedade apta a facultar a cada indivíduo o padrão mais compatível com suas potencialidades, o que é um passo adiante não só na emancipação das mulheres, mas um avanço real na maior liberdade individual.¹² Daí quiçá o sistema criminal em nosso país comprometa-se ideologicamente com o fortalecimento da práxis feminista contra o Estado capitalista, racista-colonial e heterocispatriarcal.

Referências bibliográficas

Livros

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

FEDERICI, Sílvia. *O patriarcado do salário: notas sobre Marx, gênero e feminismo*. Volume 1. São Paulo: Boitempo, 2021.

GILLIGAN, Carol. *In a Different Voice*. Londres: Harvard University Press, 1982.

MEAD, Margaret. *Sexo e temperamento*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

Revistas, periódicos e boletins

DORLIN, Elsa. Do uso epistemológico e político das categorias “sexo” e “raça” nos estudos de gênero. *Periódicus*, v. 1, n. 5, maio/out., p. 254-271, 2016.

¹² “Historicamente, nossa própria cultura apoiou-se, para a criação de valores ricos e contrastantes, em muitas distinções artificiais das quais a mais impressionante é o sexo. Não será pela mera abolição dessas distinções que a sociedade desenvolverá padrões em que os dons individuais não de receber o seu lugar, em vez de serem forçados a um molde mal-ajustado. Se quisermos alcançar uma cultura mais rica em valores contrastantes, cumpre reconhecer toda a gama das potencialidades humanas e tecer assim uma estrutura social menos arbitrária, na qual cada dote humano diferente encontrará um lugar adequado.” (São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 303)

FREITAS, Nikaelly Lopes de; LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. A visita íntima como mecanismo para efetivação dos direitos sexuais das mulheres encarceradas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 150/2018, p. 581-607, dez./2018, DTR\2018\22458.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Direito & Práxis. Rio de Janeiro*, vol. 07, n. 13, p. 81-115, 2016.

Relatórios

CEJIL. *Diagnóstico Nacional das Mulheres Encarceradas de 2007*. Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil, 2007. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>.

DEPEN. *3ª edição do Infopen Mulheres*. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>.

A representação e o crime de estelionato

Dário Marcelo Menezes Brandão*

Sumário

1. Introdução. 2. Direito intertemporal: da aplicação retroativa da *lex mitior*. 3. Dos limites da aplicação retroativa da *lex mitior*. 4. A abordagem do tema pelos tribunais superiores. 5. Emprego da analogia *in malam partem*: a ilegalidade da intimação da vítima nas investigações em curso. 6. Do controle de convencionalidade, constitucionalidade e legalidade das investigações em curso. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar algumas considerações acerca da alteração introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal, passando a condicionar, como regra, a ação penal do crime de estelionato à representação da vítima (ou de seu representante legal ou de seu sucessor), de forma a aprofundar o debate sobre alguns aspectos relevantes, à luz das soluções até agora apresentadas pela doutrina e jurisprudência, sob uma perspectiva focada na proteção dos direitos humanos e no seu controle de convencionalidade e constitucionalidade, no tocante à extensão e consequências da aplicação da nova normativa aos fatos anteriores à vigência da lei, ao emprego da analogia para intimação da vítima para oferecimento da representação e ao esgotamento do prazo para seu oferecimento, circunstância a ensejar o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência.

Palavras-chave: Estelionato. Representação. Retroatividade da lei penal. Analogia. Decadência. Extinção da punibilidade.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”, incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal, para estabelecer que a ação penal do crime de estelionato, antes pública incondicionada (salvo as exceções do artigo 182 do CP), passa a ser, como regra, condicionada à representação da vítima (ou de seu representante legal ou sucessor), excetuadas as hipóteses em que for vítima a Administração Pública, direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz, casos em que a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

* Pós-graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A nova lei, certamente inspirada em postulados de intervenção penal mínima, passou a exigir a representação como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, suscitando inicialmente discussões acerca da sua aplicação aos fatos ocorridos antes da vigência da lei, tendo em vista a sua repercussão em investigações e processos em curso.

Trata-se de uma lei processual penal híbrida, de caráter material, aplicável, em princípio, de acordo com as regras de direito intertemporal, às investigações e processos em curso, por incidência do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Porém, como veremos mais adiante, há entendimento no sentido de que a lei não deve ser aplicada aos processos em curso, onde já foi oferecida a denúncia, pois, nesse caso, o exame das condições de procedibilidade (representação) já estaria superado.

Contudo, certos aspectos que envolvem o tema carecem de uma abordagem mais acurada, motivando o presente estudo com objetivo de aprofundar o debate no tocante à extensão e consequências de sua aplicação aos fatos anteriores à vigência da lei, sobretudo com relação à exigência de intimação da vítima para oferecimento da representação e ao exaurimento do prazo para seu oferecimento, circunstância a ensejar o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência.

Este estudo foi desenvolvido a partir de pesquisas de atos normativos, investigações bibliográficas, de artigos publicados em revistas especializadas e na internet e de jurisprudência, pretendendo-se discorrer a respeito do assunto, inclusive sob uma perspectiva focada no direito internacional dos direitos humanos e no seu controle de convencionalidade e constitucionalidade, com o intuito de incrementar o debate sobre o tema, relativo à espécie delitiva tão recorrente, que desperta o interesse de estudiosos e aplicadores do direito penal e que tem sido, por sua relevância, objeto de decisões proferidas pelos tribunais superiores.

2. Direito intertemporal: da aplicação retroativa da *lex mitior*

Conforme estabelece o artigo 2º do CPP, a lei processual nova tem aplicação imediata nas investigações e processos em curso, sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a vigência da lei anterior. É a consagração do princípio *tempus regit actum*.

Sobre a eficácia da lei processual no tempo, TOURINHO ensina que o citado dispositivo, em vigor desde 1942, deve ser interpretado à luz da Constituição atual:

Por isso mesmo passamos a conceber o Processo Penal apenas como instrumento para a aplicação da lei penal, como garantia de um processo justo, em que as partes se enfrentam com paridade de armas – *equality arms* –, e não como instrumento de constrangimento ao direito de liberdade, visto que a lei não pode ser um espectro da opressão, e, nessa linha, inadmitir a aplicação de qualquer norma processual penal que eventualmente possa violentar o direito de

liberdade. *Já se disse que as normas processuais penais representam “um prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais”. Ora, se a Constituição dedica todo um capítulo aos direitos e garantias fundamentais do homem, destacando-se o da presunção de inocência, parece não fazer sentido possa ser elaborada norma processual penal que arroste esse princípio. Pelo contrário, deverá afirmá-lo, consonando-se e com ele se harmonizando.* (...)

A propósito, ensina GIOVANNI LEONE: (...) *(A disciplina da norma processual no tempo deve ser examinada com muita atenção, sobretudo no classificar uma norma como penal ou processual, tendo em vista sua regulamentação (para a norma penal vigoram princípios particulares: art. 2º do CP). Mas, ainda que as normas sejam estritamente processuais, resta indagar se elas exprimem garantias para o imputado decorrentes da Constituição; para elas vigora o princípio da lei mais favorável tal como se dá com a lei penal – tradução livre).*

Ora, se a Constituição estabelece uma série de garantias individuais, punindo, inclusive, os atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), firmando um limite no sentido de que a ordem estatal não possa subjugar liberdades públicas, ao contrário, deve reprimir, nos termos legais, injunções e atentados aos direitos humanos (UADI LAMMÊGO BULOS. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., p. 259), e se a Magna Carta permite a retrotração da lei penal mais branda, é perfeitamente lícito, a nosso sentir, à maneira de BINDER, falarmos em lei penal em sentido amplo (ALBERTO M. BINDER. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 134). *Se há uma profunda relação entre a lei penal propriamente dita e a lei processual penal no que tange ao controle sobre a arbitrariedade no exercício do poder estatal (BINDER. Introducción. cit. p. 134), é indubitoso que a norma processual nova que beneficie o acusado deva retrotrair, amenizando a situação dele, mesmo porque não faz sentido ser retroativa uma lei penal nova que passou a cominar pena mais branda a um fato cometido na vigência da lei velha e ao mesmo tempo não aplicar a lei processual nova que diminuiu o valor da fiança ou que não mais admita, p. ex. (...)*

Ora, se o réu é “presumidamente inocente”, parece-nos que a norma processual deve seguir o mesmo destino das leis penais, salvo quando tiver um caráter estritamente processual e não diga respeito à liberdade do cidadão.

É como pensamos, concordando com PAULO QUEIROZ (*Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112). *Na verdade, se um*

dos objetos da Constituição, como dizia o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de direito constitucional positivo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989, p. 42) é “assegurar os direitos e garantias dos indivíduos”, não teria sentido a aplicação de uma lei processual mais severa a processos que estivessem em curso, e, se por acaso fosse mais branda, também não teria sentido a proibição da sua retroeficácia. (...)

Melhor será que na reforma que se anuncia sejam adotadas as disposições constantes do art. VII, incisos I, 2 e 3, do mais recente Código de Processo Penal da América Latina, vale dizer, o Código Procesal Penal do Peru. *Verbis*:

“Vigência e interpretação de la ley procesal penal:

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite (...)

2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable ao imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluídos, si fuere posible.

3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.”

Por outro lado, não se deve deslembrar de que há normas processuais com intenso conteúdo penal. Nesses casos, e com maior razão, admite-se a retroatividade, em face da sua dupla natureza. Assim uma norma sobre queixa ou representação, mesmo porque, se esta ou aquela não for feita no prazo legal, haverá decadência, que é causa extintiva da punibilidade, e as normas sobre causa extintiva de punibilidade são de direito penal (logo, retroagem). (...)

Ninguém duvida de que uma lei que subordina a propositura da ação penal à representação seja mais benigna que outra que não faz tal exigência. Daí dizer BATTAGLINI: “Che la disposizione attinente alla querela voglia dire una minore severità della legge, é fuori di dubbio. Infatti, se si esige la querela, può darsi che il leso – per questo o per quel motivo utilitario (esempio: conseguita riparazione del danno) o no – rinunci al suo diritto o che non si quereli oppure che revochi la già sporta doglianza”. (La querela. Torino. Tipografia Torinese, 1958, p. 176)

Certo que toda condição de procedibilidade representa um “plus” para o exercício do jus persecuendi e, por isso, é sempre mais favorável. Na hipótese da representação, ou querela, para os italianos (antrag, dos alemães e plainte dos franceses), ela representa algo mais: o

seu não exercício, no prazo previsto em lei, acarreta a extinção da punibilidade. Razão pela qual pensamos seja invocável o disposto no art. 2º e parágrafo do CP. (...)

Com o advento da Lei nº 9.099/95 ao estatuir no art. 88 que os crimes de lesão corporal leve e culposa são de ação penal pública subordinada à representação, toda a doutrina admitiu, com aplausos dos Tribunais, que em se tratando de norma processual penal com prevalente caráter penal, devia ser aplicada aos processos em curso. E foi o que se fez. Os Tribunais, dezenas de vezes, determinaram a remessa dos autos, em face de recurso à primeira instância para a colheita da manifestação do ofendido, no prazo de 30 dias, conforme dispôs o diploma legal. (...)

Meditando sobre o tema, observamos, ao contrário do que dizíamos, que *se lei processual penal nova disser respeito a qualquer ato que envolva o direito de liberdade (fiança, medida cautelar de cunho pessoal, p. ex.), aplica-se-lhe a mesma regra que rege a lei penal no tempo: benigna amplianda, odiosa restringenda.*¹ (grifo nosso)

Também para LOPES JÚNIOR, o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP necessita de uma releitura constitucional, confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição, impondo-se o reconhecimento da retroatividade da lei penal e processual mais benéfica. Para ele:

*(...) não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. Logo, as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu.*² (grifo nosso)

¹ TOURINHO, Fernando Filho. Eficácia da lei processual no tempo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 36, abr./jun. 2010, p. 67/74.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 115.

Nessa ordem de ideias, a lei nova, ao prever o condicionamento do exercício da ação penal de iniciativa pública, tem natureza processual, mas possui igualmente aspecto de natureza penal material, pois a ausência de representação constitui uma causa extintiva de punibilidade (CP, artigo 107, IV). Assim, na lei anterior, a omissão da vítima implicava apenas a prescrição. Agora, com o advento da nova lei, pode conduzir à decadência.

No processo penal, a decadência consiste em uma condição de procedibilidade do direito de ação. Neste sentido, BITENCOURT ensina que a “decadência é a perda do direito de ação a ser exercido pelo ofendido, em razão do decurso de tempo. A decadência pode atingir tanto a ação de exclusiva iniciativa privada como também a pública condicionada à representação. Constitui uma limitação temporal ao *ius perseguendi* que não pode eternizar-se”.³

Para CAPEZ, “a decadência está elencada como causa de extinção da punibilidade, mas, na verdade, o que ela extingue é o direito de dar início a persecução penal em juízo. O ofendido perde o direito de promover a ação e provocar a prestação jurisdicional e o Estado não tem como satisfazer seu direito de punir”. E prossegue: “a decadência não atinge diretamente o direito de punir, pois este pertence ao Estado e não ao ofendido; ela extingue apenas o direito de promover a ação ou de oferecer a representação”.⁴

Cumprе observar que as normas relativas à ação penal estão previstas no Código Processo Penal (artigos 24 e seguintes), mas também no Código Penal (artigos 100 e seguintes), revelando sua natureza híbrida (processual e material), devido a sua influência sobre o exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Sobre as normas processuais penais materiais, NUCCI ensina que apesar de previstas pela lei processual e aplicáveis à fase de investigação ou processo, possuem forte conteúdo de direito penal, devido a sua inter-relação com direito material, assumindo natureza mista, porque presentes no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal.⁵

No mesmo sentido, a lição de LIMA, segundo a qual as normas genuinamente processuais “cuidam de procedimentos, atos processuais, técnicas do processo. A elas se aplica o art. 2º do CPP.” Já as normas processuais materiais, mistas ou híbridas, “são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal (...) (v.g., causas extintivas da punibilidade)”. E prossegue em sua lição: “assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.”⁶

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1, p. 702/703.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 88.

Numa concepção mais abrangente, e por isso mesmo mais alinhada com as convenções internacionais de direitos humanos, como veremos mais adiante, BADARÓ sustenta que normas processuais materiais “são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente”,⁷ ou seja, compreenderiam todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

Voltamos agora nosso olhar para o passado. Aqui cabe uma breve retrospectiva, afinal, como diz a velha canção “recordar é viver”.

No passado, tema semelhante foi objeto de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei nº 9099/1995⁸ e da nova redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 9271/1996,⁹ ocasião em que foi reconhecida a natureza processual penal mista ou híbrida de tais normas, aplicando-se, no primeiro caso, a retroatividade da lei penal mais benéfica e, no segundo, a irretroatividade da lei penal mais gravosa, observado o disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Como asseverou MIRABETE em meio aos debates acerca da aplicação da Lei nº 9099/95, há um consenso de que a representação, embora seja matéria de direito processual, é também um instituto de direito material. Tal conclusão decorre do fato de que o não oferecimento da representação no prazo previsto em lei acarreta a decadência do direito de queixa e de representação, causa extintiva da punibilidade (CP, artigo 107, IV).¹⁰

Ainda em referência aos debates doutrinários decorrentes da Lei nº 9099/95, no sentido de que a exigência de representação trata de norma penal, GRINOVER, lembrava que o dispositivo, de natureza penal material e processual penal, apresenta forma de despenalização. Para ela, há também despenalização quando o legislador, como acontece na disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada.¹¹

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

⁸ BRASIL. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22. No mesmo sentido, a segunda conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Brasília, outubro de 1995): “São aplicáveis pelos juízos comuns (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei n. 9.099/95, como a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (arts. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79059041.pdf>>. Acesso em: 04/01/22.

⁹ BRASIL. STF. *HC 75679*, Relator(a): Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01/01/22.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 120.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 35, nov. 1995, p. 04.

Por impedir o exercício do *jus puniendi* do Estado, a extinção da punibilidade decorrente da decadência versa sobre o direito penal material, devendo a sua aplicação no tempo ser regida pelas normas convencionais, constitucionais e legais. Logo, a lei nova que passe a exigir a representação como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, relativamente a uma infração penal até então sujeita à ação penal pública incondicionada, por ser norma mais benéfica, possui efeito retroativo e é aplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência. É o que se depreende da leitura do artigo 9º do Pacto de San José da Costa Rica,¹² do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal¹³ e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal,¹⁴ que estabelecem a retroatividade da norma mais benigna, como por exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal.

Portanto, a solução que permite a aplicação retroativa da *lex mitior* sem que haja limitação temporal e processual 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”.¹⁵

Partindo de tais premissas, que não suscitam maiores discussões, é assentada, portanto, a conclusão de que o § 5º do artigo 171 do CP, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado, aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência. A questão, no entanto, tem suscitado debates acerca da aplicação da lei às investigações e aos processos em curso, notadamente nos casos em que já tenha sido oferecida a denúncia, como veremos a seguir.

3. Dos limites da aplicação retroativa da *lex mitior*

Sobre os limites da retroatividade da *lex mitior*, surgem três posições. Para a primeira delas, mais ampliativa, a lei mais benéfica alcançaria os fatos anteriores, mesmo com decisão condenatória transitada em julgado. Para uma segunda corrente, alcançaria os fatos pretéritos, investigações e processos em curso. Para a terceira corrente, mais restritiva, a lei não se aplicaria aos fatos onde já tivesse sido oferecida a denúncia.

¹² Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Artigo 9º – Princípio da legalidade e da retroatividade.

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

¹³ XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

¹⁴ Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

¹⁵ 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.

Novamente voltamos nosso olhar para o passado em busca de respostas. Curioso observar a semelhança existente entre o debate atual e aquele ocorrido quando da entrada em vigor da Lei nº 9099/95. Naquela época, o renomado processualista MIRABETE, ensinou que:

É correta, portanto, a conclusão de que o art. 88 da Lei nº. 9.099, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência.
(...)

*Com fundamento nessa conclusão, se tem defendido a tese de que o art. 88 da citada lei é aplicável inclusive aos processos em andamento, se no dia de sua vigência não tiver transitado em julgado a sentença. Tratar-se-ia de norma mais benigna, portanto retroativa em qualquer hipótese (Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. p. 207; DEMERCIAN, Pedro; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais*. p. 121; ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais*. p. 39; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. p. 80; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. p. 129). Por isso, a partir do início da vigência da lei, em todos os processos em curso, ou seja, em que não houve trânsito em julgado da sentença, teria se tornado obrigatória a representação, sob pena de se julgar extinta a punibilidade.*

Parece-nos, entretanto, que há obstáculos jurídicos à aceitação dessa tese. Em primeiro lugar, se acatada a orientação, não se pode justificar que a representação seja exigida apenas aos processos em que não ocorreu o trânsito em julgado. A regra constitucional e o dispositivo penal que dão fundamento a essa conclusão não limitam a aplicação da norma mais benigna aos fatos anteriores, impondo-se a retroatividade inclusive aos fatos definitivamente julgados e atingindo todos os efeitos penais de uma sentença condenatória, como prevê o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. É de se ressaltar que, conforme a doutrina, a relação processual instaurada com o recebimento da denúncia persiste após a sentença condenatória transitada em julgado, durante a execução da pena, sendo esta nada mais nada menos que a última etapa da ação penal condenatória. Não se esgota o processo com o trânsito em julgado, mas somente com o cumprimento da pena ou sua extinção e depois de produzidos os efeitos penais da condenação. De acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, que não prevê nenhuma limitação à retroatividade da lei mais

benigna, a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. *Não havendo na Constituição e, portanto, na lei, nenhuma limitação à aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que estende seus benefícios inclusive a todos efeitos penais da sentença condenatória, não é possível distinguir entre os casos em que há trânsito em julgado e aqueles em que ainda não há decisão definitiva.* Sendo assim, a adoção da tese implicaria a necessidade de representação inclusive nos processos na fase executória, seja quando o condenado esteja cumprindo a pena, está submetido ao *sursis* ou ao livramento condicional, e, porque não, às hipóteses em que a condenação esteja provocando efeitos penais (reincidência, inscrição no rol dos culpados etc.). *Ora, é intuitivo que tal conclusão levaria ao absurdo, não podendo ser aceita.*

Deve-se, portanto, conciliar a afirmativa inicial de que a norma do art. 88 da Lei nº 9.099 exige aplicação retroativa com a conclusão de que não se pode julgar extinta a punibilidade pela decadência nas hipóteses mencionadas acima.

A solução decorre do alcance da premissa inicial de que a necessidade de representação, sendo de natureza também penal, é exigência da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Como já se afirmou, essa carga penal da representação deve-se ao fato de que, quando não oferecida no prazo legal, acarreta a decadência. Devemos lembrar, porém, que, segundo a doutrina penal e processual penal pacífica, conforme à nossa legislação, a decadência é a perda do direito de ação ou de representação. *Também segundo a lei e a doutrina, como consequência, a decadência do direito de representação somente pode ocorrer antes de iniciada a ação pública e ela condicionada. Significa isto que a carga penal dessa condição de procedibilidade deixou de existir quando já foi instaurada a ação penal.*

Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir essa condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação, e, portanto, na sua falta como causa extintiva da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente.

Por essa razão, é possível concluir que a regra prevista no art. 88 da Lei nº 9.099 é retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei, mas não pode alcançar os processos em andamento por ter se extinguido o aspecto penal da representação com a instauração da ação penal na época em que ela não era exigida. Exercido o

*direito da ação penal pública pelo Ministério Público quando ainda não era exigida a representação, não há que se falar em decadência intercorrente, ou seja, durante o processo penal condenatório. Não é possível sujeitar agora o prosseguimento da ação penal a essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve anteceder à instauração da ação penal.*¹⁶ (grifo nosso)

Portanto, para o citado mestre, a exigência de representação contida na lei nova deve retroagir, alcançando, contudo, apenas as investigações em curso, não havendo que se falar em exigência de representação após o oferecimento da denúncia. Esse também era o entendimento de MARQUES: “mas se a acusação pública já foi intentada e a instância já se instaurou, não incide a lei nova porque não há que se falar em decadência ou renúncia da representação”.¹⁷

Para DAMASIO, no entanto, ao retroagir, a Lei nº 9099/95 alcançaria todos os processos em curso, mesmo após o oferecimento da denúncia, respeitada a coisa julgada:

*A Lei nova que transforma a ação penal de pública incondicionada em condicionada à representação é de cunho penal material, retroagindo. Realmente, o não exercício do direito de representação no prazo legal gera a decadência, causa extintiva da punibilidade, matéria de natureza penal. Por isso, são aplicáveis os arts. 5º, XL, da CF, e 2º, parágrafo único, do CP, que determinam a incidência retroativa incondicional da Lei nova mais benéfica. Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa eram de ação penal pública incondicionada. Agora, com o advento do art. 88 da Lei n. 9.099/95, são de ação penal pública condicionada. A Lei nova é mais benéfica, uma vez que subordina o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação do ofendido. Deve, pois, retroagir, pouco importando esteja ou não o processo com a instrução criminal iniciada, respeitada a coisa julgada material.*¹⁸ (grifo nosso)

Naquela época prevaleceu nos tribunais o entendimento de que a nova lei seria aplicável inclusive aos processos em curso (condição de prosseguibilidade) até

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 117/119.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Edição rev., atual. e amplamente reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas, SP: Millennium, 2002, vol. 1, p. 213.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163/164. No mesmo sentido: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, t. 1, p. 122 e 123; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1, p. 77; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, nov. 1995, nº 35, p. 4 e 5.

o limite da coisa julgada.¹⁹ A seguir, veremos como o tema relativo à aplicação da Lei nº 13.964/19, submetido a intenso debate, tem sido tratado pelos tribunais superiores.

4. A abordagem do tema pelos tribunais superiores

No julgamento do HC 180421, de relatoria do Min. EDSON FACHIN, a Segunda Turma, em julgamento realizado no dia 22/06/2021, entendeu que a Lei nº 13.964/19 (*lex mitior*) deveria ser aplicada às investigações e aos processos em curso mesmo após o oferecimento da denúncia,²⁰ *in verbis*:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIÇA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADAS. FATOS E PROVAS. LEI Nº 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A rejeição da denúncia é providência excepcional, viável somente quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa para ação penal, aspectos não compreendidos no caso sob análise. Precedentes. 2. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei nº 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP). 4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação

¹⁹ BRASIL. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996, PP-17412, EMENT VOL-01829-01, PP-00028. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 03/01/22.

²⁰ No mesmo sentido, em recente julgado, afirmando-se a aplicação da nova norma aos processos em andamento, mesmo após o oferecimento da denúncia, desde que antes do trânsito em julgado: BRASIL. STF. *RHC 203558 AgR-segundo*, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/02/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 25/04/2022.

da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei nº 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. 7. No caso concreto, o paciente e a vítima celebraram termo de quitação no qual consta que o ofendido “dá ampla, geral e irrestrita quitação” ao paciente e que aquele obriga-se a aditar a ocorrência policial para informar esse fato à autoridade policial. Essa circunstância traduz renúncia tácita ao direito de representação por se tratar de ato incompatível com a vontade de exercê-lo. 8. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal por falta de condição de procedibilidade.²¹ (grifo nosso)

O entendimento é similar ao que foi adotado quando da entrada em vigor da Lei nº 9099/95, ocasião em que o STF já havia decidido que seus institutos despenalizadores, que favoreciam os investigados e acusados, deveriam ser aplicados aos inquiridos e processos em curso.

Já no julgamento do HC 203398, de relatoria do Min. ALEXANDRE DE MORAES, a Primeira Turma, em julgamento realizado no dia 17/08/2021, entendeu que a *lex mitior*, que versa sobre a representação, condição de procedibilidade, não poderia ser aplicada após o oferecimento da denúncia,²² *in verbis*:

²¹ BRASIL. STF. HC 180421 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

²² Referido entendimento foi confirmado em recente julgamento: BRASIL. STF. RHC 208320, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 09/03/2022.

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPTÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. 1. Inicialmente, verifica-se a inexistência de prévio debate da matéria pelo Órgão Colegiado do STJ, a inviabilizar o conhecimento do pedido por esta SUPREMA CORTE. Precedentes. 2. *De todo modo, registre-se que, em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.* 3. *Inaplicável a retroatividade do § 5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.* 4. *A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.* 5. Agravo Regimental a que nega provimento.²³ (grifo nosso)

Os adeptos desta corrente sustentam que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, o silêncio do legislador impede a sua aplicação aos processos em curso, pelo que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito (denúncia já oferecida). Assim, a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase de investigação, não alcançando os processos em curso. Do contrário, como lembra CUNHA, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.²⁴

²³ BRASIL. STF. *HC 203398 AgR*, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17/08/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 12ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 356.

Tal entendimento também é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo pacificada divergência até então existente entre as suas Turmas, conforme referido no julgamento do AgRg no HC 646.942/SC, de relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, em julgamento realizado no dia 14/09/2021, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 171, § 5º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA REALIZADA EM DATA ANTERIOR À MUDANÇA LEGISLATIVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *“Em consonância à orientação do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção deste STJ, no julgamento do HC 610.201/SP em 24/3/2021, superando divergência entre as Turmas, pacificou a controvérsia e decidiu pela irretroatividade da norma que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do Código Penal, quando já oferecida a denúncia.”* (AgRg no HC n. 625.333/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/4/2021). *In casu*, considerando que já houve o oferecimento e, até mesmo, o recebimento da denúncia criminal em data anterior à alteração legislativa, não há falar em retroatividade da norma penal. 2. Agravo regimental desprovido.²⁵

Em que pese pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a discussão acerca dos limites da aplicação retroativa da nova lei ainda não foi superada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, persistindo a divergência entre suas turmas.

Conforme já salientado anteriormente, a Lei n° 9099/95 foi aplicada às investigações e processos em curso. O limite seria apenas o trânsito em julgado, até mesmo em razão da impossibilidade prática de revolver todos os casos já definitivamente julgados. Parece ser esta, de fato, a melhor solução, considerando os valores envolvidos, que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, embora superada a questão no STJ, as informações de inteiro teor do acórdão abaixo, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, trazem luzes sobre a relevância do tema em debate, estimulando o desenvolvimento do tema nos tópicos seguintes deste trabalho, merecendo, por isso mesmo, a devida transcrição:

(...) Diante de tal quadro, parece notório que o § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.694/2019, é norma mais benéfica em relação ao regime anterior. E, pelo caráter misto, alcança

²⁵ BRASIL. STJ. *AgRg no HC 646.942/SC*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

casos anteriores à sua vigência. Há, no entanto, um claro limite à retroatividade do dispositivo: o trânsito em julgado da ação penal. A partir desse momento processual não há falar mais em exercício do direito de ação, que se esgota com o pronunciamento definitivo sobre o mérito da ação; instaura-se a pretensão executória, no qual o direito de punir já é juridicamente certo, não havendo espaço para discussão sobre a natureza da ação penal do título. O direito de executar a pena, saliente-se, não se submete a tais condicionantes, tampouco pode ser exercido de forma privada, cabendo apenas ao Estado exercê-lo, sem influência da vontade privada. Considerado tal limite, a retroação da norma em questão alcança todos os processos em curso, sem trânsito em julgado.

Tal retroação não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Verifica-se, entretanto, uma omissão legislativa ao disciplinar os conflitos decorrentes da lei no tempo, passíveis de solução pela via interpretativa.

A Lei n. 9.099/1995, em seu art. 91, trouxe disciplina para questão semelhante. Ao transformar a ação penal dos crimes de menor potencial ofensivo de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação, determinou a intimação do ofendido ou do seu representante legal para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Tal solução é mais equânime com os cânones do direito penal e do processual penal.

O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.²⁶ (grifo nosso)

²⁶ BRASIL. STJ. HC 583.837-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020. Informativo 677, STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/21.

5. Emprego da analogia *in malam partem*: a ilegalidade da intimação da vítima nas investigações em curso

Como vimos até aqui, há consenso pela aplicação retroativa da *lex mitior* aos fatos ocorridos antes da sua vigência. A discussão versa sobre os limites de sua aplicação aos processos em curso, nos quais já tivesse sido oferecida denúncia pelo Ministério Público, pois neste caso, o exame das condições de procedibilidade já estaria superado, não se exigindo mais a representação da vítima, pois, como pondera CUNHA, a lei nova não exigiu essa condição de prosseguibilidade como fez a Lei nº 9099/95.²⁷

Logo, tendo em vista os precedentes acima, delimitamos o objeto do presente estudo e passamos a discorrer sobre a aplicação da *lex mitior* apenas às investigações em curso, relativas aos fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, com relação as quais ainda não foi oferecida a denúncia.

Como visto no tópico anterior, nos precedentes que aplicaram a Lei nº 13.964/19 aos processos em curso, tem sido recomendada a aplicação analógica do artigo 91 da Lei nº 9099/95, para que, nas investigações e processos em curso, seja providenciada a intimação do ofendido, para oferecer a representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

Na lição de REALE, é legítimo o recurso à analogia quando “estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos”.²⁸

Aliás, sobre o tema, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), a fim de contribuir com a atividade-fim dos membros do Ministério Público na interpretação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), emitiram enunciados, entre os quais se destaca o seguinte, pela pertinência com o objeto do presente estudo:

ENUNCIADO 4 (ART. 171, parágrafo 5º, do CP – ART. 91 da Lei nº 9.099 c/c art. 3º do CPP) Nas investigações e processos em curso, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.²⁹

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

²⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG). Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: <<https://www.cnpng.org.br/documentos-menu/documentos-publicos.html>>. Acesso em: 01/01/22.

Apesar de a divergência ter sido superada no âmbito do STJ, como vimos no tópico anterior, a intimação da vítima, como condição de prosseguibilidade, nos procedimentos em curso, para fins de oferecimento da representação era admitida pelo STJ,³⁰ conforme podemos constatar no julgamento do HC 583.837-SC, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, em julgamento unânime realizado no dia 04/08/2020, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.
2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.
3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.
4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.
5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como

³⁰ Até então a 6ª Turma do STJ vinha reconhecendo que a retroatividade da representação no crime de estelionato alcançava todos os processos ainda não transitados em julgado, mesmo após o oferecimento da denúncia.

ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.³¹ (Grifei.)

A mesma providência foi preconizada no julgamento do HC 180421, de relatoria do Min. EDSON FACHIN, em julgamento realizado no dia 22/06/2021, *in verbis*:

(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei nº 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. (...)³² (grifo nosso)

Em que pese o respeitável entendimento acima, cumpre observar que o legislador, podendo fazê-lo, optou desta vez por não adotar uma regra de transição, como havia feito por ocasião da Lei nº 9099/95, quando determinou a necessidade de intimação do ofendido para oferecimento da representação no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.³³ Ora, se lei disse que a ação passou a ser condicionada e não previu expressamente a intimação do ofendido, a analogia empregada assume ares *in malam partem*, sendo vedada pelo direito penal.

Como ensinam MARTINELLI e SCHMITT, a analogia é o processo pelo qual o intérprete preenche uma lacuna deixada pelo legislador, utilizando-se de um caso semelhante, porém pode ensejar riscos aos processados, porque, em certos casos, somente o legislador poderá preenchê-las para impedir a consagração da analogia

³¹ BRASIL. STJ. HC 583.837/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

³² BRASIL. STF. HC 180421 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. (acesso em 01/01/22)

³³ Compreensível a opção do legislador, pois o crime de lesão corporal, por envolver a violência contra pessoa, consubstancia injusto mais reprovável, uma vez que mais elevado o desvalor da ação. (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 678)

incriminadora. Por isso mesmo, os autores entendem que é indevido o emprego da analogia para intimação da vítima.³⁴

Para MOREIRA, sobretudo quando está em questão uma garantia constitucional, o recurso à analogia constitui um “método interpretativo de aplicação inaceitável em Processo Penal, quando *in partem peiorem* (“contra o réu”, em relação ao qual, aliás, presume-se a inocência). Em Direito Processual Penal só se aplica a analogia para beneficiar o réu, nunca o contrário!”³⁵

Portanto, em matéria penal ou processual penal, ainda que sob o pretexto de preenchimento de uma lacuna normativa, não se pode incriminar, sancionar ou agravar, de qualquer forma, a situação do réu ou investigado. Não se admite a chamada analogia *in malam partem*, sob pena de grave afronta aos princípios da legalidade (aqui também inserido o devido processo legal) e da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso.

Ademais, o recurso à analogia sob a alegação de lacuna ou omissão legislativa não procede. Com efeito, já há uma dupla previsão legal de que a representação deverá ser exercida no prazo de 06 meses, contados data em que a vítima souber quem é o autor do crime (CP, artigo 103 e CPP, artigo 38). Nos casos em que a autoria era conhecida pela vítima, adotando uma interpretação sistemática,³⁶ podemos concluir que o termo inicial do prazo decadencial foi a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19.

Luiz Flávio Gomes nos ensinava que a relação entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos relevantes por um lado, e por outro, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo, desemboca naturalmente no questionamento dos limites a serem impostos ao poder punitivo estatal, numa clara alusão à teoria do garantismo penal.³⁷

No prefácio da primeira edição italiana da obra de Ferrajoli intitulada *Direito e Razão*, Norberto Bobbio descreveu algumas características do garantismo penal, próprio das democracias constitucionais, que permitem a compreensão, de forma introdutória, da teoria:

(...) a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas

³⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHIMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021, p. 353 e 1266.

³⁵ MOREIRA, Romulo de Andrade. *Analogia não pode ser usada em situações que podem prejudicar o réu*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-28/romulo-moreira-analogia-nao-usada-prejudica-reu#author>>. Acesso em: 10/01/22.

³⁶ Na interpretação, ensinava FRAGOSO, o elemento sistemático é também valioso e deve ser levado em conta. Como o ordenamento jurídico constitui um todo unitário, a disposição a ser interpretada deve ser posta em correlação com as outras que com ela se relacionam, de modo a não prejudicar a harmonia do ordenamento legal. (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85)

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Limites do ius puniendi e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.b.

formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal.

(...) é importante, para a plena compreensão do conjunto, que não se perca de vista a ideia inspiradora da obra: a ideia iluminista e liberal – iluminista em filosofia e liberal em política – segundo a qual, diante da grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana – em que, nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior seja a liberdade tanto menor será o poder e vice-versa –, é boa e por conseguinte desejável e defensável a solução que amplia a liberdade e restringe a do poder ou, com outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos os demais.

(...) Às vezes, os extremos se tocam: a liberdade regrada deve se opor tanto à antiliberal, quer dizer, a qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à carência de regras, ou seja, à liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário ao arbítrio, mas também ao ilegalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, a qual, com expressão tomada da lógica dos conceitos, o autor chama de poder de “conotação”, e a presença de espaços nos quais habitualmente se exerce o poder do juiz.

(...) O garantismo é um modelo ideal, do qual nós podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

(...) em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal (...) com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre “efetividade” e “normatividade”. Este contraste está, além disso, na base da tarefa específica do jurista, várias vezes posta em relevo, que é a crítica do direito vigente (...) a salvaguarda do princípio de legalidade estrita passa, definitivamente, o valor da certeza, valor fundamental na defesa do cidadão frente

aos poderes arbitrários –, que encontram seu espaço natural na definição não taxativa dos delitos,³⁸ na flexibilidade das penas, no poder dispositivo, não cognitivo, do juiz.³⁹ (grifo nosso)

Segundo a lição de Ferrajoli, são características de um modelo de garantia penal:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso, resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis. (...)

Podemos relacionar ao princípio de legalidade em sentido amplo e ao princípio de legalidade estrita, em razão de sua diferente estrutura lógica, respectivamente, outras duas garantias mais específicas: o princípio de irretroatividade das leis penais e o princípio de proibição de analogia penal in malam partem, ambos essenciais para assegurar o que no parágrafo 8 chamamos de “certeza do direito penal mínimo”.

A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. (...) Por outro lado, o princípio de irretroatividade costuma vir contemplado nos textos constitucionais juntamente com o princípio de legalidade: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito”, diz o art. 5.º da Declaração de 1789; e o art. 25 da Constituição italiana repete: “ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado”. Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. *Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa – a injustificabilidade de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários –, determinam que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação à mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova.*

³⁸ Nesse particular, veremos mais adiante como a aplicação da analogia *in malam partem* viola o princípio da legalidade estrita.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 07/12.

Além disso, do ponto de vista externo, não há nenhuma razão para que a irretroatividade e a não ultra-atividade das leis penais mais desfavoráveis ao réu e a retroatividade e a ultra-atividade das mais favoráveis devam encontrar o limite da coisa julgada. (...)

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é obvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada “analogia antecipada”. Também em relação à proibição de analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é in malam partem, enquanto é admitido caso seja in bonam partem, ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do favor rei, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade. Disso segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais. “Não está permitido estender as leis penais”, escreveu Francis Bacon, “a delitos não contemplados expressamente”; e “é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos”.⁴⁰ (grifo nosso)

Obviamente este autor não tem a pretensão (tampouco a capacidade) de se aprofundar na análise da monumental obra de Ferrajoli, mas dos poucos trechos acima, destacam-se princípios que norteiam o modelo de garantia dos direitos fundamentais por ele proposto, segundo um sistema de limites ao poder punitivo estatal para tutela dos direitos e liberdades do indivíduo como fundamento da democracia constitucional, em consonância com um modelo universal de proteção dos direitos humanos. O conceito de Estado de Direito vincula-se, desta forma, a um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal, segundo postulados de direito penal mínimo. Nesse sentido, a lição de MAYRINK DA COSTA:

A atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada ou direcional, pois diante de um Estado social e democrático de Direito é inadmissível uma atuação ilimitada. No âmbito jurídico-penal estatal, determinados princípios e critérios

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 83/84 e 307/308.

normativos limitam o poder punitivo: a) os princípios consagrados na Carta Política; b) os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto; c) os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os limites jurídicos, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado, sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.

(...)

*Não podemos olvidar no modelo de Direito Penal mínimo, perante o racionalismo jurídico garantista, os limites ou as proibições intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de racionalidade e certeza. O Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade das intervenções estatais. Repudiamos a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. (...) Não se pode esquecer a primazia normativa da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exijam um tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, tendo como patamar os princípios fundamentais.*⁴¹ (grifo nosso)

Cumpramos observar ainda que a doutrina Ferrajoli está fundada em dez axiomas,⁴² com base nos quais um sistema normativo-penal possa ser considerado garantista, revelando condições imprescindíveis para que se estabeleça legitimamente a responsabilização penal e a aplicação da sanção. Entre os referidos princípios,⁴³ destacamos o segundo, segundo o qual *nullum crimen sine legem*, que corresponde ao princípio da legalidade, que determina ser a lei o único instrumento apto a prescrição

⁴¹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 41, jul./set. 2011, p. 03/04.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 74/75. São eles: 1. *Nulla poena sine crimine*; 2. *Nullum crimen sine lege*; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4. *Nulla necessitas sine injuria*; 5. *Nulla injuria sine actione*; 6. *Nulla actio sine culpa*; 7. *Nulla culpa sine iudicio*; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*; 9. *Nulla accusatio sine probatione*; 10. *Nulla probatio sine defensione*.

⁴³ Na lição de Dworkin: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36)

Para Moreira, os princípios, no neoconstitucionalismo, se colocam na categoria de fonte primária do direito. No sistema da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), os princípios gerais de direito figuravam em último lugar, como critério de integração do direito, portanto, atrás da analogia e até dos costumes. Por esse motivo, tal dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois observa-se, cada vez mais, a integração entre os princípios gerais de direito e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos. A ponderação de direitos fundamentais, enquanto garantias constitucionais, relegou a segundo plano a analogia e os costumes como fontes do Direito (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 180/187). Assim, como sustentado neste tópico, é indevido o emprego a analogia em detrimento de princípios e garantias fundamentais.

de condutas penalmente típicas. Em linhas gerais, o princípio da legalidade é a base da doutrina de Ferrajoli, sendo através dele que se materializa o garantismo. Entre as lições acima, destacamos também, pela pertinência com nosso objeto, a proibição da analogia *in malam partem*, sobre cuja aplicação, em matéria processual penal, teremos a oportunidade de discorrer mais à frente.

Como bem destacam CARVALHO e CARVALHO:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.⁴⁴

Nesse sentido, a respeito da observância do princípio da legalidade no processo penal, cumpre destacar o seguinte trecho do magistral voto do Ministro Celso de Mello no HC 185051:

(...) É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder eventualmente perpetrado por agentes e autoridades estatais.

⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), no sentido de que o processo penal há de ser analisado em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, tal como entende, também em autorizado magistério, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”

Tal percepção a propósito da vocação protetiva do processo penal, considerado o regime constitucional das liberdades fundamentais que vigora em nosso País, é também perfilhada por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, que ressalta a significativa importância do processo judicial como “garantia dos acusados”. (VICENTE GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*. p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ. *Processo Penal*. p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO. *Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade*. p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT. *Manual de Processo Penal*. p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.)

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas

pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS – A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.” (HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (RTJ 183/371-372, p. ex.), pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem consequências gravosas no plano de direitos e garantias individuais exige obediência ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) (...).⁴⁵ (grifo nosso)

Certamente há previsão expressa de emprego de analogia no âmbito da lei processual penal (CPP, artigo 3º), contudo, em certos casos o recurso à analogia reverterá em punição, com reflexos no direito de liberdade do agente, e nestas

⁴⁵ BRASIL. STF. HC 185051, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 07/01/22.

hipóteses deve ser afastada. Por isso mesmo, destacando que a interpretação do aludido dispositivo deve ser feita de acordo com o texto constitucional, LOPES JÚNIOR assevera:

(...) não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. (...)

Importante destacar, novamente, que não se podem fazer analogias ou transmissão mecânica (...) para o processo penal, pois, aqui, partimos da inafastável premissa de que a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir. Portanto, desde logo, em que pesem as diversas manifestações do senso comum teórico e jurisprudencial, devem ser repelidas as noções de prejuízo e finalidade que têm conduzido os tribunais brasileiros a absurdos níveis de relativização das nulidades (e, portanto, das próprias regras e garantias do devido processo). (...)

Nessa matéria, não há que se fazer analogias ou interpretações extensivas, pois, em se tratando de exercício do poder punitivo, a matéria vem rigidamente disciplinada pelo princípio da reserva legal. (...)

(...) como não se admite analogia para ampliar a restrição de direitos fundamentais, é inconstitucional essa medida. (...)

(...) restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias. (...)⁴⁶

O tema da aplicação da analogia no processo penal foi objeto de interessante estudo publicado por CARDOSO, o qual, por sua pertinência com o nosso objeto, merece a transcrição:

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 115, 228, 392, 512 e 586.

Há certa doutrina brasileira que defende que, de forma oposta ao que ocorre no Direito Penal, no qual só é admitida a analogia se for em benefício do agente (*in bonam partem*), no processo penal inexistente tal vedação. Sustentam que a omissão legislativa não pode prejudicar a eficácia da persecução penal.

Com o devido respeito às posições contrárias, entendo que tal argumento não convence.

Atualmente, a discussão acerca das distinções entre o direito material (ou substantivo) e o direito processual (ou adjetivo) vem perdendo força.

Equivocados são os dizeres de que as normas penais de cunho material são aquelas unicamente inseridas no Código Penal e na legislação penal extravagante. De igual modo, equivoca-se quem diz que as normas processuais penais são aquelas insertas tão somente no Código de Processo Penal.

Não é bem assim. Não se pode ignorar, por exemplo, o fato de que ambos os diplomas legais apresentam normas penais de conteúdo misto, ou seja, que tratam, simultaneamente de questão penal e processual. (...)

Por consequência, mesmo reconhecendo que o Direito Penal e o processo são ramos autônomos, se realizarmos uma análise sistêmica de ambos, não poderemos (jamais) admitir que contenham quaisquer disposições conflitantes entre si, o que, por óbvio, inclui a inadmissibilidade da analogia *im malam partem* no processo penal.

Nesse sentido, soa ilógico que o processo penal, numa verdadeira afronta à própria existência harmônica do "sistema penal", possa admitir instituto não permitido pelo Direito Penal (e vice-versa).

Em caráter exemplificativo, impende mencionar a problemática da sucessão processual prevista no art. 31 do CPP, que dispõe: *No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

Ocorre, porém, que tal dispositivo legal não se encontra em total harmonia com o disposto no § 3º do art. 226 da CF/88, uma vez que não faz nenhuma menção à união estável e, conseqüentemente, à figura do(a) companheiro(a).

Nessa ótica, estaria o (a) companheiro (a) incluído (a) no rol de sucessores processuais trazido pelo art. 31 do CPP? Boa parte da

doutrina parece sustentar em sentido afirmativo. Contudo, mais uma vez, não me parece ser esse o melhor caminho.

Cuida-se de norma dotada de conteúdo não só processual, mas também penal, já que, quanto menos sucessores existirem para fins de possibilidade de oferecimento de queixa ou prosseguimento na ação penal, maiores serão as chances de, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, a punibilidade ser extinta em razão da decadência.

Haverá, portanto, evidente reflexo em relação ao poder punitivo estatal, o que não se coaduna com a possibilidade de incidência da analogia *in malam partem*, sob pena de grave afronta ao princípio da legalidade. (LIMA, 2016)

Por fim, partilho da visão de que o processo penal é uma garantia do acusado, o que significa dizer que o poder punitivo do Estado não é ilimitado. Está condicionado a uma série de regras e princípios.

O que se pretende dizer é que, qualquer que seja a noção de “eficiência da persecução penal”, esta não pode ter o condão de suprimir direitos e garantias fundamentais. Os fins não justificam os meios.⁴⁷

Assim, do emprego da analogia, com a intimação da vítima para oferecimento da representação, decorrem evidentes reflexos de natureza penal material, por estar em jogo a possibilidade (ou não) de decadência e extinção da punibilidade. Afinal, como lembra LIMA, “o direito de representação está profundamente vinculado ao direito de punir, uma vez que seu não exercício acarreta a decadência, que é causa de extinção da punibilidade”.⁴⁸

Evidente, sob tal perspectiva, a natureza mista ou híbrida da norma, com relação à qual incide a vedação da analogia *in malam partem*, inerente às normas de direito penal material, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Não é demais repisar que *de lege lata* não foi adotada a mesma regra de transição contida no artigo 91 da Lei nº 9099/95. Logo, a intimação da vítima viola o devido processo legal, pois é uma providência não prevista em lei, portanto, ilegal.

Nesse contexto, com o devido respeito às opiniões em contrário, não se afigura aceitável o emprego da analogia, para intimação da vítima para oferecimento da representação, tendo em vista que o legislador não determinou tal providência em lei.

⁴⁷ CARDOSO, Victor Emídio. *Cabe analogia in malam partem no processo penal?* Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/760124928/cabe-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal>>. Acesso em: 01/01/22.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 323.

Nesse sentido, a lição de DIAS, admitindo o uso da analogia como “fonte integrativa” no processo penal, desde que não se traduza “num *enfraquecimento da posição* ou numa *diminuição dos direitos ‘processuais’ do arguido* (desfavorecimento do arguido, analogia *in malam partem*).”⁴⁹ (grifo do autor)

Casos há em que, seja por qual motivo for, não foi providenciada a intimação da vítima ou essa, apesar de intimada, não se manifestou sobre a representação, no prazo decadencial de 06 meses. Cumpre ressaltar, conforme já adiantamos linhas acima, que o termo inicial do prazo decadencial foi a data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, sendo certo que o desconhecimento da *novatio legis in mellius* pela vítima é inescusável. (CP, artigo 21 e artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

Invocamos aqui o velho brocardo, originado do latim, segundo o qual *Dormientibus non succurrit jus – o direito não socorre aos que dormem* – inspirador do chamado “princípio da inércia”, positivado, entre nós, no artigo 2º do CPC, de aplicação analógica por força não somente do artigo 3º do CPP, mas também em razão do sistema acusatório. Aliás, nesse sentido, o próprio CPP, dispõe em seu artigo 5º, § 4º, que “*o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.*”

Como ensinam MARTINELLI e SCHIMITT, a vitimodogmática, como manifestação do princípio da subsidiariedade no âmbito da tipicidade penal, recomenda que o comportamento da vítima deve ser considerado no processo de interpretação dos tipos penais, afastando-se a tutela penal de quem por desatenção ou negligência, para com os bens jurídicos de sua titularidade, permite que sejam lesados ou ameaçados por terceiros, evitando-se, desta forma, uma postura estatal paternalista, sem prejuízo, por certo, de que tais bens jurídicos sejam devidamente tutelados, mediante a iniciativa do legítimo interessado, por outros ramos do direito disponíveis, atendendo ao postulado da mínima intervenção penal.⁵⁰

Mais uma vez, cabe aqui uma breve retrospectiva. Sobre a aplicação da Lei nº 9099/95, que guarda indiscutível similaridade com nosso estudo, GOMES ensinava que “a aplicação das regras contidas na Lei nº 9.099/95 traduz a concretização de um inequívoco programa estatal de despenalização, compatível, ao menos em seus aspectos essenciais, com o novo paradigma de Justiça Criminal que se busca construir no âmbito de nosso ordenamento positivo, notadamente se se considerarem os fundamentos jurídicos, sociais e éticos que dão suporte doutrinário aos postulados do direito penal mínimo, subjacentes à formulação do mencionado diploma legislativo.”⁵¹

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97 (os grifos e as aspas constam do original).

⁵⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D’Plácido, 2021, p. 272.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Mínimo: lineamento das suas metas*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 1995, vol. 1, n. 5, p. 71.

O entendimento aqui sustentado, que considera no mínimo desnecessária a intimação da vítima para oferecimento da representação (para não dizer arbitrária ou ilegal, diante da proibição de analogia *in malam partem*), não é inédito, sendo adotado, por renomados doutrinadores, na época da entrada em vigor da Lei nº 9099/95.⁵² Diante da nova sistemática, o festejado processualista MIRABETE ensinou à época que:

Supondo-se, porém, que não se faça ou não se consiga fazer a referida intimação antes de iniciada a ação penal. Nessa hipótese, o prazo de decadência será de seis meses, como determinam os arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Como esse prazo não corria antes da lei, por inexistente a regra, o termo inicial é o do início da sua vigência. A partir de 26 de novembro de 1995, portanto, iniciou-se o prazo de decadência de 6 meses para todos os casos dos crimes mencionados ocorridos anteriormente. Excetua-se, entretanto, a hipótese de intimação da vítima, em que o prazo é de trinta dias a contar da intimação.⁵³

Com relação à exigência de representação na nova redação do § 5º, do artigo 171, do CP, o entendimento acima, que dispensa a intimação da vítima, também é compartilhado por CUNHA. Para ele, “se a denúncia ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é a vigência da nova lei.”⁵⁴

Amparando o entendimento acima, o maior penalista de todos os tempos, Nelson Hungria,⁵⁵ nos deixou sua lição atemporal:

(...) se a lei nova, diversamente da lei anterior, subordina a ação pública à representação, cria, certamente, uma situação de favor para o réu e, assim, mesmo em relação aos fatos pretéritos, se já está em curso a ação do Ministério Público, não prosseguirá, salvo, no caso de exigência de representação, se o respectivo titular a apresentar no prazo legal, sob pena de decadência.

⁵² O artigo 88 da Lei nº 9099/95 estabeleceu que “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.” Com relação aos fatos pretéritos, ocorridos antes da vigência da lei, o artigo 91 estabeleceu que “nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. A Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 120.

⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, t. 1, p. 122 e 123.

A Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor no dia no dia 23/01/20. A partir dessa data começou a fluir o prazo decadencial para oferecimento da representação (caso conhecido o auto do delito). Se não foi providenciada a intimação da vítima ou esta, apesar de intimada, deixou decorrer *in albis* o prazo decadencial de 06 meses (cujo termo final foi o dia 22/07/20), a punibilidade estará inexoravelmente extinta.

Ainda haverá a necessidade de intimação da vítima na atualidade? Ao que tudo indica, tal providência não surtirá mais nenhum efeito prático, pois já se consumou a extinção da punibilidade, na forma do artigo 107, IV, do CP.

Corroborando o nosso entendimento, os professores João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem consideram indevida a aplicação, por analogia, da regra do artigo 91 da Lei nº 9099/95, e asseveram, com relação à representação das vítimas nas investigações e processos em curso:

E qual será o prazo para representar? Não havendo regra de transição – ao contrário da Lei nº 9099/1995 (art. 91) – o prazo de seis meses (regra geral) deverá ser aplicado por analogia. Se ultrapassado esse prazo, diante do silêncio em relação à vontade de prosseguir, ocorrerá a decadência e, com efeito, a extinção da punibilidade do agente (CP, artigo 107, IV). O mesmo procedimento deverá ocorrer com os processos já findos e com execução penal em curso, pois o trânsito em julgado não pode constituir barreira intransponível para aplicação retroativa da nova normativa (CF, artigo 5º, XL). Essas regras são esquecidas pelos pragmáticos. Rogério Sanches Cunha, por exemplo, não exige a aferição da vontade da vítima do delito patrimonial nos casos em que a denúncia já tenha sido recebida. O consequentialismo dita sua posição, afinal, quer evitar, saliente-se, a todo custo, a extinção da punibilidade pela decadência. Desvirtua-se a própria garantia da retroatividade, prevista constitucional e convencionalmente. E nada disso é observado por uma parcela do Poder Judiciário (STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1681153 / SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ 14-09-2020). Como a denúncia pode operar como um ato jurídico perfeito em relação à retroatividade benéfica? (STJ, 6ª Turma, HC n. 583.837/SC, rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJ 12-08-2020). Se bastasse, nenhuma lei que preveja a descriminalização de uma conduta teria efeito retroativo. Alguém pode argumentar que, nesta hipótese, a norma seria puramente penal. Sim, mas também às normas processuais de conteúdo material é aplicável a retroatividade benéfica. Por quê? Porque a solução de direito material sempre tem primazia, uma vez que se relaciona com o direito à liberdade. Para promover a justiça é mister entender que o Estado está a serviço da liberdade individual e não o contrário. Infe-re-se da Constituição Federal que os direitos fundamentais são direitos para

e dos cidadãos e não para e do Estado e, para garanti-los, quanto à liberdade, há a garantia da retroatividade da lei mais benéfica que, repita-se, não encontra barreira na coisa julgada (o que dizer de mero recebimento da denúncia?).⁵⁶ (grifo nosso)

Outra questão: para alguns, como a representação não exige rigor formal,⁵⁷ com relação aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a manifestação de vontade da vítima já constante do registro de ocorrência, por exemplo, poderia ser considerada como uma representação. Os que sustentam tal posição⁵⁸ certamente revelam intenções nobres, justificadas pela necessidade de se evitar a impunidade, sobretudo devido aos percalços da persecução penal durante a pandemia do novo Coronavírus. Todavia, com o devido respeito, tal argumento não passa de um sofisma, porque, na prática, nega a retroatividade da lei penal mais benéfica e, por consequência, nega a aplicação de norma convencional, constitucional e legal, que impõe a retroatividade da *lex mitior*.

Ponderando-se os valores e bens jurídicos envolvidos, deve prevalecer a liberdade. Como ensina BITENCOURT,⁵⁹ “a violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os –, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que porventura possam ser atingidos.”

De fato, a representação não exige rigor formal, mas a manifestação de vontade da vítima deve ocorrer no tempo certo, sob pena decadência. Somente com a entrada em vigor da nova lei, tal condição de procedibilidade passou a ser exigida. Logo, é a partir da entrada em vigor da lei que a representação deve ser oferecida.

Afinal, está em jogo a liberdade, um direito fundamental de primeira dimensão. Sobre o tema, NOVELINO ensina que “os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, impondo-lhe diretamente um dever de abstenção (caráter negativo).”⁶⁰

⁵⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT, de Bem Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021, p. 1266.

⁵⁷ “(...) A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoidados de criminosos. (...)” (STF. Inq 3438, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

⁵⁸ Para LIMA, “considerando que não se exige maiores formalismos quanto à representação, se porventura já constasse dos autos desses processos criminais algum tipo de requerimento para instauração de inquérito policial, é de rigor a conclusão no sentido de que já havia “representação” naquele feito, porquanto evidenciado o interesse da vítima no sentido da persecução penal. Nesse caso, poder-se-ia aproveitar essa representação como condição de prosseguibilidade para fins de dar continuidade ao processo.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 324)

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014, p. 385.

Lembre-se ainda que não há, naturalmente, que se cogitar sobre a intimação da vítima para oferecimento da representação com relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 13.964/2019, por sua vez, com relação aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei, parte da doutrina e jurisprudência tem exigido a intimação da vítima, aplicando, por analogia, o artigo 91 da Lei nº 9099, o que enseja uma situação de tratamento desproporcional entre os acusados por crimes da mesma espécie, violando a isonomia. Nada justifica esse tratamento diferenciado. São situações ontologicamente iguais.

Imagine-se um crime de estelionato consumado em 22/01/20 (antes da entrada em vigor da Lei nº 13964/19) e um crime de estelionato consumado no dia 23/01/20 (data da entrada em vigor da lei). No primeiro caso, a vítima deveria ser intimada. No segundo caso, não há essa exigência. No primeiro caso, se a vítima não for intimada e não oferecer representação, deverá se aguardar indefinidamente a sua iniciativa e a punibilidade só será extinta pela prescrição. No segundo caso, se a vítima – que não será intimada – não oferecer a representação no prazo de 06 meses, a punibilidade estará extinta. Não nos parece razoável essa distinção.

Pior ainda: se no primeiro caso, a vítima, após muitos anos, decide oferecer a representação? Lembremos que no segundo caso, ocorrido após a vigência da lei, a vítima não ofereceu representação no prazo de 06 meses e a punibilidade foi extinta. Logo, houve a decadência com relação ao segundo crime, mas não com relação ao crime ocorrido anteriormente. Parece-nos teratológica essa situação.

Pergunta-se ainda com relação ao primeiro caso: o curso do prazo decadencial pode ser impedido ou postergado? Sem previsão expressa em lei, não se pode postergar o início do prazo decadencial, conforme dispõe o artigo 207 do Código Civil.⁶¹ Como não há disposição legal em sentido contrário, o prazo decadencial é de 6 (seis) meses, contados da data em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime, sob pena de decadência, nos termos dos artigos 103 do CP e 38 do CPP.⁶² Nesse sentido:

Sob pena de se operar o instituto da decadência, o direito de representação do ofendido deve ser exercido dentro do lapso temporal de 6 (seis) meses, cujo termo inicial é a data em que a vítima ou o seu representante legal toma ciência de quem é o autor do delito, nos termos do disposto no art. 103 do Código Penal e no art. 38 do Código de Processo Penal.⁶³

⁶¹ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

⁶² Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Art. 38 - Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

⁶³ BRASIL. STJ. *RHC 26.613/SC*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.

O prazo decadencial é fatal e improrrogável, não se sujeitando à interrupção ou suspensão. Ao contrário do prazo prescricional, não há causas interruptivas ou suspensivas do prazo decadencial. A representação deverá ser feita no prazo decadencial de 6 meses, contados a partir da data em que o ofendido vier a saber quem é o autor do delito (art. 38). Por ser um prazo decadencial, não pode ser prorrogado, interrompido ou suspenso,⁶⁴ contando-se na forma do art. 10 do CP, incluindo-se o primeiro dia e excluindo-se o do vencimento. Encerrando-se em finais de semana ou feriados, não se dilata para o primeiro dia útil subsequente.⁶⁵

Em que pese a previsão legal em ambos os Códigos (art. 103 do CP e art. 38 do CPP), trata-se de instituto eminentemente de direito material. Por conseguinte, aplica-se a regra do artigo 10 do Código Penal, contando-se o dia do começo e excluindo-se o dia do fim.⁶⁶

Por outro lado, oferecida a representação, seja perante a autoridade policial, diante do representante do Ministério Público ou mesmo em juízo, cessa o transcurso do prazo decadencial. Neste caso, não há mais que se falar em decadência, em que pese eventual demora no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.⁶⁷

Contudo, a aplicação da analogia (*in malam partem*), para intimação da vítima, nos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da nova normativa, posterga indevidamente o termo inicial do prazo decadencial, caracterizando flagrante afronta ao princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso, conforme se passa a explicar, recorrendo-se, mais uma vez, ao magistério de BITENCOURT:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada.⁶⁸

No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI); proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII); admissão de maior rigor para

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 253.

⁶⁵ TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 154.

⁶⁶ A propósito: "Como regra, o prazo da decadência é de 06 (seis) meses e, em se tratando de causa de extinção da punibilidade, o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal e não de acordo com o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o *dies a quo*." (BRASIL. STJ. *APn 562/MS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 02/06/2010, DJe 24/06/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.)

⁶⁷ DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 382.

⁶⁸ "A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito." (art. 15)

infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV); determinação de penas alternativas para *infrações de menor potencial ofensivo* etc.

Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães Gomes, afirmando: “No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo.”⁶⁹ Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *Direito Natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. *A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.*

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos* para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre *vinculada axiomáticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas também como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada. *Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas, sim, por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal – vedação do arbítrio (Übermassverbot); b) necessidade*

⁶⁹ GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *Princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

(Erforderlichkeit): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende;
c) *proporcionalidade stricto sensu: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.*⁷⁰

O campo de abrangência, e, porque não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis *had hocs*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*. Segundo o magistério do Ministro Gilmar Mendes,⁷¹ “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”.

*Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho.*⁷² O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada nem formular regras legais, cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como estamos demonstrando. O Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356-397.

⁷¹ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264.

se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.⁷³ Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o controle de sua razoabilidade, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

Nesse mesmo sentido, invocamos, por sua pertinência, passagem do voto antológico do Ministro Celso de Mello, em cautelar concedida nos autos do processo da Ação com pedido de Habeas Corpus n. 94.404 MC/SP,⁷⁴ nos seguintes termos: “Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público”.

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não evitá-los, pelo menos, questioná-los ou mesmo reduzi-los a níveis toleráveis: a única possibilidade em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. “A função jurisdicional nesse controle – adverte o doutrinador argentino Guillermo Yacobucci – pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente pela importância do bem jurídico

⁷³ No mesmo artigo, Bitencourt ensina que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

⁷⁴ BRASIL. STF. HC 94404, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008. In *Informativo do STF n. 516*, Brasília, DF, 18 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 10/01/22.

protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular." O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica.

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos e, pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes, a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado – e completa Gilmar Mendes – de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)".⁷⁵ (grifo nosso)

Essa diferença de tratamento entre os investigados por crimes da mesma espécie ocorridos antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 configura, com o devido respeito às opiniões contrárias, uma inconstitucionalidade manifesta, por ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e proporcionalidade. Aqui vale lembrar a lição de CANOTILHO: "uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos".⁷⁶

Aliás, há muito tempo, DAMASIO já nos advertia que "leis malfeitas ferem, além de outros, especialmente os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Quando não são facilmente compreensíveis, admitindo considerações diversas, permitem que fatos idênticos sejam apreciados de maneira diferente, com injusta absolvição ou condenação de acusados."⁷⁷

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 488.

⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. Extinção da prescrição retroativa. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 40, abr./jun., 2011, p. 15.

No mesmo sentido, sintetizando o que acima foi exposto, QUEIROZ assevera: “analogia *in malam partem* e *in bonam partem* são em tese legítimas, exceto se forem incompatíveis com os princípios da legalidade e proporcionalidade.”⁷⁸

A respeito da recorrente e equivocada invocação do princípio da proporcionalidade para justificar a sobreposição do “interesse público” sobre o “interesse individual”, LOPES JÚNIOR, com autoridade, ensina que:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, ser sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público – privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.

Já em 1882, Manuel Alonso Martínez afirmava na *Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* que “*sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales*”.

W. Goldschmidt explica que os *direitos fundamentais*, como tais, dirigem-se contra o Estado e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do *amparo do indivíduo contra o Estado*. O processo penal constitui um ramo do direito público, e, como tal, implica autolimitação do Estado, uma soberania mitigada.

Ademais, existe ainda o fundamento histórico-político para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettiol. A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isso surgiu na Europa depois

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. *O que é analogia in malam partem e quando é razoável proibi-la*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-analogia-in-malam-partem-e-quando-e-razoavel-veda-la/>>. Acesso em: 12/01/2022.

de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

A democracia, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifesta-se em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal.

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse status após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo. O significado da democracia é a revalorização do homem. (...)

Não se pode esquecer, como explica Sarlet, de que a dignidade da pessoa humana é um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Inclusive, na hipótese de conflito entre princípios e direitos constitucionalmente assegurados, destaca Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos”. Isso porque, como explica o autor, existe uma inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional. (...)

Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos. (...)

Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primevo do processo penal. Entendemos que sociedade – base do discurso de prevalência do “público” – deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior de que dependem os homens que o integram.

Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário.

Na mesma linha, Bobbio explica que, atualmente, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo. O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos.

Por isso, Ferrajoli fala da *ley del más débil*. No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo, aponta Guarnieri, passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo.

Amilton B. de Carvalho, questionando para quê(m) serve a lei, aponta que “a lei é o limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação”.

Nessa democratização do processo penal, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres. É uma relevante mudança decorrente da constitucionalização e democratização do processo penal.

Muito preocupante, por fim, é quando esse discurso da “prevalência do interesse público” vem atrelado ao Princípio da Proporcionalidade, fazendo uma viragem discursiva para aplicá-lo onde não tem legítimo cabimento. Nesse tema, é lúcida a análise do Ministro Eros Grau, cuja citação, ainda que longa, deve ser objeto de reflexão. Diz o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal no voto proferido no HC 95.009-4/SP (p. 44 e ss.):

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características –, porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos *esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em material penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.* (grifos nossos)

Em suma: nesse contexto político-processual, estão superadas as considerações do estilo “a supremacia do interesse público sobre o privado”. As regras do devido processo penal são verdadeiras

garantias democráticas (e, obviamente, constitucionais), muito além dessa dimensão reducionista de público/privado. Trata-se de direitos fundamentais – obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria – limitadores da intervenção estatal.⁷⁹ (grifos do autor)

Por tal razão, malgrado as respeitáveis opiniões em sentido contrário,⁸⁰ sustentamos a ilegalidade da intimação da vítima para oferecimento da representação, cujo prazo inicial teve início com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, sendo certo que, em caso de inércia do ofendido, consumou-se a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo decadencial.

6. Do controle de convencionalidade, constitucionalidade e legalidade das investigações em curso

Como visto até aqui, o conflito intertemporal das leis penais mistas é matéria que sempre gerou controvérsias e não foi diferente após a promulgação da Lei nº 13.964/2019. A lei trouxe inúmeras mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal e em leis especiais, algumas restritas ao direito material, outras ao processual penal, mas algumas das inovações compreendem os dois ramos (leis mistas ou híbridas).

⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28/34.

⁸⁰ Contra o nosso entendimento:

Lima: “Portanto, se a denúncia quanto ao crime de estelionato ainda não havia sido oferecida por ocasião da vigência do Pacote Anticrime, pensamos que a atuação do MP passou a depender de representação, cujo termo decadencial inicial, para os fatos pretéritos, seria a data da ciência da vítima quanto à necessidade de oferecer a representação.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 322/323)

Moreira: “Se o ofendido (ou outros legitimados) não for encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional, já que, não tendo sido possível a notificação, não há falar-se em decadência; não será possível, por outro lado, a continuidade do procedimento, em razão da falta de uma ‘condição de prosseguibilidade’ para a ação penal.” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O crime de estelionato depende de representação*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>>. (acesso em 07/01/22)

Lemos: “Com relação às perseguições penais em curso, sendo a exigência de representação norma processual penal de índole material e mais benéfica, acaso a vítima não tenha deixado claro o interesse da responsabilização criminal do(s) agente(s), caberá à autoridade policial ou à autoridade judiciária, se já recebida a denúncia, notificar a vítima para representar, no prazo de trinta dias, contados da notificação, ficando os autos suspensos até o pronunciamento da vítima ou o transcurso do prazo.

Instada a se manifestar, se a vítima representar pela responsabilização criminal do(s) agente(s), a perseguição penal prosseguirá regularmente seu curso.

De outro lado, se a vítima expressamente posicionar-se pelo desinteresse no prosseguimento da demanda ou o prazo de trinta dias transcorrer *in albis*, operará a extinção da punibilidade, com o arquivamento dos autos. Por fim, não sendo o ofendido encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional.” (LEMONS, Marcelo Geraldo. Alteração da ação penal do crime de estelionato pela Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos na prática forense. *Revista Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros*. Belo Horizonte, ano XII, vol. I, nº 16, jul./dez. 2020. p. 192/193. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/>>. Acesso em: 07/01/22.)

A partir de agora, o nosso objetivo será o tratamento da aplicação temporal das leis penais mistas às investigações em curso, à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e em especial da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que é o órgão legitimado e responsável pela interpretação dos dispositivos que estão contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Neste tópico, inspirado no magistral voto do Relator MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, no *Habeas Corpus* Criminal nº 2174937-23.2021.8.26.0000,⁸¹ cuja leitura recomendamos, discorreremos acerca do denominado controle de convencionalidade a ser realizado nas investigações em curso.

As alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/19, no tocante à exigência de representação do ofendido como condição para o exercício da ação penal, possui inequívoco caráter penal que, por ser mais benéfico, há de retroagir.

Tal mudança representa a adoção de um novo modelo de política criminal a ser observado na persecução de algumas formas do crime de estelionato. O exercício da ação penal e a própria instauração do processo depende agora da manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal. Contudo, tal manifestação não é absoluta, devendo ser exercida dentro do prazo previsto em lei. A ausência de representação no prazo legal impede o exercício do poder punitivo, provocando a extinção da punibilidade.⁸²

Os aspectos de natureza processual e material evidenciam o caráter híbrido do novo dispositivo. O conflito temporal de leis deve ser resolvido à luz dos princípios de garantia dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (convencionais), e o caráter penal, mais benéfico, deve retroagir. É a consagração do princípio *pro homine* que inspira o direito internacional dos direitos humanos (art. 9º do Pacto de San Jose da Costa Rica) e os direitos fundamentais (art. 5º, XL, da Constituição Federal), bem como o disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Vale lembrar que o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, cuja observância é obrigatória entre nós (*Pacta sunt servanda*), sendo promulgada em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92.

Ainda paira discussão acerca da hierárquica normativa⁸³ que os tratados internacionais de direitos humanos assumem no plano do direito interno. Renomados

⁸¹ BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

⁸² BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

⁸³ Segundo a lição de Bobbio: “As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que

doutrinadores⁸⁴ defendem que o art. 5º, § 2º, da CF/88 assegura a hierarquia de norma constitucional das convenções internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004,⁸⁵ como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, pois “definitivamente não se pode legitimamente esperar que as ditas disposições convencionais se adaptem ou se subordinem às soluções de direito constitucional ou de direito público interno.”⁸⁶

Cumpra, porém, observar que a Emenda Constitucional nº 45 alterou o art. 5º, § 3º, da CF/88, estabelecendo que somente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Com isso, como regra, tais tratados e acordos internacionais se equiparam à lei ordinária, sendo que a exceção exigirá quórum idêntico ao de emenda constitucional (ou seja, dois terços do Congresso Nacional). No dia 3/12/08, o Pleno do STF, no HC 87.585-TO,⁸⁷ resolveu a questão que se colocava acerca do status da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo que, por maioria, se aprovou que as normas que versem sobre qualquer direito (mesmo direitos humanos), se aprovadas antes da EC 45, independentemente de aprovação com quórum qualificado no Congresso, não importando serem tais normas provenientes de tratados internacionais, possuem somente status supralegal, não tendo assim valor constitucional, só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição ante a lei ordinária, em exame preliminar, em cada caso concreto a ser examinado. Agora, se o tratado sobre direitos humanos foi ratificado pelo Congresso, após a EC 45, com o quórum qualificado, passam a ter o valor de Emenda Constitucional. Assim, somente os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição têm igualdade com a norma

pode ser chamado de ordenamento.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2019, p. 49)

⁸⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 513; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51/77; LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 16/18; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 682/702.

⁸⁵ A Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004 (EC 45/04), que introduziu o parágrafo 3º. do art. 5º, da Constituição Federal (CF/88), contribuiu para evolução da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos. *In verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Voto disidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf>. Acesso em: 14/01/22.

⁸⁷ Conferir também: “(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva 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 adesão (...)” (BRASIL. STF. *RE 349703*, Relator(a): Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14/01/22)

constitucional, podendo assim a norma que o violar ser submetida ao controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.⁸⁸

Em que pese a discussão acima, é inequívoca a importância da observância e aplicação dos tratados de direitos humanos em sua máxima eficácia, sendo certo que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos assume a condição de *ius cogens*.⁸⁹

Nesse sentido, merece destaque a primorosa lição contida no voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 93.280/SC:

(...) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do

⁸⁸ POLASTRI, Marcellus Lima; SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013, p. 195.

⁸⁹ GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014, p. 63. Garcia nos ensina que "o *ius cogens*, em sua expressão mais simples, pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna. (...) Foi justamente a proximidade com o direito natural, suscetível de ser meramente conhecido, não construído, além de ser ontologicamente imodificável, que permitiu o reconhecimento da existência do *ius cogens*. 1. Note-se que a própria expressão direito das gentes, inicialmente utilizada para designar o direito internacional público, era empregada, nas Institutas de Justiniano, para definir o conjunto de regras que a razão natural estabeleceu entre todos os homens e povos. (...) Teríamos, assim, o direito das gentes positivo e arbitrário, decorrente dos acordos internacionais, e o direito das gentes natural e imutável. 7. Estas últimas normas são justamente aquelas que a doutrina, nos séculos seguintes, após incontáveis embates argumentativos a respeito das relações entre o direito natural e o direito das gentes, reconheceu pertencerem ao *ius cogens*. O conceito há muito difundido no âmbito da comunidade internacional terminou por ser incorporado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que considera nulo qualquer tratado que destoe do *ius cogens*. Considerou como tal aquela norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo, insuscetível de derrogação e que somente pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza. A superveniência da norma de *ius cogens*, por força do art. 64 da Convenção, também torna nulo ou extingue o tratado anterior que dela destoe. É evidente que o conteúdo do *ius cogens* tem passado por inúmeras vicissitudes com o evoluir da humanidade, assumindo singular relevância na proteção internacional dos direitos humanos. (...) Essa constatação certamente explica o porquê de as principais normas de natureza *ius cogens* dizerem respeito à proteção dos direitos humanos. (...) Ao imporem obrigações *erga omnes*, as normas *ius cogens* inserem no plano da ilicitude a conduta dos Estados que venham a violá-los. Na medida em que a sedimentação dos direitos humanos parece ser uma diretriz indissociável do direito internacional público contemporâneo, é evidente que o grande número de tratados internacionais afetos a essa temática dá origem ao delineamento de um largo alicerce consuetudinário, o que, em rigor lógico, terminaria por atribuir natureza *ius cogens* à maior parte das normas afetas aos direitos humanos. (...) Os mecanismos convencionais de proteção têm tido grande desenvolvimento no âmbito regional, com especial realce para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos." (GARCIA, Emerson. *Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 64, abr./jun. 2017, p. 95/101)

Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. *HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.*

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 Artigo 29 da Convenção Americana sobre 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 Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.⁹⁰ (grifo nosso)

O silêncio da Lei nº 13.964/2019 sobre a sua aplicação aos fatos anteriores não impede que se reconheça a aplicação retroativa, pois o caráter penal da norma é reconhecidamente favorável ao imputado. A solução se dará de acordo com vontade do legislador constituinte e também em congruência com o sistema internacional de direitos humanos que igualmente reconhece a retroatividade da lei penal mais benéfica, em sua amplitude.

Com efeito, o tema da retroatividade da lei penal mais benéfica foi objeto de decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Ricardo Canese vs. Paraguai, onde foi adotada uma *ampla interpretação* sobre o conteúdo mais benéfico da lei penal:

(...) o direito fundamental consagrado no artigo 9 da Convenção impõe ao Estado a obrigação de aplicar a lei penal mais favorável ao acusado, inclusive se esta lei for expedida com posterioridade ao fato ou à condenação. (...)

Nesse sentido, deve-se interpretar como lei penal mais favorável tanto aquela que estabelece uma pena inferior a respeito dos crimes como a que compreende as leis que descriminalizam uma conduta anteriormente considerada como crime, criam uma nova causa de justificação, de inculpabilidade e de impedimento à operatividade de uma penalidade, entre outras. *Estas hipóteses não constituem uma enumeração taxativa dos casos que merecem a aplicação do princípio de retroatividade da lei penal mais favorável.* Cabe destacar que o princípio de retroatividade se aplica a respeito das leis que tenham sido aprovadas antes do proferimento de sentença, bem como durante a execução da mesma, já que a Convenção não estabelece um limite nesse sentido.⁹¹ (grifo nosso)

Tal precedente estabelece obrigações aos Estados nacionais a respeito das normas convencionais, bem como da jurisprudência da Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, para fins do denominado controle de convencionalidade.⁹²

⁹⁰ BRASIL. STF. HC 93.280/SC. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 23/09/08. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 05/01/22.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/22.

⁹² CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, § 124, *verbis*: "Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições

De fato, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 28) impõe o controle de convencionalidade às autoridades nacionais, em seus mais diferentes níveis,⁹³ mediante a observância do regime internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, foi recentemente editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação nº 123 de 07 de janeiro de 2022, que “recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”⁹⁴

A respeito da aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público, MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA ensinam que:

No que tange ao Ministério Público, sabe-se ser este – nos termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – “instituição permanente” e “essencial a função jurisdicional do Estado”, ao qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como instituição que zela pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há dúvidas incumbir-lhe a escorreita aplicação das normas internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil e parte, quer no plano processual quanto no plano extraprocessual. De fato, se o Ministério Público e órgão legitimado a exercer o controle de constitucionalidade das leis, não há razão para que deixe de realizar o exame de compatibilidade vertical material entre as normas do direito brasileiro com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, pugnando

vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário *deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*” (grifo nosso). Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

⁹³ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193, *in verbis*: Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar à que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: 12/01/22.

pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados. (...)

Nesse contexto, a efetiva primazia dos direitos humanos – segundo o estabelecido pelas regras de direito internacional – depende diretamente da consolidação de um Ministério Público pós-moderno, que não se limite à tradicional fiscalização das leis, segundo a já ultrapassada nomenclatura de *custos legis*. Doravante, o Ministério Público é instituição que também opera no exame das normas internacionais de que o Estado é parte, normas tais que complementam a coleção de leis nacionais e, conseqüentemente, ampliam o mosaico normativo de proteção dos direitos humanos em vigor no Brasil. Há nítida transição, como se nota, do Ministério Público *custos legis* – fiscal das normas internas (Constituição e as leis) – para o Ministério Público *custos juris*, agora responsável pela fiscalização de cumprimento e/ou aplicação de *todas as normas* em vigor na ordem jurídica brasileira, com especial enfoque para as decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil é parte (CF, art. 5º, § 2º). Em outras palavras, o Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que por sobre a instituição recai a enorme responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de *custos juris*.

Não há dúvidas de que, na prática, para haver a efetiva proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, todos os membros do Ministério Público devem conhecer o teor dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aqui em vigor, bem assim seu impacto – e dizer, se as normas que os compõem são *mais* ou *menos* benéficas – no direito brasileiro, à luz do princípio internacional *pro homine*.⁹⁵ (grifo do autor)

Como destaca ZILLI em seu voto, “afirmar-se a retroatividade de norma híbrida porque o seu conteúdo penal fixa uma nova causa que, se concretizada, impedirá o

⁹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020, p. 266/267. Na aplicação do princípio *pro homine*, asseveram os autores que “em caso de conflito entre a norma interna e a prevista por tratado de direitos humanos em vigor no País, deve o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável à pessoa protegida* (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.” (ob. cit. p. 270)

exercício do poder punitivo é consagrar a leitura do direito à luz do direito internacional dos direitos humanos.”⁹⁶

Portanto, resta patente a retroatividade da lei penal mais benéfica, que deve ser aplicada de forma ampla, não podendo ser restringida por qualquer meio, como acontece com emprego de analogia *in malam partem* para intimação da vítima para fins de representação, ou mesmo considerar qualquer ato de manifestação de vontade da vítima expressada antes da vigência da *lex mitior* como representação, pois em que pese esta prescindir de rigor formal, deve ser oferecida no prazo legal, o qual teve início com entrada em vigor da nova lei. Tais entendimentos frustram, na prática, a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica em detrimento de uma garantia fundamental que a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 9º e 29) reconhece àqueles que sofrem perseguição penal instaurada pelo Poder Público.

É nesse contexto que ressalta a necessidade do legítimo exercício da aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público nas investigações criminais em curso. Seja para fiscalizar a efetiva ampla aplicação retroativa da lei penal mais favorável (que condicionou a ação penal à representação da vítima), seja para evitar o emprego do recurso à analogia *in malam partem* (com a intimação da vítima para fins de oferecimento da representação), sobretudo nas investigações em curso, com relação às quais, como sustentado no tópico anterior, caso a vítima não tenha oferecido a representação no prazo legal de 06 meses (o termo inicial foi o dia da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19), já se encontra extinta a punibilidade, pelo decurso do prazo decadencial. Sobre o controle de convencionalidade na perseguição criminal MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA ensinam que:

Perseguindo a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo o itinerário percorrido ou acompanhado pelo Ministério Público no curso da perseguição penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Dessa maneira, o membro ministerial que, v.g., não determina o arquivamento de inquérito policial e promove ação penal pública em desacordo com o tratado de direitos humanos, embora amplamente fundamentado pela legislação interna, não realiza o adequado controle de convencionalidade a que se encontra obrigado, oportunidade em que o Poder Judiciário deve rejeitar a denúncia oferecida, realizando o devido controle de convencionalidade que o membro do Ministério Público não realizou no momento processual oportuno. (...)

⁹⁶ BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

Em hipóteses tais, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer mandamentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil. (...)

O controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo Ministério Público em tais casos pode recair tanto sobre a tipificação da conduta objeto de investigação quanto sobre a legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial. Na primeira hipótese, pode o membro ministerial determinar o arquivamento de investigações por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada. No segundo caso, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconveniências que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal.

Tais apontamentos prestam-se, ainda, para aprofundar a importância do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal como determina a Constituição Federal no art. 129, VII, com o propósito de impor o efetivo controle de atuações policiais eventualmente capazes de comprometer a observância dos direitos humanos de investigados ou de vítimas de ilícitos, em prejuízo do desenvolvimento de um processo de persecução penal regular e eficiente.⁹⁷

Tal providência não viola o princípio da obrigatoriedade, tendo em vista a inequívoca constatação de que a obrigatoriedade absoluta não tem cumprido com seu dever,⁹⁸ sendo por este motivo objeto de constante evolução e releitura, à medida que são implementados pelo legislador, por medida de política criminal, novos institutos e medidas despenalizadoras, seguindo um modelo de intervenção penal mínima, sendo certo que nada impede a tutela do bem jurídico (patrimônio) por outros ramos do direito disponíveis, racionalizando o poder punitivo estatal. Ressaltando o caráter subsidiário do direito penal, Roxin assevera:

⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FÁRIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020, p. 289/291.

⁹⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 169.

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.⁹⁹

Com efeito, há previsão no nosso ordenamento de mecanismos jurídicos para proteção eficiente do patrimônio da vítima. Na ponderação entre os direitos envolvidos, deve-se considerar que “o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade”, segundo a lição de MIRANDA.¹⁰⁰

No mesmo sentido, de acordo com o entendimento da Corte Constitucional Brasileira, “não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”.¹⁰¹

Cabe, portanto, ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, bem como exercer o controle externo da atividade policial (CF, artigo 129, II e VII). Logo, compete ao Ministério Público, atendendo a sua missão constitucional e convencional (CADH, artigo 28), promover o arquivamento¹⁰² das investigações em curso, nas quais tenha se consumado a extinção da punibilidade pela decadência, materializando, desta forma, a efetividade de garantia fundamental, assegurada no plano convencional, constitucional e legal. Afinal, o Ministério Público sempre fiscaliza o correto cumprimento da lei, não só quando interveniente, mas também quando órgão agente.¹⁰³ Afirma expressamente, neste sentido, FERNANDES: “a imparcialidade do

⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, nº 52, abr./jun. 2014, p. 74.

¹⁰¹ BRASIL. *RHC 89624*. Relator(a): Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/10/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. (acesso em 12/01/22)

¹⁰² O arquivamento nesse caso se dá por falta de condição para o exercício da ação penal, em face da extinção da punibilidade pela decadência do direito de oferecer a representação. Como ensina Demoro, neste caso o arquivamento se tornará definitivo, não se aplicando a Súmula 524 do STF (DEMORO, Sergio Hamilton. O Arquivamento Definitivo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007, p. 280). No mesmo sentido, Polastri observa que “existem decisões de arquivamento que provocam verdadeira preclusão, como no caso de ser fundado em extinção de punibilidade ou na atipicidade da conduta do agente, pois, é intuitivo, nunca poderá se dar o oferecimento da denúncia futuramente com base naqueles fatos, pois o que está extinto não pode renascer e o que é atípico não poderá se tornar típico.” (POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.124)

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 327.

Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios.”¹⁰⁴

Nesse sentido, o artigo 2º, inciso I, da Resolução nº 20/07, do CNMP, dispõe que “o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis”.¹⁰⁵ (grifo nosso)

Tal providência, portanto, não é baseada em medida de política criminal ou poder discricionário, mas sim pautada na legalidade estrita, diante de hipótese de extinção da punibilidade pela decadência. Como sabido, em face do princípio da obrigatoriedade pura, é dever do Ministério Público promover a ação penal sem inspirar-se em motivos de oportunidade, utilidade social ou razões de política criminal.

Acerca da compreensão do princípio da obrigatoriedade, CABRAL apresenta uma nova visão, ensinando que:

Assim, a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade processual.

A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode perseguir arbitrariamente alguns nem conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas.

Esse dever de atuação – ainda que nem sempre por meio de ação penal – decorre, fundamentalmente, do princípio da moralidade (CR, art. 37, *caput*) e do dever de objetividade que deve marcar a atuação ministerial.

Essas diretrizes constitucionais proscrevem o favoritismo e o protecionismo. É isso que o princípio da obrigatoriedade pretende evitar. E é precisamente essa fatia, essa faceta da obrigatoriedade que deve ser preservada.

¹⁰⁴ FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235.

¹⁰⁵ BRASIL. CNMP. *Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479>>. Acesso em: 12/01/22.

Tal perspectiva, porém, está longe de significar que o Ministério Público se torne um acusador cego e autômato. Não!¹⁰⁶

A respeito da conotação do princípio da obrigatoriedade, no sistema acusatório de uma democracia constitucional, ARAÚJO DE SOUZA ensina que:

Uma das conotações mais importantes no que diz respeito à titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público se refere ao princípio da obrigatoriedade, previsto em vários ordenamentos jurídicos. (...) Foi elucubrado como princípio correlato ao da inderrogabilidade do juízo, no sentido de não se permitir ao Ministério Público, ao seu alvedrio, subtrair ao exercício da ação penal quem quer que deva figurar como suspeito a ser acusado. (...) O princípio da obrigatoriedade, contudo, não significa que para todo e qualquer delito cuja ação seja de iniciativa pública deva haver uma acusação. A ideia da perfeita completude das acusações é irrealizável. Cuida-se de uma ilusão que tem como fundamento as ideologias eficientistas que concebem o direito e o processo penal como a panaceia exclusiva para cada infração da ordem social. Apesar disso, uma das razões invocadas a favor da adoção de critérios de oportunidade quando ao exercício da ação penal funda-se exatamente nesta ilusão, ou seja, na impossibilidade de o sistema penal dar uma resposta satisfatória a todas as notícias de crime que não sejam manifestamente infundadas.

Na verdade, o princípio da obrigatoriedade significa que o órgão público acusador não deve discriminar quais condutas penais ou quais imputados serão objeto de persecução. Representa o dever para o órgão acusador de promover a acusação penal em relação a cada um dos investigados e a cada uma das notícias de crime a ele submetidos, desde que haja elementos probatórios para tanto. Cuida-se de um corolário de três outras conotações inerentes ao sistema garantista, que são a legalidade ou sujeição somente à lei, a indisponibilidade das situações penais e a igualdade de todos perante a lei. Dessa maneira, tutela-se ao mesmo tempo a igualdade dos cidadãos perante a lei, o ofendido pela prática do crime, bem como a independência que deve ter o órgão acusador em relação aos poderes político e econômico. O princípio da obrigatoriedade, portanto, é uma conquista altamente democrática e deve, como regra, fazer parte da sistemática do processo de tipo acusatório público.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPudivm, 2021, p. 37-38.

¹⁰⁷ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 77/78.

Assim, o prosseguimento de tais investigações configura constrangimento ilegal, consubstanciado na violação de garantia fundamental, legitimando atuação do Ministério Público, como uma instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais, mesmo que em favor do investigado, no curso da investigação criminal, como ensina ARAÚJO DE SOUZA:

Por pouco crível que pareça, há ainda hoje, no Brasil, doutrinadores com uma visão equivocada a respeito do Ministério Público, os quais afirmam ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção, a todo custo, da condenação do acusado. Há, inclusive, quem se refira, em tom crítico, mas sem qualquer fundamentação razoável, ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”. Com as devidas vênias, isto advém, dentre outros fatores, de uma interpretação errônea a respeito da referida instituição, não levando em conta como esta evoluiu nos mais diferentes sistemas jurídicos. Esta incompreensão também decorre, em alguns casos, de uma visão impregnada da concepção reinante no processo penal norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que possui fonte de legitimação distinta daquela dos Ministérios Públicos dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. O objetivo do presente artigo, portanto, é tentar desfazer tais incompreensões, comprovando que o *Ministério Público, no direito brasileiro, é uma instituição de garantia destinada à tutela de direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, como já afirmado, dentre tantos, pelo sistematizador da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli. (...)*

Já no Brasil, a doutrina amplamente majoritária sempre entendeu acertadamente que o Ministério Público é configurado, no processo penal, como parte imparcial. Não se trata, como se passa a demonstrar, de “mito” cunhado em terras tupiniquins. Na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação. Não se trata de elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II), da Itália de 1988 (art. 358) e da

Bolívia de 1999 (art. 72),¹⁰⁸ o que também se encontra previsto na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 124, 2). (...)

Após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público também conserva a sua imanente imparcialidade, como reconhecem doutrinadores de vários países, e como de há muito já afirmava o grande Francesco Carrara. Ainda antes do mestre italiano, porém, esta já era a tese defendida por vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou *absoudre*”. (...)

Passando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, na fase processual o Ministério Público atua como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo entendimento já consolidado de há muito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos no processo penal. (...)

Conclusivamente, e que me perdoem os mitômanos, pode-se afirmar que o Ministério Público, no Brasil, é uma instituição de garantia constitucionalmente destinada à tutela dos direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, autorizado a postular em favor do acusado e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei. Cuida-se de tese decididamente garantista, já sustentada, inclusive, por Luigi Ferrajoli, o grande sistematizador da teoria do garantismo penal. De fato, não há dúvidas de que a parcialidade do Ministério Público representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito.¹⁰⁹ (grifo nosso)

¹⁰⁸ Por sua vez, dispõe o art. 72 do Código de *procedimiento penal* boliviano de 1999: “Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.”

¹⁰⁹ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 63, jan./mar. 2017, p. 49, 51/54.

Por fim, a respeito da necessidade de observância da legalidade na atuação ministerial, sob pena do exercício abusivo do direito de ação penal, o professor ARAÚJO DE SOUZA, citando a lição de ROXIN, lembra que “o Ministério Público, com efeito, se consubstancia em órgão estatal essencialmente vinculado à consecução da *Justiça*, tendo ganhado vida “como meio de libertação cidadã, e não como instrumento de repressão autoritária”¹¹⁰ (grifo do autor). E conclui: “pode-se afirmar que, não obstante toda a evolução que culminou com a publicização do sistema acusatório, é impossível eliminar por completo acusações públicas ou privadas temerárias, destituídas de fundamento, imprecisas ou para as quais não concorram as condições para o legítimo exercício do direito de ação penal condenatória.”¹¹¹ (grifo nosso)

7. Conclusão

A Lei nº 13.964/19, denominado “Pacote Anticrime”, entre inúmeras inovações, incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do CP, passando a condicionar, como regra, a ação penal do crime de estelionato à representação da vítima.

A representação é classificada como uma condição de procedibilidade da ação penal. Contudo, a ausência de representação da vítima no prazo legal implica a decadência, causa de extinção da punibilidade. Daí o aspecto misto ou híbrido da norma, decorrente de sua natureza de direito processual e material, impondo-se a sua aplicação aos fatos praticados antes da sua vigência, por incidência do princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Na ausência de regra expressa de transição, a intimação do ofendido nas investigações e processos em curso, para oferecimento da representação, constitui emprego de analogia *in malam partem*, vedada no direito penal, pois embora se trate de uma providência processual, seus desdobramentos possuem efeitos materiais, com possíveis repercussões no direito de liberdade de investigados ou acusados. Ademais, descabe o recurso à analogia, pois não há lacuna a ser preenchida, já que o termo inicial e a duração do prazo decadencial possuem dupla previsão legal. (CP, artigo 103 e CPP, artigo 38)

A lei penal mais benéfica deve ser aplicada de forma ampla, não podendo ser restringida por qualquer meio, como acontece com emprego de analogia *in malam partem* para intimação da vítima para fins de representação ou mesmo quando se considera qualquer ato de manifestação de vontade da vítima expressada antes da vigência da *lex mitior* como representação, pois em que pese esta prescindir de rigor formal, deve ser oferecida no prazo legal, o qual teve início com entrada

¹¹⁰ A expressão é de ROXIN, Claus: “*El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés del siglo XVIII es, entonces, herencia del iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria.*” (Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. Trad. Julio B. Maier e Fernando J. Córdoba. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 39)

¹¹¹ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. A Evolução dos Sistemas Processuais Penais e o Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 25, 2007, p. 36 e 40.

em vigor da nova lei, não havendo que se cogitar de causa impeditiva do curso do prazo decadencial.

Tais entendimentos frustram, na prática, a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica e põe risco um direito fundamental que a Constituição Federal (artigo 5º, XL) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9º e 29) reconhecem àqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Poder Público.

Ademais, a exigência de intimação da vítima nos crimes ocorridos antes da vigência da nova normativa constitui um tratamento diferenciado relativamente aos investigados por crimes da mesma espécie ocorridos após a entrada em vigor da *lex mitior*, sendo certo que, com relação a estes, tal providência não é adotada. Tal situação configura, com o devido respeito às opiniões contrárias, uma inconstitucionalidade manifesta, por ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e proporcionalidade.

A Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor no dia no dia 23/01/20. A partir dessa data começou a fluir o prazo decadencial para oferecimento da representação (caso conhecido o autor do delito). Se não foi providenciada a intimação da vítima ou esta, apesar de intimada, deixou decorrer *in albis* o prazo decadencial de 06 meses (cujo termo final foi o dia 22/07/20), a punibilidade estará inexoravelmente extinta pela decadência. Assim, a intimação da vítima na atualidade não surtirá mais nenhum efeito prático, pois já se consumou a extinção da punibilidade, na forma do artigo 107, IV, do CP, impondo-se o arquivamento definitivo.

É nesse contexto que ressalta a necessidade do legítimo exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público nas investigações criminais em curso. Seja para fiscalizar a efetiva e ampla aplicação retroativa da lei penal mais favorável (que condicionou a ação penal à representação da vítima), seja para evitar o emprego do recurso à analogia *in malam partem* (pela intimação da vítima para fins de oferecimento da representação), sobretudo nos casos em que a vítima não tenha oferecido a representação no prazo legal de 06 meses (o termo inicial foi a data entrada em vigor da Lei nº 13964/19), em relação aos quais já se encontra extinta a punibilidade pelo decurso do prazo decadencial.

“Não está permitido estender as leis penais a delitos não contemplados expressamente.”

“É cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos.”

Francis Bacon¹¹²

Referências

ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. A Evolução dos Sistemas Processuais Penais e o Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 25, jan./jun. 2007.

¹¹² *Apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

_____. Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 63, jan./mar. 2017.

_____. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. *Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995 (Brasília, outubro de 1995). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79059041.pdf>>. Acesso em: 04/01/22.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Recomendação nº 123*, de 07 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: 12/01/22.

_____. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: <<https://www.cnpge.org.br/documentos-menu/documentos-publicos.html>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução nº 20*, de 28 de maio de 2007. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479>>. Acesso em: 12/01/22.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 2848/40*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 3689/41*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 4657/1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto nº 678/92*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Lei 10406/02*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. STF. *HC 203398 agr*, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17/08/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 180421 agr*, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 180421 agr*, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 185051*, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 07/01/22.

_____. STF. *HC 94404*, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008. In *Informativo do STF n. 516*, Brasília, DF, 18 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 87585*, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14/01/22

_____. STF. *HC 75679*, Relator(a): Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em 01/01/22.

_____. STF. *HC 93.280/SC*. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 23/09/08. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 05/01/22.

_____. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 04/01/22.

_____. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *Inq 3438*, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *RE 349703*, Relator(a): Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *RHC 203558 AgR-segundo*, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/02/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 25/04/2022.

_____. STF. *RHC 208320*, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 09/03/2022.

_____. STF. *RHC 89.624/RS*. Rel. Ministra Cármen Lúcia. 1ª T. Julgado em 10/10/2006, DJ 7/12/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STJ. *Agrg no HC 646.942/SC*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, dje 17/09/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STJ. *Apn 562/MS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 02/06/2010, dje 24/06/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. (acesso em: 07/01/22)

_____. STJ. *HC 583.837-SC*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 04/08/2020, dje 12/08/2020. Informativo 677, STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/21.

_____. STJ. *RHC 26.613/SC*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, dje 03/11/2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.

_____. TJSP. *Habeas Corpus Criminal nº 2174937-23.2021.8.26.0000 – Voto nº 3420*. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultacompleta.do>>. Acesso: 07/01/22.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPudivm, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569.

CARDOSO, Victor Emídio. *Cabe analogia in malam partem no processo penal?* Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/760124928/cabe-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal>>. Acesso em: 01/01/22.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

_____. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Voto disidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

_____. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 41, jul./set. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 12ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMORO, Sergio Hamilton. O Arquivamento Definitivo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014.

_____. *Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 64, abr./jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: lineamento das suas metas. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Ministério da Justiça, 1995, vol. 1, n. 5.

_____. Limites do “*ius puniendi*” e bases principiológicas do garantismo penal. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *Princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 35, p. 04, nov. 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, t. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2005.

LEMOS, Marcelo Geraldo. Alteração da ação penal do crime de estelionato pela Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos na prática forense. *Revista Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros*. Belo Horizonte, ano XII, vol. I, nº 16, jul./dez. 2020. p. 192/193. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/>>. Acesso em: 07/01/22.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Edição rev., atual. e amplamente reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas, SP: Millennium, 2002, vol. 1.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT, Leonardo de Bem. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 52, abr./jun. 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O crime de estelionato depende de representação*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>>. Acesso em: 07/01/22.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013.

QUEIROZ, Paulo. *O que é analogia in malam partem e quando é razoável proibi-la*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-analogia-in-malam-partem-e-quando-e-razoavel-veda-la/>>. Acesso em: 12/01/2022.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO, Fernando Filho. Eficácia da lei processual no tempo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 36, abr./jun. 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

Os vasos (in)comunicantes: uma introdução sociológica ao sistema de justiça criminal

The incommunicable vessels: a sociological introduction to the criminal justice system

Hélio Simões Vidal*

Sumário

1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes): sociedade e compartimentação. 2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal. 3. O sistema policial. 4. A ação persecutória do Ministério Público. 5. A atuação garantista da justiça penal. 6. A vingança da execução penal. Referências.

Resumo

Este artigo se constitui em um enfoque sociológico sobre as instâncias de controle penal formalizado, procurando discorrer sobre os problemas práticos que levam à formação de instâncias autistas na prevenção e repressão ao crime e às consequências desse isolamento institucional. A abordagem parte das teorias estruturalistas e funcionalistas para descrever o desengate entre as quatro instâncias (polícia, Ministério Público, judiciário e estabelecimentos penais), abordando-as de maneira individual, para, ao final, descrever e analisar a pena-prisão na sociedade contemporânea.

Abstract

This article is based on a sociological focus on the instances of formalized criminal control, seeking to discern the practical problems that lead to the formation of autistic bodies in the prevention and repression of crime and the consequences of this institutional isolation. The approach departs of the structural and functionalist theories to describe the disengagement between the four instances (police, prosecutors, judiciary and criminal establishments), and dressing them individually, to finally describe and analyze the prison sentence in contemporary society.

* Doutor em Ciências Sociais (UFJF/MG). Mestre em Direito (UGF/RJ). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Palavras-chave: Sociologia das instituições penais. Instâncias de controle formalizado do crime. Polícia. Ministério Público. Justiça e execução penal.

Keywords: *Sociology of criminal institutions. Instances of formalized crime control. Police. Public prosecution. Justice and criminal enforcement.*

1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes): sociedade e compartimentação

No campo da física, os vasos comunicantes são um experimento utilizado para explicar o equilíbrio entre dois líquidos, através de um duto aberto.

Como o sistema está estabilizado, é possível aferir a relação perfeita entre a pressão e a altura dos líquidos na coluna, o que ocorre de forma inversamente proporcional às respectivas densidades.

Existindo uma relação invariável em todos os experimentos, é possível a síntese de uma lei geral para os fenômenos naturais, que se repetem em todo experimento, sem exceção.

No campo das ciências sociais se constata uma realidade bastante variável nas relações entre os “vasos” representados pelas instâncias de controle penal.

O engate comunicativo entre elas deveria ser controlado pelo direito, supostamente para realizar finalidades comuns, a prevenção, a descoberta de infrações penais, a identificação e a punição dos culpados.

No entanto, as instituições de controle penal agem de acordo com regras elaboradas para si mesmas, sem interferência direta das demais instâncias.

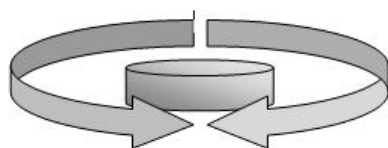
Esse é um fenômeno não exclusivo, mas que ocorre de forma geral na sociedade, porque esta se constitui de uma rede de sistemas parciais autônomos que se fecham uns em relação aos outros através de “semânticas próprias”. (HABERMAS, 2003, p. 63)

Em cada domínio do controle social há uma atitude prática continuada que determina o comportamento dos seus integrantes.

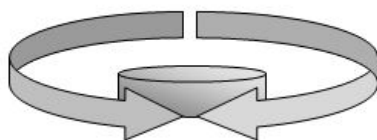
Nem a Constituição ou qualquer legislação consegue planificar e integrar, em um objetivo comum, as instituições e o comportamento, dentro delas, dos agentes do controle formalizado.

Cada instituição age de acordo com suas finalidades próprias, seguindo sua própria cultura, fenômeno que, sob o ponto de vista da sociologia jurídica se denomina compartimentação das instâncias de controle penal.

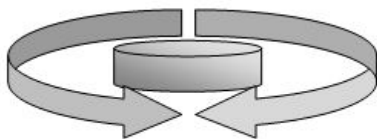
COMPARTIMENTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS DE CONTROLE PENAL



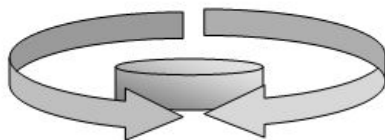
Judiciário



Ministério Público



Polícia



Estabelecimentos Prisionais

As teorias estruturalistas e funcionalistas são decisivas para a compreensão desse problema macrossociológico. Segundo as observações dessas teorias objetivistas, a sociedade está dividida em vários mundos circundantes, sendo diferenciada funcionalmente em vários sistemas, uns ao lado dos outros, formando sistemas parciais fechados.

Embora o direito tenha a pretensão de produzir a articulação, a integração e a estabilidade social (RAISER, 2013, p. 187), ele não é capaz de intervir diretamente para integrar todos os sistemas sociais parciais, porque a própria sociedade está dividida de maneira muito complexa.

O racionalismo das prescrições normativas, ou seja, do direito, é deslocado, pelas constatações sociológicas, para uma posição periférica. Embora o direito tenda a produzir expectativas comportamentais congruentes, outros mecanismos fáticos interferem decisivamente no comportamento dos agentes das instâncias formais de controle.

A disjunção entre os sistemas de justiça criminal é determinada por causas internas, de acordo com uma lógica diferenciada prevacente em cada organização, de acordo com um código de comunicação próprio. Por isso, a ideia de sistema de justiça criminal se refere a um artifício conceitual utilizado em ciências sociais para referir-se aos diversos subsistemas de controle penal. O “sistema” de justiça criminal, como afirma WACQUANT (2003, p. 191), “só é sistemático no papel”.

Sendo muito questionável a possibilidade de compreensão e explicação das causas da criminalidade, é, entretanto, inteiramente viável, sob o ponto de vista sociológico, explicar a ação dos vários subsistemas penais.

Cabe à sociologia e à criminologia a explicação da autoprogramação das instâncias de controle penal, das razões da existência de bloqueios internos, da falta de coesão entre esses sistemas parciais, em síntese, a investigação da vida interna das instituições de controle penal e da impotência do direito para integrá-las.

A partir da sociologia do conflito é possível compreender como agem as pessoas e como funcionam as instâncias que têm o poder de definir o que é crime.

2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal

Cada instância de controle obtém a sua autonomia através da criação de códigos e semânticas próprias, não traduzíveis entre si que nascem da diferenciação funcional entre as múltiplas instâncias, que, num certo sentido, são “autistas” e perdem a capacidade de comunicar diretamente entre si, limitando-se apenas à “observação mútua”. (HABERMAS, 2003, p. 65)

Segundo Luhmann (1983, p. 146), os diversos sistemas parciais são orientados para funções específicas e produzem, em cada direção funcional abstrata, mais possibilidades de experimentação e de ação que seria possível realizar na sociedade em sua totalidade.

A desintegração dos sistemas parciais de controle penal é causada pela diferenciação funcional entre eles, com a consequente “superprodução de possibilidades”. (LUHMANN, 1983, p. 177)

O encapsulamento da polícia e a sua repulsa a qualquer controle externo são devidos a uma herança colonial. No Brasil, mesmo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, em 1942, a função policial era acometida, ante a falta de pessoal capacitado, aos “delegados de calça-curta”, ou seja, pessoas leigas e, mais tarde, em regimes ditatoriais, aos oficiais da polícia militar, indicados politicamente ao executivo, que os nomeava para presidir a investigação. Como não

havia praticamente controle algum sobre suas atividades, toda a repressão e violência estavam concentradas nas mãos da polícia.

A polícia age segundo a estratégia da repressão e da punição dos suspeitos e considera que a excessiva latitude dos direitos individuais acaba por “embarrear” as suas finalidades. Com isso, muitos comportamentos dos agentes policiais são praticados com arbitrariedade e pressão, o que não deve, entretanto, ser considerado num quadro individual, mas que deixa raízes mais profundas.

Se a obtenção de um mandado de busca e apreensão parecer dificultoso, a entrada na residência do suspeito, por exemplo, pode ser obtida com a sugestão de novas investidas ou retaliações e, assim, a investigação pode ser “facilitada”. Outra “estratégia” é o oferecimento de certas “vantagens” se uma pessoa envolvida na investigação colaborar, por exemplo, entregando os demais comparsas. O delator será “premiado” com a supressão de seu nome da ocorrência policial ou a sua inserção como “testemunha”, por exemplo.

Toda polícia é avessa do controle externo, justamente, pelo risco a que seus agentes se expõem de, na rotina de trabalho, se verem apontados como eventuais autores de crimes. Contra esse risco existe uma dilargada e enraizada matriz corporativa. Além disso, toda política de intervenção sobre a polícia recebe o rechaço institucional dada à constatação de que a polícia é resistente a inovações. (BRETAS, 1997, p. 80)

O avanço do Ministério Público sobre a titularidade da investigação criminal é outro ponto de grande conflito institucional. A polícia considera que a investigação criminal é um feudo próprio e, por isso, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, existe uma deplorável e paralisante resistência sobre esse controle, com repercussão no Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência era cambiante, no sentido de vedar a investigação direta ao Ministério Público (RE 233.072-4/RJ; RE 205.473-9/AL) ou admiti-la, com fundamento na hermenêutica constitucional dos “poderes implícitos”. (RE 468.523/SC)

Após essa hesitação, o STF firmou o entendimento no sentido da legitimidade constitucional da investigação direta promovida pelo Ministério Público (RE 593.727, com Repercussão Geral, julgado em 14/05/2015).

O Ministério Público é a instituição responsável pela ligação entre a polícia e a magistratura. Sua função é uma simbiose entre a investigação e o julgamento. Ao mesmo tempo em que o Ministério Público está ligado à polícia, pois depende muito do sucesso das investigações preliminares, estando, por isso, atrelado ao meio policial, também deve se comunicar com a magistratura segundo a visão que os juízes possuem sobre o sistema criminal.

Como órgão da acusação, o Ministério Público é o responsável pela “tradução” das investigações e pela sua persecução em juízo, retirando delas eventuais “excessos punitivos”, por exemplo, reduzindo, nas acusações oferecidas, o alcance do indiciamento feito pela polícia.

Oferecida a denúncia, entretanto, o Ministério Público é obrigado a abandonar a investigação policial, uma vez que todo o processo que se seguirá estará bitolado pelas restrições do contraditório judicial.

Assim, o Ministério Público vive um conflito situacional, ou seja, para acusar, necessita dos logros da “polícia judiciária” ou da sua própria investigação direta, mas, para obter sucesso no processo, deve abandoná-las e aguardar que as provas sejam confirmadas perante o juiz criminal, uma vez que a pessoa acusada tem o direito ao contraditório. (Constituição Federal, art. 5º, LV)

O empenho do Ministério Público, assim, é pela repetição das provas realizadas pela polícia ou por ele próprio, nas investigações preliminares. Esse trabalho é muito difícil, pois a acusação deve lutar contra a “sabotagem” do tempo, tendo em vista que, sob o ponto de vista da mecânica procedimental, quanto maior for a distância entre os anéis intermediários (*Zwischenglieder*) tanto menor será o valor dos depoimentos prestados. (SCHROEDER, 2007, p. 169)

As provas como que vão desbotando com o tempo pelo esquecimento, então, o novo empenho da acusação é lutar pela aceleração do processo, mas isso já não depende exclusivamente do Ministério Público, que está no meio da engrenagem lenta do judiciário.

A aproximação com a magistratura está na atuação imparcial dos membros do Ministério Público. A neutralidade funcional não é mais do que a exigência de submeter-se aos fatos. Se a prova não for suficiente, o Ministério Público deve pedir a absolvição do réu. Os terríveis debates judiciais, a contenda com o colégio defensivo e a vaidade – também dos demais atores – podem turvar o dever de isenção.

A magistratura é uma “corporação insulada do ambiente externo” e que se comunica com ele por meio da chamada “entrada lateral na corporação”, em que preponderam critérios políticos no recrutamento de “notáveis das profissões jurídicas” (VIANNA *et alli*, 1997, p. 43), vale dizer, advogados e membros do Ministério Público, que preenchem 1/5 das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e 1/3 das vagas do STJ. (CF, art. 94 e 104, parágrafo único, II)

Quanto mais se está próximo dos vértices da sua hierarquia – federal ou estadual – é maior a sua exposição ao ambiente político (VIANNA *et alli*, 1997, p. 44), o que tem comprometido o instituto do “quinto constitucional”, com a indicação de pessoas por mecanismos familísticos e corporativistas. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 231)

Outro raro vaso de comunicação entre a magistratura e o ambiente externo está nas bancas de seleção dos concursos, onde a Ordem dos Advogados do Brasil tem presença obrigatória. (Constituição Federal, art. 93, I)

No que diz respeito às funções jurisdicionais, existe um fenômeno de fechamento sistemático, conjugado com a abertura externa do Poder Judiciário às outras instituições não só de controle, mas também democráticas, como é o caso da difusa legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade

e a ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal, art. 103)

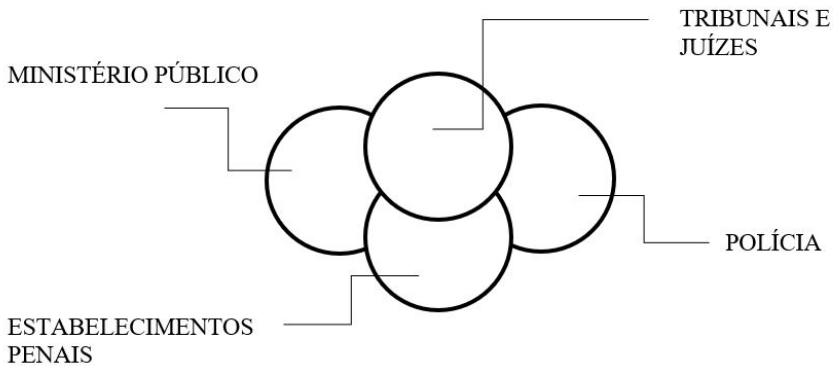
O fechamento interno do judiciário está localizado, principalmente, na formação da jurisprudência. É o que ocorre, por exemplo, com as Súmulas Vinculantes (CF, art. 103-A) editadas pelo Supremo Tribunal Federal que, a par de possuírem valor de lei, “tornam vulneráveis, na prática, o princípio da soberania do juiz singular”. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 46)

De fato, esse é o exemplo mais eloquente do fechamento interno do judiciário, pois todos os juízes devem seguir as Súmulas Vinculantes, editadas do vértice do judiciário para a sua base. Isso implica reduzir toda a magistratura abaixo do STF em uma “vasta burocracia”, sob o seu “comando centralizado”. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 47)

A análise das funções constitucionais específicas das instâncias de controle penal (Polícia, Ministério Público, Judiciário e Estabelecimentos Penais) indica que, por questões estruturais internas, pelos objetivos próprios afetos a cada compartimento de poder ou pela cultura interna, a comunicação entre elas é apenas eventual.

A esquematização gráfica que melhor representa essa compartimentação é a de quatro círculos parcialmente secantes, mas que possuem diminutos campos em comum, limitados aos casos em que as finalidades institucionais possam ser as mesmas.

(DES)INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS PARCIAIS DE CONTROLE PENAL



Descobrir essas concordâncias e os campos isolados do controle penal, é o empenho da sociologia das instituições penais.

3. O sistema policial

As investigações sobre a polícia desafiam a ciência política e a sociologia. Há um espigão de dificuldades que obstruem o trabalho de campo e a obtenção de dados confiáveis sobre a atuação policial. O ambiente é envolto pela desconfiança e pela intransigência burocrática, além de ser extremamente perigoso para a própria instituição, por estar sujeita ao desvendamento de práticas ilegais e até mesmo criminosas dos seus agentes, do que não se distancia das demais agências de controle, dado o desvirtuamento da moralidade e dos freios em todos os círculos sociais.

A polícia, entre as instâncias de controle penal formalizado, é aquela que está mais próxima da violência, tornando bastante problemático encontrar alguma legitimação para o trabalho policial. A polícia é “repugnante moralmente” (BAYLEY, 2006, p. 18). Enfim, é preciso uma paciência desmedida para estudar a polícia e colher informações.

Apesar disso, se constata que, em ciência política e sociologia, as investigações sobre a polícia alcançaram grandes avanços em qualidade e quantidade de pesquisa acadêmica. A polícia atrai o sociólogo, o cientista social e os estudos acadêmicos, não obstante se possa afirmar que ela, entre as instituições de controle, seja aquela que obsta, pela sua atuação, as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito (inviolabilidade dos direitos fundamentais, princípio da legalidade, divisão dos poderes etc.), revelando suas margens de inefetividade.

Não havendo controle sobre as instituições policiais, fica em aberto a indagação: *Quis custodiet ipsos Custodes?* (Quem guardará os próprios guardas?) (BEATO FILHO, 1999, p. 17)

Embora as instituições policiais sejam resilientes às transformações propostas pelas ciências sociais, constituindo-se em um nicho cativo onde as mudanças não têm efetividade, se constata a existência de um caudal de estudos sociológicos sobre a polícia, o seu papel, as suas transformações contemporâneas e as implicações recíprocas entre a política e a segurança pública.

O diagnóstico sobre a função e a atuação concreta da polícia é crucial quando se tem em perspectiva a formulação de políticas sobre o tema segurança pública e as relações entre as organizações que compõem o sistema de controle penal.

Sem o conhecimento do padrão secular que caracteriza o hermetismo da produção e transmissão do conhecimento profissional, os programas de reorganização da prática policial são inúteis porque atuam apenas através de uma interferência de natureza técnico-administrativa e não se adequam à situação real que se propõem modificar. (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78)

O caso brasileiro, apesar da incessante investigação acadêmica, ainda revela um quadro de improvisação policial no combate ao crime, o que se deve, em primeira linha, à refração das diversas polícias às críticas e propostas feitas pelos segmentos externos às instituições.

Infelizmente, ainda não dispomos de análises mais consequentes a amparar a formulação de programas de controle da criminalidade. Nossas autoridades ainda acreditam que bom senso, boas intenções e intuição sejam suficientes para a formulação de políticas de segurança. A dura realidade de nossos dias parece contrariar cada vez mais esta percepção. (BEATO FILHO, 1999, p. 24)

O sistema policial brasileiro, de todo modo, é muito expressivo do que a ciência política denomina de “democracia disjuntiva”, ou seja, a existência, no país, de instituições políticas democráticas, entre elas as instituições de controle social, mas, dentro delas, a realização de procedimentos à margem da lei e a constatação de que essas instituições, devendo garantir a substância da democracia em sua dimensão civil, podem ser as primeiras a violarem essas premissas. (RIBEIRO, 2013, p. 201)

Os efeitos deletérios desses procedimentos à margem da lei estão no fato de que os indivíduos terminam por não considerar a polícia como uma agência capaz de garantir a lei, os direitos e a própria cidadania e, também, na busca por outras soluções à margem da intervenção da agência policial, ainda que sejam intervenções ilegais.

As polícias teriam uma importância adicional nesse cenário por serem a porta de entrada do sistema de justiça criminal. Essas são as primeiras agências às quais os cidadãos deveriam recorrer sempre que se sentissem ameaçados em sua vida, liberdade, propriedade ou igualdade. Soma-se a isso o fato de que um trabalho policial inadequado compromete o próprio trabalho judicial. Afinal, no âmbito criminal, o devido processamento dos ilícitos apenas pode ocorrer de acordo com as regras do Estado Democrático de Direito se o trabalho policial for bem completado. (RIBEIRO, 2013, p. 203)

Do ponto de vista legal, a polícia está subordinada ao Executivo. A função policial é uma mescla entre a prevenção e a repressão das infrações penais. A repressão (investigação das infrações penais) é reservada à polícia federal e às polícias civis dos estados (Constituição Federal, art. 144, § 1º, I, e § 4º). A prevenção (policiamento ostensivo) cabe às polícias militares estaduais. (Constituição Federal, art. 144, § 5º)

A divisão dessas funções possui nítido substrato político para impedir a concentração do poder e a hipertrofia da polícia. Não raro, na rotina operacional dessas instâncias, ocorrem atritos que vão contra a finalidade comum que entre elas deveria ser compartilhada. A teórica simplicidade da divisão de papéis, na prática, é foco de problemas interorganizacionais e também jurisdicionais: onde termina a prevenção (policiamento ostensivo) e onde começa a atividade investigatória?

Exemplo dessa falta de fronteiras claras é a disputa sobre quem detém competência para execução de mandados de busca e apreensão expedidos pelo

Judiciário. Embora à polícia civil e federal caiba a função da polícia judiciária, se o “levantamento preliminar” é feito por agentes da polícia militar, pelos “serviços de inteligência”, essa instituição chama a si a prerrogativa, muito importante sob o ponto de vista da visibilidade pública, de executar a diligência, que já se insere claramente no espaço da formação da prova contra o suspeito, o que seria atribuição da polícia judiciária (civil ou federal).

De outro lado, se o caso envolve a necessidade de uma “investigação preliminar”, como numa denúncia envolvendo tráfico de drogas, por exemplo, surge a questão de se saber se a polícia militar pode realizar o procedimento sigiloso de interceptação das comunicações telefônicas e a quem toca o cumprimento da medida cautelar, que não prescinde de autorização do judiciário. (Constituição Federal, art. 5º, XII e Lei n. 9.296/1996, art. 1º, parágrafo único)

Como não há concordância entre as instituições sobre os limites entre as duas atividades (prevenção e investigação), há “invasões” de competências, que o direito não equaciona e que são, na prática, resolvidas sob uma “lei de precedência”, segundo a qual a instituição que agir primeiro requer ao judiciário a autorização para executar a diligência que está sob a reserva de jurisdição.

A tematização dessa questão no Supremo Tribunal Federal recebe a solução jurídica da admissibilidade da busca feita pela polícia militar, já que a Suprema Corte interpreta que não há vedação expressa para que seus agentes a executem. (STF, RE 404.593-1; HC 91.481-1)

Esses problemas são potencializados quando o caso envolve crimes praticados por agentes policiais (militares ou civis), pois há muita desconfiança de que as próprias instituições a que pertençam esses agentes possam realizar, com isenção, os mesmos levantamentos preliminares ou a própria investigação.

A solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a validação da interceptação feita por órgãos da Secretaria de Segurança Pública, onde se encontravam alocados policiais civis e militares, porque o fato envolvia prática delitiva grave, associação para o tráfico, além da referência da ingerência de quadrilha no aparelho policial. (STJ, HC 57.118-RJ)

Sob a ótica dos tribunais, embora a Lei n. 9.296/1996 preveja que a interceptação deva ser executada pela autoridade policial, vale dizer, pelo delegado de polícia, a interpretação jurídica do dispositivo deve ser ampliada para não inviabilizar a efetivação das interceptações telefônicas. (STJ, HC 131.836-RJ)

As ações operacionais realizadas pelas nominadas instituições (polícia civil, militar e federal) são outro ponto de desencontro entre os aparelhos de repressão, pois se constata que não há uma coordenação das ações, ou seja, cada instituição age segundo objetivos e metas próprias.

O resultado disso é que as demais polícias são, igualmente, surpreendidas com as ações de uma delas, o que é fonte de inesgotáveis tumultos e desorganização operativa. Exemplo disso é a disponibilização de mandados de prisão no Banco

Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), o que permite a todos os agentes, e também à população, o acesso a estes mandados, provocando embaralhamento das ações.

As disputas entre a polícia militar e a polícia civil indicam ser nítido o descompasso e desconfianças mútuas. Essa desconfiança sobre a atuação das polícias civis e estaduais está impressa na própria Constituição Federal (art. 144, § 1º), com a previsão de que a Polícia Federal possa realizar a apuração de infrações penais, cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, o que foi regulamentado pela Lei n. 10.446/2002, que ampliou as atribuições investigativas da Polícia Federal, para abranger, por exemplo, delitos de sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro, quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima, o furto, roubo e receptação de cargas, bens e valores, transportados em operação interestadual, envolvendo quadrilhas ou bandos com atuação em mais de um Estado.

Nas relações institucionais, o agente da polícia militar, que atua no cotidiano penoso das ruas, considera que a polícia civil é a censora de seus atos. A autoridade policial (delegado de polícia) é um agente de gabinete, inerte, burocratizado, muitas vezes corrupto e pronto a criar embaraços após o encaminhamento do caso, tornando todo o esforço militar inútil e frustrante. A visão, do lado da polícia civil, é a de que o policial militar realiza um trabalho arbitrário e imediatista, braçal e de pouco valor sob o ponto de vista dos objetivos próprios da polícia civil.

Quando as instituições conseguem estabelecer uma articulação comum, por exemplo, a prisão, pela polícia militar, de um marginal, a sua entrega à polícia civil para atuação e formalização da investigação, isso gera a “apropriação” do caso por esta instituição, causando novos ressentimentos. A dicotomia das funções policiais é, assim, um fator de separação entre as instituições de prevenção e repressão.

Essa dicotomia entre as funções policiais enseja problemas que envolvem um quadro muito delicado na formulação de políticas públicas, como, por exemplo, no caso brasileiro, a proposta de unificação das polícias, pois não é possível unificar funções cuja formação profissional e regras de ordem prática são bastante distintas (BEATO FILHO, 1999, p. 19). A este propósito, a unificação das polícias é um experimento social fadado a fracassar, tal como a tentativa de misturar água e óleo.

Dentro da teoria das organizações, importantes achados sociológicos indicam que, dentro de cada polícia também há grande oposição de papéis, com desconfianças recíprocas que prejudicam a atividade finalística de cada organização.

Em relação ao inquérito policial, há uma disputa de saberes entre o responsável pela sua condução (delegado de polícia) e os investigadores (tiras), que, reciprocamente, se desqualificam. Os policiais enfatizam a sua experiência em lidar cotidianamente com o crime (saber policial), já delegados consideram o saber que detêm necessário à tradução dos resultados da investigação para a linguagem jurídica (saber jurídico); os investigadores desqualificam a função do delegado, visto que limitada à tradução dos achados da investigação à linguagem jurídica e sem nenhum poder de decisão,

já que perderam a prerrogativa de expedir mandados. Os delegados, por sua vez, são críticos em relação à postura dos agentes frente às atividades que desempenham. (VARGAS; RODRIGUES, 2011, p. 83-84)

No relacionamento interorganizacional, se observa até mesmo que atos corriqueiros, pertinentes ao trabalho específico de cada instituição, como o simples pedido de novas diligências feito pelo promotor de justiça, para complementação de diligências investigatórias, a cargo da polícia judiciária, causa “reações pouco amistosas entre os policiais”. (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 49)

A prossecução dos estudos sobre o papel social da polícia deve ser feita pela indagação sobre quais crimes ela investiga.

A despeito do princípio da obrigatoriedade, que determina que todas as notícias de crimes sejam apuradas formalmente através do Inquérito Policial ou de um Termo Circunstanciado de Ocorrência (Lei n. 9.099/1995), se constata que os órgãos de investigação, embora tendo espaço legal para exercer o poder repressivo sobre qualquer habitante, este poder se efetiva à margem da planificação legal, sobre um número muito restrito de infrações, a tal ponto que o maior indicador criminal continua sendo as infrações contra o patrimônio.

Essas infrações penais se constituem em definições tipológicas prolixamente estabelecidas na legislação, como herança do utilitarismo econômico e do pensamento liberal. Existe, no caso da legislação penal brasileira, uma teia de comportamentos delitivos de forma que quase todas as ofensas ao bem jurídico “patrimônio” possam se enquadrar em um tipo penal.

No contexto localizado de Minas Gerais, por exemplo, o diagnóstico sobre a evolução da taxa de crimes contra o patrimônio (furto e roubo de veículo) e tráfico de drogas, indica que é justamente este tipo de criminalidade que tem crescido nas grandes cidades, existindo uma clara tendência de evolução dos crimes violentos contra a propriedade, cuja participação percentual é crescente.

A cada ano, este tipo de delito abocanha uma parcela maior do total de crimes violentos. No início do período, em 1986, os delitos contra a propriedade contabilizavam cerca de 41,7% do total de crimes violentos. Em 1997, passaram a contribuir com 71,7% do total. (BEATO FILHO, 1999, p. 16)

É muito sintomático que quase todo o trabalho policial envolva a rotina da apuração de furtos, roubos, extorsões, estelionatos, apropriações, receptações, danos etc. Não por acaso, os autores dessas infrações, e, por consequência, os investigados pelo aparato policial, são pessoas bem definidas quanto à sua procedência social. Também não é por mera coincidência que a punição quase integral dos crimes contra o patrimônio está associada à pena de prisão.

É inegável, assim, que a função policial seja um subproduto do positivismo criminológico, pois é ela quem prepara e encaminha à prisão os degenerados (anormais) que cometem crimes de acordo com fatores patológicos (etiologia criminal).

Se houver, simplesmente, a despenalização dos crimes patrimoniais sem violência contra a pessoa ou pelo menos subordiná-los à representação da vítima, a título de estratégia de política criminal, a polícia judiciária ficaria praticamente esvaziada em sua função de controle social.

Basta pensar que, nos países de produção capitalista, “a estatística mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos são delitos contra a propriedade”. (BARATTA, 2002, p. 198)

Os pontos mais expressivos da polícia são a sua visibilidade e mobilidade. A polícia pode ser encontrada em todos os lugares e a qualquer hora ela pode ser solicitada, sem custos e ser imediatamente mobilizada nas situações conflituosas. A polícia é “amiga e assistente” (*Freund und Helfer*). Além disso, está autorizada à utilização da coação. (EISENBERG, 2005, p. 269)

Em países de grande vastidão territorial, como é o caso do Brasil, a existência da polícia de investigação criminal e a manutenção do inquérito policial, como fase preparatória do processo criminal, foram justificadas pela possibilidade de imediato deslocamento da autoridade policial para qualquer rincão e da suposta eficiência na coleta das provas da infração.

Essa visibilidade massiva da polícia provoca, inclusive, uma mistificação de sua atuação, causando uma falsa concepção de que o trabalho policial é dedicado exclusivamente ao combate ao crime, relegando a segundo plano inúmeras atividades rotineiras, assistenciais e de manutenção da ordem que envolvem as polícias. (BEATO FILHO, 1999, p. 18)

O recrutamento do pessoal da polícia, salvo para os cargos de delegado, que devem ser bacharéis em direito, em virtude da necessidade de “tradução” do resultado da investigação em linguagem jurídica, revela um quadro de baixo nível intelectual e de estudo. Como observa Bayley (2006, p. 18), os próprios policiais relatam que entrar para a polícia não é o melhor meio de conhecer pessoas interessantes, o que nada mais é do que o reflexo da falta de investimento global e da posição secundária da polícia na ordem de importância das instituições de controle penal.

A carreira não oferece atrativos para aqueles que possuem uma formação acadêmica mais intelectualizada ou um melhor aperfeiçoamento técnico-profissional.

A maioria dos agentes policiais está naquela linha de inércia e inapetência profissional, que é o resultado final do desprezo e da desconfiança sobre quase tudo que envolve a atuação policial, refletindo dentro da corporação em um estado geral de desânimo e desmobilização profissional, situação que somente não ocorre “logo após a conclusão dos cursos de formação e os primeiros anos na profissão”. (EISENBERG, 2005, p. 272)

Um dos fatores para as respostas irracionais em quase tudo que a polícia intervém está na preparação deficiente dos agentes. Após curtíssimo prazo de “preparação” nas academias de polícia civil, o novato assume o cargo de investigador de polícia, perito criminal ou escrivão, ou é encaminhado, sob a mais baixa patente militar, para o patrulhamento de ruas e as atividades de prevenção.

Sob a ambiência das experiências cotidianas desenvolve-se uma cultura de ação policial, cujos limites podem não corresponder ao aparato legal.

É na atividade cotidiana dos policiais que podemos buscar as origens de seu saber, que ainda permanece largamente informal, distinto do treinamento que mais e mais se tenta oferecer nos centros de instrução. Se existe hoje uma preocupação acentuada em oferecer a novos policiais um treinamento mais adequado e melhor direcionado para temas como respeito aos limites legalmente estabelecidos de sua atuação, um dos pontos mais difíceis de quebrar será certamente o outro aprendizado, que é oferecido quando o novo policial passa da escola a rua, onde as verdades da profissão são apresentadas de forma muito diversa. (BRETAS, 1997, p. 83)

Essa percepção sociológica é decisiva para a compreensão das práticas policiais e de como se dá a sua transmissão entre os membros das corporações, formando o que se denomina “cultura policial”. Os conhecimentos informais é que, na verdade, moldam uma cultura própria e autônoma dentro das polícias, o que explica a formação de barreiras intransponíveis para os programas de reforma da polícia.

Sustentados pela secular delegação que recebem para operar a função repressiva de controle social com ampla liberdade de ação, o conhecimento profissional dos policiais permanece pessoalmente apropriado por eles, como uma posse individual dos agentes, que administram informalmente sua reprodução e transmissão (Nascimento, 2008). A definição do que é “ser policial” e de como atuar é produzida pelos próprios membros, segundo seus interesses e orientações práticas e sua interpretação particular sobre as expectativas sociais a respeito do desempenho da função que lhes cabe. Desse modo, as corporações produzem uma cultura própria, autônoma e pouco racionalizada, que depende em grande medida das decisões e trajetórias pessoais de cada policial e dos conflitos internos entre seus diferentes grupos. (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78)

Obviamente, existe uma ambiência e uma representação social sobre a possibilidade de que os agentes policiais possam agir livremente para brutalizar e punir os “bandidos”. E talvez o que cause mais espanto seja o fato de que essas ações contam com grande apoio da população em geral, o que termina legitimando o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais em nome da manutenção da ordem. (RIBEIRO, 2013, p. 204)

A violência policial, entretanto, é reduzida drasticamente ou anulada, quando o suspeito ou investigado é pessoa de recursos ou aparenta possuí-los ou está acompanhada de advogado. Nesse caso, há um natural receio por parte dos agentes policiais de que fiquem expostos aos contratempos administrativos e às ações criminais que possam prejudicá-los.

Se a pessoa envolvida na “sujeição criminal”, ou seja, no processo de “criminação de sujeitos” (MISSE, 2010, p. 21), entretanto, não aparenta ter acesso aos canais de denúncia, a atuação da polícia pode resvalar para a violência.

De fato, “um aspecto decisivo para reduzir a possibilidade de castigo é o poder de reclamação do cidadão, traduzido em capacidade de denunciar e processar policiais por essa prática”. (MUNIZ; PAES MACHADO, 2010, p. 446)

Ainda existe, conquanto positivamente reduzida pelo controle externo, nas instituições policiais o antigo pendor para “consertar” os conflitos autoritariamente e submeter os “vagabundos” (criminosos reiterados, brigões, pessoas incômodas, desocupados e vadios etc.) a castigos e punições físicas, sob a justificação da autopersonificação da ordem e do Estado. Não é incomum que esses conflitos sejam letais, mas, quando atingem os celerados, a ação policial é representada socialmente como uma espécie de “inseticida social”.

Investigando os casos de autos de resistência, lavrados pela polícia militar no Rio de Janeiro, entre 2001 e 2011, Misse (2011b, p. 130) observou que a morte da pessoa envolvida na sujeição criminal é naturalizada pelos policiais como uma “obrigação moral” e com a visão de que a letalidade das ações é plenamente justificável, principalmente se as vítimas forem “bandidos”.

Segundo a lógica policial, há uma distinção entre homicídios investigáveis e homicídios não investigáveis, como, também, que há “indivíduos matáveis”, ou seja, pessoas que poderiam ser mortas por qualquer pessoa sem que isto implicasse crime (MISSE, 2010, p. 21). As representações sociais de “periculosidade”, “irrecuperabilidade” e “crueldade” participam dos processos de subjetivação que conduzem, no limite, à justificação do extermínio do sujeito criminal. (MISSE, 2010, p. 25)

O processo de aprendizagem prática dos agentes policiais ocorre pelo contato e pela observação do comportamento dos mais “experientes”, que servem como referência profissional. Assim, por exemplo, o novato precisa aprender como suspeitar, obter informações onde localizar os criminosos e como agir para prendê-los ou abordá-los, nas situações de rotina. No universo policial, o conhecimento do perigo é muito significativo, pois, dele, decorre a suspeita, vale dizer, “o desenvolvimento de

um mapa cognitivo do mundo social, para proteger-se contra os sinais de problema, crime ou ameaça potencial". (SKOLNICK; BAYLEY, 2006, p. 72)

No patrulhamento (*Streife*) existem "estratégias de suspeita" que são tomadas com base em circunstâncias absolutamente casuais e desprezíveis, sob o ponto de vista de estranhos ao círculo policial. As roupas, a aparência externa ordenada ou não e, sobretudo, o comportamento submisso (conduta devota) ou de confronto (arrogância) com os próprios agentes policiais, são determinantes da intensidade da atuação. (EISENBERG, 2005, p. 275)

No campo de atuação da polícia federal, o levantamento e a investigação de pessoas suspeitas são rotinas muito mais complicadas. Como essa polícia investiga os "crimes federais", se insere na sua atribuição institucional a descoberta de criminosos engravatados, de gente poderosa e endinheirada, com recursos para se defender, ou pessoas que agem com grande expertise etc., e, então, a estratégia de descoberta é mais sutil.

Essa mudança de perspectiva investigatória produz à necessidade institucional de serviços operacionais preventivos (por exemplo, a infiltração de agentes, a escuta ambiental, interceptações etc.), a acumulação e o cruzamento de dados (bancários, fiscais, tributários etc.), a observação e acompanhamento de suspeitos e de invasões à vida íntima das pessoas (interceptação telefônica e telemática etc.).

No campo informático, por exemplo, se demanda conhecimento técnico para o "patrulhamento *net*". Essa ampliação das funções policiais tem provado o temor de importantes segmentos jurídicos (professores e juristas-advogados principalmente), mas também de criminólogos (GARLAND, 2008) de que sejam ampliadas as violações às esferas dos direitos individuais, o que, no entanto, não é suficiente para deter a avassaladora mudança de paradigma.

A luta preventiva contra a criminalidade (*vorbeugende Bekämpfung*) é um fenômeno institucional mais recente e que acompanha a mudança de curso da criminalidade (crime organizado, tráfico internacional de armas e drogas, corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, terrorismo internacional etc.), exigindo, da parte dos órgãos da repressão, certa "flexibilização" do campo de intervenção penal (espaço operativo) para limites temporais pré-delitivos, sob a justificação da "paridade de armas" em favor dos órgãos da persecução, fenômeno esse que se iniciou a partir da metade dos anos oitenta do século XX. (EISENBERG, 2005, p. 276)

Para além da prevenção e repressão das infrações penais, a luta preventiva contra o delito significa uma reformatação da instituição e atribui à polícia uma terceira função, além da prevenção e repressão, cujo objetivo é a descoberta de perigos (*Aufdeckung von Gefahren*). A função policial é deslocada para estágios prévios à prática de crimes, estando centrada, em primeiro lugar, no aprovisionamento de informações que poderão ou não ser utilizadas no futuro: "*Die Polizeiaufgabe der Kriminalprävention setzt im Vorfeld der einzelnen, konkreten Straftat ein*" (GÖTZ, 2013, p. 187, grifos originais), vale dizer, a tarefa policial de prevenção da criminalidade se põe em marcha na fase prévia ao delito.

Essas intervenções são realizadas clandestinamente e se constituem numa radical mudança da rotina policial, pois o interessado (investigado ou acusado), ou terceiros, não toma conhecimento prévio da ação policial e, com isso, a esfera íntima de pessoas não suspeitas encontra-se igualmente exposta.

Objeta-se que a atuação oculta da polícia impede o controle público e também gera o perigo do cometimento de crimes pelos agentes policiais, ou seja, favorece uma espécie de “mercado de ilegalidades” e, por fim, que dificulta a defesa criminal, aumentando os poderes policiais e a coação. (EISENBERG, 2005, p. 277)

Como se sabe, existe, nesse segmento, de fundo político-criminal, uma disputa ideológica muito viva entre a “esquerda libertária”, que demoniza o controle e vitimiza o criminoso, e o movimento da “lei e da ordem” (potencialização da pena de prisão, aumento da repressão, ampliação dos poderes investigatórios da polícia, flexibilização da prisão processual, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal etc.).

No centro desse debate pós-moderno há uma transformação sutil do controle do crime e das funções da polícia, projetando uma nova era do panoptismo penal (WACQUANT, 2003, p. 242), materializado em uma gama de novos procedimentos que se aproveitam dos avanços da biologia e da informática, como são os casos dos bancos de dados genéticos para fins criminais (Lei n. 12.654/2012) do monitoramento eletrônico e da interceptação telefônica.

As forças que pretendem frear a expansão vertiginosa dos bancos de dados genéticos em matéria policial e penal – como também, aliás, no domínio do seguro, do emprego e dos litígios civis, e na determinação de paternidade – travam um combate de retaguarda que parece perdido por antecipação, tamanho é o fascínio por essa nova técnica de identificação e de vigilância. Ela parece aliar, na verdade, rigor legal, neutralidade moral, economia financeira e infalibilidade científica. (WACQUANT, 2003, p. 243)

Essas tormentosas questões político-criminais vão replicar no judiciário. Por exemplo, surge a questão de se saber se a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/1996) pode ser estendida para além dos 30 dias previstos na legislação.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 134372-DF) decidiu que não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão, fundamentando a dilatação do período. O Supremo Tribunal Federal possui o mesmo entendimento: “as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas por mais de uma vez, desde que comprovada sua necessidade mediante decisão motivada do juízo competente”. (HC 104.934-MT)

Referidas decisões aplicam o princípio implícito da razoabilidade para dar aos órgãos de repressão maior elastério investigativo do que a lei prevê, surgindo como um dos raros casos de encontro de interesses entre a lei, o judiciário e a polícia, o que,

aliás, já está em descompasso com o avanço da criminalidade clandestina e sofisticada, tornando o prazo de 15 dias previsto em lei, embora prorrogável, absurdamente curto, já que qualquer investigação séria demanda prazo muito superior à atrofia da Lei n. 9.296/1996.

Os recursos de investigação criminal que no passado limitavam-se ao auto de corpo de delito, à confissão e à prova testemunhal ou, por vezes, ao reconhecimento de pessoas e coisas, vão sendo expandidos para formas mais sofisticadas e mais eficazes, sob o ponto de vista do sucesso da investigação.

A observação de pessoas é uma técnica silenciosa que pode ser acompanhada da realização de gravação ou de imagens em áudio e vídeo. É uma atividade que tem por objetivo preparar a intervenção sobre pessoas suspeitas e pode envolver, inclusive, a deliberada omissão dos agentes policiais, no sentido de “deixar passar” alguns crimes menores, para alcançar fatos muito mais graves.

A venda de drogas, por exemplo, para pequenos consumidores, pode ser desprezada numa investigação sobre tráfico, se a polícia quer alcançar e prender os membros de uma associação para o tráfico ou o dono da “boca de fumo”. A atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) permite essa estratégia de não atuação policial sobre os portadores de drogas, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição. (art. 53, II)

No entanto, submete essa omissão de intervenção à necessidade de autorização judicial (art. 53, *caput*), praticamente inutilizando a possibilidade fática da medida. Trata-se de uma questão relativa ao momento da intervenção policial, à qual está distante o judiciário, tornando inútil a previsão, pois a escolha da ocasião para agir é uma deliberação imprevisível da polícia, inclusive, a opção pela não atuação em situações desconhecidas, ainda, não pode ser regulamentada pela ação de um juiz no gabinete.

A escuta em ambientes privados (*Lauschangriff*) é uma situação bem problemática sob o ponto de vista do direito. Ela implica a colocação de aparelhos de captação acústica (*Wanzen*) em recintos ou meios de locomoção privados (interior de veículo, por exemplo), a fim de se conhecer o teor de conversações ou movimento de pessoas investigadas.

Como a Constituição Federal prevê a inviolabilidade da vida privada e do domicílio (art. 5º, X e XI), a intervenção policial na esfera particular depende de autorização judicial, estando regulada na Lei n. 12.850/2013, que dispõe sobre a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Assim, por exemplo, a polícia pode inserir no interior de um veículo, no quarto de hóspedes, no interior de uma cela para presos ou no quarto de hospital o aparelho de captação acústica. (BEULKE, 2006, p. 158-159)

O agente infiltrado (*Verdeckte Ermittler*) é outra técnica investigativa que merece abordagem. Esse “meio operacional” está previsto, igualmente, no Brasil, em duas Leis Federais (12.850/2013 e 11.343/2006).

A infiltração de agentes policiais é um meio de atuação muito perigoso, em duas perspectivas: para o agente, que se expõe ao risco de ser descoberto e de sofrer graves represálias e, por isso, a infiltração depende da sua concordância, e para o Estado, pois o policial pode ser “tentado” a se tornar, ele próprio, acólito dos criminosos que deveria investigar.

Sob o ponto de vista psicológico, o candidato a agente infiltrado está sujeito a um conflito pessoal causado pela “troca de papéis” (*Rollenwechsel*) após a infiltração. Ele deverá aprender valores não convencionais, estranhos à corporação onde foi treinado e passará a ter uma incondicional liberdade para agir, que deve ser interpretada como a “negação de si mesmo” (EISENBERG, 2005, p. 281). Basta pensar que o agente infiltrado pode ser obrigado pelas circunstâncias a usar drogas.

Esse meio operacional à disposição das polícias, entretanto, no Brasil, não possui qualquer tradição, ao contrário dos informantes da polícia, cuja importância para o funcionamento da repressão foi sem precedentes no regime militar entre 1964 e 1985.

Qualquer polícia tem seus “informantes de confiança”. Essas pessoas estão próximas do meio policial e, às vezes, são os próprios policiais aposentados justamente aqueles que continuam a servir à polícia, com o despiste do sigilo. Outras vezes, são pessoas que estão ligadas ideologicamente aos círculos da repressão e passam a interagir com o meio policial, repassando informações fidedignas. Os “X-9”, como são conhecidos na gíria policial, não podem ser desprezados em qualquer estudo sociológico sobre a atuação policial. Não é sem razão que referidas pessoas são consideradas “colaboradores da polícia”. (EISENBERG, 2005, p. 281)

No estado federal alemão de Hessen, entre 01.07.1985 e 31.12.1985, foi levada a efeito, através de questionário entregue a pessoas previamente conhecidas do *Landeskriminalamt* (LKA) – repartição de polícia criminal do Estado – como informantes de polícia, uma pesquisa por amostragem, que levou à conclusão estatística de que 71% dos entrevistados eram pessoas já sentenciadas pela justiça criminal, 13% das quais possuíam mais de três condenações. (EISENBERG, 2005, p. 282)

No caso brasileiro se constata que a maior fonte de informação da polícia são os próprios marginais que delatam os comparsas, por livre vontade ou para tirar vantagens pessoais (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 205), ou pessoas dentro da comunidade afetada que se dispõem a colaborar, porque “simpatizam” com a polícia (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 40) ou que se sentem indignadas com o assaue de criminosos.

A aproximação da polícia com seus informantes tem um objetivo claro de potencialização da eficácia do trabalho, pois, se as informações são precisas, o sucesso da atuação policial é quase certo. Portanto, é de todo procedente a constatação de que boa parte do trabalho dos agentes policiais consiste em construir uma rede de informantes que se torna estratégica para o andamento das investigações realizadas. (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 39)

Os espões da polícia significam a aceitação nos meios policiais da delação como forma de descoberta de crimes e a estimação dessa intervenção externa como positiva pela polícia, que divulga nos meios de comunicação as “descobertas” como próprias, dando visibilidade pública ao seu suposto trabalho de “inteligência”.

Nos grandes centros urbanos e, favorecido pelo avanço tecnológico, está em consolidação um processo irreversível de observação e controle por câmeras de vídeo (*Videoüberwachung*). É o que acontece, atualmente, com os crimes de trânsito, assaltos, agressões, tumultos entre torcidas etc. A vigilância eletrônica é determinante para a identificação dos responsáveis e de grande valia para o sucesso das investigações. Esses maquinismos e a sua difusa utilização em prol da segurança coletiva e da prevenção de delitos são a “resposta política ao medo da criminalidade, em favor do aumento do sentimento de segurança coletiva”. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 47)

Entretanto, essa “técnica panóptica” moderna aumentaria, em verdade, a própria sensação de insegurança, pois é curial que a escolha dos locais que serão observados seja feita segundo algum critério que leve em conta o alto percentual de criminalidade, ou seja, a simples colocação da câmera significa, numa observação sensata, que o local não é seguro. De outro lado, significa a possibilidade de transferência da criminalidade que se pretendia combater para outras regiões não vigiadas por câmeras de segurança.

A conclusão mais sensata, portanto, é que apenas na vigilância relativa aos crimes de rua é, de fato, melhor controlada pelos sistemas de vídeo. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 48)

A vigilância integral representada pelas câmeras de vídeo não se limita a controlar a criminalidade, mas possui um efeito não desejado de controle geral do comportamento, o que, agregado à utilização de novas tecnologias, principalmente a microeletrônica, possui profundas repercussões no campo policial, mas, principalmente, no debate sociológico sobre vigilância e modernidade: “*Surveillance is a central feature of modernity*”. (LYON, 1994, p. 37)

O avanço tecnológico, conforme se objeta, sensatamente, tem o efeito peculiar de recair sobre todos e, nesse sentido, é justa a preocupação de que apesar da expansão da técnica de prevenção de crimes, existe uma marcha para o Estado de controle, que transforma os cidadãos em “homens de vidro”. (KREY, 2006, p. 236)

A questão que se antepõe à sociologia criminal e à criminologia é a construção de limites à expansão vertiginosa da tecnologia aplicada ao controle do crime, sendo constatável que a obstrução desse avanço parece fora de questão, dado que os efeitos positivos da tecnologia do controle (infallibilidade científica e certeza das respostas) parecem alijar do debate os eventuais efeitos deletérios (controle generalizado e perda da liberdade), que são, convenhamos, ínfimos diante dos logros.

A prisão é uma típica atividade policial e representa uma atuação de grande significação para os agentes policiais, pois é a expressão máxima da coação, do poder e da submissão.

A polícia considera a prisão o momento culminante de sua intervenção contra o crime, já que ela se oferece como um “meio simples e direto de restaurar a ordem”. (WACQUANT, 2003, p. 264)

O flagrante delito significa, igualmente, a descoberta imediata do criminoso e provoca uma sensação de alívio e recompensa que se transfere da polícia para a população, que percebe a “contra-ação” do Estado e, com isso, aplaca o sentimento de vingança.

A prisão em flagrante depende de como a polícia interpreta o fato e de outros determinantes relativos à pessoa sobre quem recai a suspeita do crime.

É óbvia a presença de um processo de interação entre os agentes da instância de controle e o sujeito detido, pois, segundo a previsão jurídica, existe situação de flagrância quando a pessoa é encontrada ou perseguida, logo depois do crime, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Portanto, os espaços de estimação (*Spielräume*) são muito amplos. (MEIER, 2010, p. 242)

Quando o flagrante ocorre, a polícia considera que o seu trabalho será encurtado e, então, procura agir com grande exatidão contra as pessoas flagradas cometendo crimes, dada à junção entre os processos de criminação e incriminação que levam ao processamento institucional do caso.

Para que haja *criminação*, não basta que se considere apenas a dimensão cognitiva que interpreta o evento como crime, é preciso agregar o interesse em levar adiante o reconhecimento cognitivo ao conhecimento de uma agência de proteção (no caso, o Estado), de modo a convencê-la não apenas quanto ao aspecto cognitivo, mas também quanto à validade e à racionalidade em iniciar o processo de *incriminação*. Quando há uma situação que facilite essa demonstração, como nos chamados “flagrantes delitos”, em que há evidência por testemunhos e provas, o processamento é praticamente imediato, de um ponto de vista institucional. (MISSE, 2011a, p. 17)

A prisão é um fator determinante do sucesso da investigação, pois a perspectiva de cabal elucidação do crime é muito maior quando o suspeito é logo preso.

Ao contrário das credences inculcadas pelos filmes policiais, o sucesso de qualquer investigação está condicionado, na grande maioria das vezes, não pela visibilidade e arrecadação dos vestígios que conduzem ao suspeito do crime, mas pelos subsídios fornecidos por populares, especialmente a vítima e testemunhas, que forneçam elementos para a identificação do suspeito. Se a polícia não tem uma pista quente (*heiße Spur*) sobre o autor, as chances do sucesso da investigação baixam para cerca de 10%. (SCHNEIDER, 2007, p. 940)

A detenção imediata da pessoa antecipa a repressão e se insere numa das grandes questões da política criminal, “uma vez que a antecipação da repressão não é finalidade imediata da segurança pública”. (ALBRECHT, 2010, p. 180)

A questão da prisão antes do julgamento é o problema jurídico-criminal e sociológico de maior importância em toda forma de prisão processual, chamada pelos teóricos do processo penal de “cautelar”, não obstante seja palmar que a detenção no curso do inquérito ou do processo não previna crimes, mas, antes, sirva à antecipação da punição. Não é de se estranhar que o sistema policial gire em torno da punição e da contenção dos suspeitos e, então, a “prisão cautelar” se insere nessa ótica.

A investigação sociológica sobre a atividade policial aponta para a existência de uma prática discrepante da sua planejada função normativo-institucional (apuração das infrações penais). Na realidade, a polícia, na luta contra a criminalidade, substitui a presunção de inocência pela presunção de culpa.

O aumento dos poderes da polícia ou a sua diminuição é um debate de cunho ideológico que vive em ciclos permanentes. A primeira hipótese – aumento dos poderes – tem implicações político-criminais que podem ser assim sintetizadas: a) a atuação oculta da polícia (interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, infiltração de agentes, captação ambiental etc.) implica a substituição do princípio de transparência pelo princípio do sigilo e permite a intervenção no campo pré-delitivo (*Vorfeldermittlungen*), provocando a extensão da função policial até a repressão antecipada; b) como se trata de obter provas irrepetíveis, embora colhidas ocultamente, elas são aproveitáveis no processo penal, ou seja, a polícia realiza uma investigação definitiva sob o ponto de vista do material que será apreciado pelo juiz; não havendo a possibilidade de repetição das nominadas provas, a decisão que as considere relevantes implica apenas uma troca de bitola (*Spurwechsel*), na qual a prova contraditória, que não existe, é apenas substituída pela prova policial; c) o direito de defesa do acusado fica extremamente prejudicado, uma vez que, se não houver ilicitude explícita na obtenção da prova, a condenação é irrefragável; d) é patente a perda do poder de controle da justiça sobre a atividade policial e sobre os métodos de investigação e atuação contra o crime. (ALBRECHT, 2010, p. 182-183)

4. A ação persecutória do Ministério Público

No campo criminal o Ministério Público realiza a prossecução do trabalho policial. Então, o interesse processual da acusação é a condenação dos culpados.

Não é sem razão que o Ministério Público é a instituição de maior visibilidade dentro da justiça criminal, pois é responsável pela movimentação da jurisdição e por limitar a atividade dos juízes dentro do contexto da imputação penal.

Todo processo criminal público se inicia por uma denúncia do Ministério Público, o que significa a aplicação do princípio acusatório no processo penal. A função de acusar é privativa do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129, I), embora

se admita uma teórica participação do ofendido, se houver inércia institucional. (Constituição Federal, art. 5º, LIX)

A decisão pelo oferecimento da acusação não pode ser um ato arbitrário ou uma criação mental da acusação, mas deve estar fundada nos elementos de prova obtidos na investigação preliminar ou em documentos que forneçam ao judiciário a plausibilidade da imputação.

A deliberação positiva sobre a denúncia do Ministério Público é tomada segundo o “critério da antecipação” (EISENBERG, 2005, p. 299), ou seja, segundo entenda a acusação que a denúncia será acolhida ao final do processo.

A plausibilidade da imputação recebe a denominação dogmática de justa causa para a ação penal, sendo uma categoria processual cuja função é a de contenção persecutória. Como, entretanto, se trata de um conceito jurídico indeterminado, essa limitação garantista é a primeira causa da grande seletividade existente no processo penal.

A melhor aproximação do conceito é aquela que liga a justa causa aos elementos probatórios mínimos que servem de base para a acusação, mas a posição sistemática da justa causa provoca muita confusão na sua aplicação concreta, uma vez que ela pode ser considerada como uma condição para a ação penal ou o seu próprio mérito, uma vez que envolve questão estritamente probatória e, desse modo, não é desarrazoado dizer que a decisão que reconhecer não haver justa causa para a ação penal é uma antecipação do mérito da ação penal, vale dizer, uma antecipação decisão final.

Os tribunais refletem um atordoamento sobre o trato do problema e realizam a aplicação desse conceito garantista da forma mais descontraída, justamente, porque ele está ligado ao livre convencimento judicial em matéria de avaliação das provas no processo penal.

No Superior Tribunal de Justiça, a justa causa, quando veiculada no âmbito da impetração de *habeas corpus*, ora é entendida como um requisito negativo para a ação penal, qual seja, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e materialidade do delito, ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade (HC 166.816/DF), ora como a atipicidade da conduta. (HC 116.461/PE)

No Supremo Tribunal Federal, a justa causa é entendida como um requisito positivo, consistente na descrição da conduta que configura crime em tese. (HC 108.654/RJ)

Quando o Ministério Público consegue demonstrar a justa causa para ação penal, a acusação é formalmente recebida e o processo tem o seu início formalizado. Para acusar melhor, o Ministério Público possui poderes investigatórios diretos, o que é permitido pela hermenêutica do art. 129, VI e VIII da Constituição Federal, no âmbito da teoria jurídica dos poderes implícitos.

No âmbito institucional é grande o empenho do Ministério Público pela defesa dessa prerrogativa, uma vez que ela representa a consolidação da independência institucional em relação às investigações policiais. Após o “clamor das ruas” e de

intensos protestos que varreram o país, em meados de 2013, a Câmara dos Deputados, embora sinalizasse em sentido francamente contrário, terminou, em 24.06.2013, por rejeitar fragorosamente a PEC 37, que ficou conhecida como “PEC da Impunidade”, que visava impedir a investigação direta pelo Ministério Público e atribuí-la, exclusivamente, às polícias civil e federal.

Após a obtenção dessa vitória na arena política, os diversos Ministérios Públicos, da União e dos Estados, implementaram a investigação direta através de previsões administrativas, com a criação do Procedimento de Investigação Criminal (PIC), onde são recolhidas as provas do crime, a fim de subsidiar a acusação pública. Trata-se, hoje, de procedimento sedimentado no âmbito do Ministério Público (Resolução 181/2017 CNMP) e respaldado pelo STF (HC 89.837/DF).

Sob o ponto de vista sociológico, o Ministério Público, quando investiga diretamente, procura dar uma resposta institucional ao crime e, em outro sentido, refrear a absurda seletividade policial e a desigualdade envolvida na atuação concreta dessa instituição, que, ao lado das elites do poder e da advocacia, são os principais adversários da investigação direta pelo Ministério Público.

Possui grandes implicações jurídico-sociais o desprendimento institucional da polícia, uma vez que, na sua atividade prática, o Ministério Público a tem como seu “senhor”. A investigação direta afeta essa relação de subordinação e pretende redesenhar os papéis institucionais, a partir da mais correta colocação da polícia como instituição auxiliar e sujeita ao controle externo do Ministério Público.

No campo da jurisdição penal, o Ministério Público foi pensado ideologicamente como instituição que possibilitasse a imparcialidade da jurisdição, retirando desta toda iniciativa persecutória, para colocar a magistratura em posição de “indiferença”, alguns garantistas extremados falam em “ignorância”, em relação à solução do caso penal, o que, fatalmente, não existiria se a jurisdição pudesse se movimentar sem a provocação de um interessado.

A atuação processual do Ministério Público se inicia com a escolha dos casos que serão apreciados pela justiça criminal. Embora sob o ponto de vista normativo esteja a acusação vinculada à obrigatoriedade de ação, a movimentação da instituição é fortemente influenciada pelos fatores “dano” e “antecedentes” do acusado (ALBRECHT, 2010, p. 223). No Brasil, ainda estão faltantes estudos metodológicos sobre os critérios de eleição dos casos pelo Ministério Público.

No entanto, pode ser afirmado que a atuação do Ministério Público não é impulsionada por questões afetas à prevenção geral ou à ressocialização do acusado, mas a necessidades repressivas. A atuação processual do Ministério Público é punitiva. É bizarra a contemplação do Ministério Público como “órgão de defesa”, posto que isso levaria a um processo no qual tanto juiz, o promotor e a defesa atuariam para defender o réu, sendo inexplicável como, nessa situação, ainda pudesse ocorrer uma sentença condenatória.

A perfeita descrição dos fatos é o primeiro cuidado da acusação pública, o que, sob o ponto de vista da técnica processual, se denomina imputação penal. Se essa imputação é falha, se não individualiza as condutas, o processo é anulado, pois os tribunais consideram que existe uma lesão à ampla defesa se o réu não pode compreender os fatos contra os quais ele deve se defender. Como, entretanto, a função de acusar é uma tarefa primária do Ministério Público, são raríssimos, nos repertórios de jurisprudência, os casos de anulação do processo por falta de precisão da denúncia.

As investigações sociológicas sobre a relação entre o trabalho policial e o arquivamento da investigação demonstram que, quando a polícia não consegue apontar o suspeito ou solucionar o caso (*Unbekanntsachen*), o Ministério Público quase nunca consegue, por investigação direta, esclarecê-los (EISENBERG, 2005, p. 299). Esse é, inclusive, um cenário que a investigação direta do Ministério Público tende a suplantar.

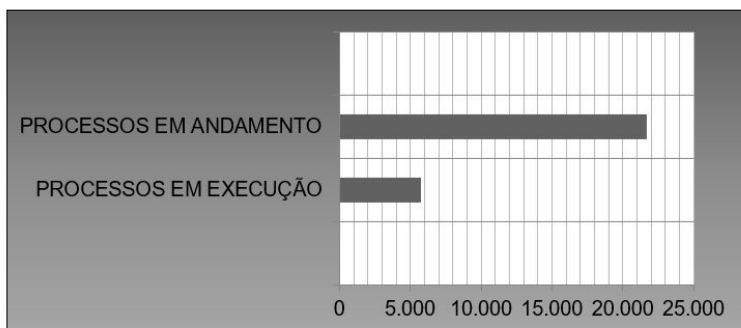
Se a acusação for recebida e as objeções do acusado rejeitadas, inicia-se a instrução probatória, na qual o Ministério Público deve possuir uma nova estratégia de atuação.

Essa fase é muito importante para a preparação da decisão. O juiz do caso deve ser convencido das hipóteses antagônicas e, então, a acusação e a defesa são levadas a se empenhar para a prova dos fatos que levarão à absolvição ou à condenação.

Os difusos filtros processuais a favor do acusado permitem afirmar que a possibilidade de condenação é excepcional. Todo o processo está estruturalmente “montado” para a exclusão do réu do sistema de justiça criminal. A começar pela presunção de inocência, que deve ser vencida, para além da dúvida razoável. Em situação inversa, a absolvição é irrefragável.

Na comarca de Juiz de Fora/MG, pesquisa de campo realizada pelo autor nas Varas Criminais e Tribunal do Júri, em agosto/2014, encontrou 21.727 processos em andamento; em contrapartida, na Vara de Execuções Penais, foram levantadas 5.777 pastas de execução penal para sentenciados em qualquer regime prisional (fechado, semiaberto e aberto, com ou sem prisão domiciliar) e penas alternativas, indicando que apenas 26,5% dos processos chegaram à fase de execução, vale dizer, encontrou-se uma perda de 73,5% dos processos instaurados que não resultaram em condenação. (VIDAL, 2017, p. 156-157)

Gráfico 01: Fluxo processual nas Varas Criminais de Juiz de Fora/MG



Fonte: mapa estatístico mensal Tribunal de Justiça de Minas Gerais (agosto\2014).

Uma conclusão imediata desse levantamento, afora as questões estruturais que afetam a ação concreta do Ministério Público, é que a instituição é esmerada na abertura de ações penais, sendo excepcional demandista; no entanto, existe uma deficiência no acompanhamento dos processos e na obtenção de resultados finalísticos, já que é um contrassenso pensar-se que o acusador público abra uma ação penal para resultar na absolvição do réu.

A acusação, na prática, deve provar tudo que envolva a imputação e, então, a intensidade da atuação do Ministério Público é um fator de grande influência na decisão final.

A inércia do acusado, por outro lado, é uma das estratégias defensivas que o coloca em situação extremamente favorável durante o processo penal, podendo o acusado, ao ser interrogado, responder apenas as perguntas de seu advogado, vale dizer, responder apenas ao que for ensaiado com a defesa – situação só pensável num país como o Brasil –, então, o Ministério Público deve impulsionar as provas e dar ao juiz muitas razões para acolher a acusação.

Nesse ponto, há uma visível discrepância de atuação entre o Ministério Público e a Magistratura, uma vez que esta é obrigada a aplicar os princípios garantistas do processo penal que são verdadeiros “obstáculos” à pretensão acusatória e punitiva do Ministério Público. Num certo sentido, a lei põe o juiz ao lado do criminoso. Aliás, não causa estranheza a percepção popular que “a polícia prende e o judiciário solta”, o que corresponde à crua realidade do dia a dia.

Como a atuação dos membros do Ministério Público deve estar pautada pelos critérios da verdade e da justiça, existe um dever de objetividade na coleta das

provas: as circunstâncias desfavoráveis e, também, as favoráveis ao acusado devem ser averiguadas. (EISENBERG, 2005, p. 292)

Não se conhece qualquer estudo metodológico, no Brasil, sobre essa suposta objetividade. No entanto, ela leva a acusação a um terrível paradoxo, qual seja, demonstrar que a hipótese acusatória também pode estar errada, caso de verdadeira apoteose para os garantistas.

Conclui-se, desse modo, que a questão central da intervenção do Ministério Público no processo penal está ligada à imparcialidade da jurisdição e ao princípio de igualdade, uma vez que a instituição, teoricamente, pelas garantias que desfrutam seus membros, estaria em condições de realizar a responsabilização penal de todos os criminosos, com igual intensidade.

Não obstante, se constata que o Ministério Público não consegue realizar esse planejamento normativo, quer por questões estruturais ou pela seletividade sistemática da justiça penal.

5. A atuação garantista da justiça penal

Nos sistemas de *civil law*, a magistratura é uma burocracia especial do Estado, preenchida por concurso público para o recrutamento dos seus quadros e na qual existe uma socialização *interna corporis* dos magistrados. (VIANNA *et alli.*, 1997, p. 37)

O poder judiciário está construído de forma piramidal, no seu ápice o Supremo Tribunal Federal, com a missão precípua de exercer a “guarda da Constituição”. (Constituição Federal, art. 102)

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, detentores de notável saber jurídico e reputação ilibada. A escolha política dos ministros, entretanto, reduz os requisitos dos candidatos à idade mínima de trinta e cinco anos e máxima de sessenta e cinco anos de idade (Constituição Federal, art. 101), pois, na indicação presidencial para as vagas, existe um “silêncio obsequioso” na tradição do Senado de referendar burocraticamente o nome apontado por vontade presidencial (VIANNA *et alli.*, 1997, p. 45). Aliás, não há notícia de qualquer rejeição pelo Senado dos nomes indicados pelo Presidente da República para os cargos.

Abaixo desta corte está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), composto, no mínimo, de 33 ministros (Constituição Federal, art. 104), detendo, precipuamente, a missão de interpretação da lei federal (Constituição Federal, art. 105, III). Também são órgãos do poder judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (Constituição Federal, art. 92, I-A, III, IV, V, VI e VII)

O ingresso na magistratura de primeira instância é feito por concurso público. Esse recrutamento, no Brasil, vem abrindo a carreira a profissionais com menos de 30 anos, com pouquíssimo tempo de experiência nas profissões legais anteriormente ao

ingresso na carreira, representando uma “tendência à juvenilização” da magistratura (VIANNA *et alli*, 1997, p. 64), o que é o resultado de dois fatores: as transformações produzidas no sistema universitário e do cálculo das possibilidades de êxito fora da magistratura, ou seja, as estratégias alternativas ao mercado de trabalho.

O alargamento das oportunidades acadêmicas (criação de escolas privadas, cursos noturnos, política de quotas etc.) produziu notável ampliação do contingente de juízes jovens. Nos setores acadêmicos oriundos da classe média, principalmente da parte baixa dessa camada, a advocacia representa uma aventura longa, penosa e incerta e, assim, a magistratura constitui-se em um mercado ocupacional para as camadas médias e para os jovens de origem subalterna que tiveram acesso ao sistema universitário. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 65)

Feito o ingresso na magistratura, o noviço é submetido à socialização interna, ou seja, o jovem magistrado deve assimilar a cultura do meio. A porta de entrada para o processo de assimilação institucional é a escola de magistratura, de frequência obrigatória, justamente, tendo em vista o fenômeno intenso de incorporação de jovens com baixa ou nenhuma experiência prévia à magistratura.

Sucessivamente, o magistrado deve absorver a cultura jurídica dos tribunais aos quais estão vinculados e que são capazes de exercer o controle sobre a reprodução da corporação. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 61)

O magistrado, então, aprende a reproduzir o pensamento jurídico dos tribunais, num contexto de reiteração que pode ser equiparado a um “treino meramente técnico”, que, nas ciências sociais, é guiado pela “solução de pequenos quebra-cabeças”. (POPPER, 2004, p. 43)

Mais tarde, para entrar em lista e obter votação para o acesso aos tribunais, o juiz também deverá estar “alinhado” ao pensamento jurídico dos desembargadores mais velhos e às antigas práticas destes corpos da hierarquia superior da magistratura.

A construção da identidade do magistrado, então, começa pela obediência e pela repetição. De fato, no que se refere às questões de direito, o magistrado é um personagem sem importância, pois as suas decisões são uma repetição do que é decidido de cima para baixo. O campo de liberdade e de inovação ocorre em pequenas aberturas deixadas para os casos inéditos, que devem começar pelas instâncias mais baixas do poder judiciário.

Nesses casos, o magistrado “propõe” uma determinada solução que está sujeita à reavaliação dos tribunais, dentro dos quais os critérios de decisão, inclusive, poderão ser totalmente antagônicos ao decidido em primeira instância ou, mesmo, nas instâncias sucessivas, à medida que o caso vai sendo elevado aos tribunais mais graduados.

Esse foi o caso da inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas, decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2004, tendo o tribunal concluído que as pessoas do mesmo sexo que mantivessem relação afetiva estável se encontravam

submetidas à hipótese constitucional de inelegibilidade reflexa. (Recurso Especial Eleitoral/PA n. 24.564)

Do mesmo modo, foi o caso criminal decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Inquérito n. 726), julgado em 1993, em que se discutia a legitimidade para a ação penal nos crimes contra a honra de servidor público e no qual a corte passou a admitir a legitimação alternativa do ofendido, sem que a sua pretensão de punição do ofensor tivesse que passar pelo juízo do Ministério Público. A interpretação sobre a questão, com reflexo na inviolabilidade da honra, foi objeto de sucessivas decisões, sendo, posteriormente, objeto da Súmula n. 714 do Supremo Tribunal Federal.

A questão que se segue é saber se o adestramento do magistrado e a contenção da sua liberdade de decisão *interna corporis* estão em situação de compatibilidade com os imensos problemas jurídico-sociais, socioeconômicos e com a mudança de papel do poder judiciário no cenário em que se apresenta o Estado contemporâneo.

O judiciário, assim, vem sendo chamado a assumir um papel protagonista na formação dos direitos, na luta contra a rigidez dos Códigos, na realização da justiça distributiva e na efetivação dos valores da cidadania, abrindo senda para uma crise do Poder Judiciário, em cujo ápice se encontra o enigmático e ideológico STF, na sua atual composição.

Essa crise é, na verdade, resultado das exigências do cenário atual de mutação das instituições e valores sociais e redesenho do próprio papel do judiciário como poder do Estado.

No campo das promessas não cumpridas do *Welfare State*, “que se materializaria na intervenção ativa para modificação das chances de vida das pessoas” (ALBRECHT, 2010, p. 221), por exemplo, as previsões sobre o direito à saúde, educação, políticas públicas, direitos sociais etc., o judiciário vem impondo ao executivo, que deveria realizá-las, obrigações decorrentes de sentenças. A ingerência entre os poderes é fato fora de discussão.

A Constituição Federal, por exemplo, assegura o direito à saúde e, então, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado está obrigado ao fornecimento de medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde (Agravo de Instrumento n. 837.642, julgado em 07.02.2012). No entendimento da Suprema Corte, a interpretação de uma “norma programática” não pode transformá-la em “promessa inconsequente”, de forma que, para dar efetividade a preceitos fundamentais da Constituição (direito à vida e à saúde), o Poder Público deve fornecer às pessoas destituídas de recursos financeiros medicamentos contra o vírus HIV (RE 271.286, julgado em 12.09.2000). Desse modo, o judiciário ainda é chamado a impor ao Poder Público o cumprimento da obrigação legal.

Em relação ao direito à educação, o mesmo Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se sobre a legitimidade da intervenção judicial, quando o Poder Público, no caso o município, se omitia no atendimento à obrigação decorrente do

próprio texto constitucional (implementação de políticas públicas) e a neutralizar os efeitos perversos da omissão estatal.

No julgamento do Agravo Regimental n. 639.337/SP, julgado em 23.08.2011, decidiu a Suprema Corte que é legítima a determinação de atendimento, pelo município, de criança até cinco anos em creche pré-escolar próxima à residência ou do endereço de trabalho dos responsáveis pelo menor.

O caso da união homoafetiva, igualmente, foi levado a julgamento perante a mais alta corte de justiça, sendo o resultado natural da evolução social, dos valores a ela subjacentes e da liberdade individual.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 132/RJ), concluiu o STF que as referidas uniões devem ser reconhecidas como instituto jurídico, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que reconhece como “entidade familiar” a união estável entre “homem e mulher”.

Segundo a Corte Suprema, para o reconhecimento da família pouco importa a sua constituição formal ou informal ou se ela é integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A “questão gay” indica a projeção do Supremo Tribunal Federal na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

Não somente isso, mas aponta para o avanço do judiciário em campos antes restritos ao legislador, pondo em questão a separação dos poderes.

No controle da constitucionalidade das leis se põe um problema central nas democracias contemporâneas e se renova o debate sobre o papel do poder judiciário dentro do Estado e do controle do poder legislativo.

Outro avanço do judiciário na questão da repartição de poderes se encontra nas chamadas decisões criativas, nas quais a mera declaração do direito aplicável e a posição de passividade da jurisdição são substituídas pela criação do direito e que se baseia nas premissas do “realismo jurídico”, acerca do caráter indeterminado do direito e da sua inaplicabilidade em termos mecanicistas. (ROSS, 1994, p. 66)

Nas decisões judiciais se faz presente a perene questão da certeza do direito. A “escola realista” é a que melhor explica a imprevisibilidade das decisões e a inexistência de um direito objetivo, dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, no ato em que decide uma controvérsia.

A certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que deriva de uma espécie de aquiescência infantil diante do princípio de autoridade. (FRANK. *Law and Modern Mind*, 1930, *apud*, BOBBIO, 2010, p. 58)

Nesse caso, a conclusão a que chegaram os teóricos do *Critical Legal Studies* é que sentença do juiz refletiria suas preferências subjetivas. Por consequência, o juiz deverá atuar na construção do direito capaz de regular e direcionar em

sentido normativo a própria realidade, pautado na ideia de uma *living Constitution*. (CASALINI, 2006, p. 281)

Nas ações afirmativas (política de quotas, por exemplo) e dos direitos das minorias (homossexuais, por exemplo), é notável a mudança do pêndulo em direção à jurisdição constitucional.

A questão do aborto de anencéfalos (ADPF 54), julgada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.04.2012, reflete um caso em que o tribunal age como “legislador positivo”.

Embora o Código Penal brasileiro (art. 128, I e II) exclua a criminalidade do aborto apenas nas situações de estupro e risco para a vida da gestante, o plenário da Corte declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é tipificada como crime. Ao interpretar o direito, o tribunal criou, como se fosse legislador, uma nova hipótese de descriminalização do aborto.

A referência pontual a alguns julgados, onde se faz nítida a criação judicial dos direitos, resulta, também, da independência do poder judiciário e do reconhecimento de que a função interpretativa não é estática, mas dinâmica, permitindo o avanço e o aperfeiçoamento do direito. (ALBRECHT, 2010, p. 263)

A ciência social, entretanto, embora reconheça a importância do prefigurado engajamento institucional, mostra que o poder judiciário está sendo confrontado com questões de fundo político-social, que não pode resolver de forma global e racional.

Assim, é um poder que não é capaz de resolver as profundas desigualdades econômicas e políticas, a corrupção institucionalizada, a cultura da sonegação, o enfraquecimento do sistema de segurança pública, a violência e a criminalidade política, o mal funcionamento dos serviços públicos, a perda de valores morais etc., quer dizer, o judiciário não é o *locus* institucional para todas as questões implicadas a agenda social.

Na área penal, o protagonismo do judiciário está estruturado normativamente no entorno das garantias penais. Elas são, aliás, uma coqueluche dos hermeneutas constitucionais e processuais, a ponto de o garantismo penal ter se tornado, no Brasil, a única matriz jurídico-filosófica do direito processual penal. A prática de um crime, por mais grave, sanguinolento, impiedoso, vil ou egoísta, ocasiona o nascimento de infinitas garantias legais.

Com toda razão o acicate lançado à infinita proteção de criminosos que, “na prática, garante mesmo apenas o crime e sua prosperidade, em um círculo vicioso de tal forma arraigado na cultura em geral que hoje causas e efeitos são quase indiscerníveis”. (GIARDIN DE SOUZA, 2018, p 198)

O juiz também deve proteger os direitos fundamentais e expungir da jurisdição toda réstia de violência institucional. A pauta de atuação dos juizes deve respeitar os princípios democráticos do processo penal (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal etc.), o que faz da justiça criminal um ponto de grande interesse sociológico.

O Poder Judiciário se interpola entre a Polícia e o Ministério Público, sendo um freio institucional ao ímpeto persecutório que aquelas instâncias representam. É inevitável que o judiciário seja visto como um “poder-obstáculo” à punição dos réus culpados, uma vez que, na sua atuação sistemática, interessa à jurisdição mais as garantias dos acusados do que a punição dos culpados. Não há espaço, neste artigo, para discorrer sobre este estado de coisas, que inclui o país como o paraíso dos criminosos.

As garantias individuais dos acusados são o resultado de uma longa história de dor, sofrimento e, também, de muita ideologia libertária desgarrada da realidade.

Em tempos recentes, com razão, elas são apontadas como causa de uma grande impunidade e da completa ineficácia da justiça penal. A amplificação das garantias é um exercício sem fim, ensinado nas academias, reproduzido em livros e repercutido nas decisões dos tribunais.

Entretanto, a questão central das garantias processuais não é, propriamente, esta, mas a sua desigual distribuição. Por exemplo, o direito à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes (Constituição Federal, art. 5º, LV) implica a possibilidade de esgotamento da jurisdição até a última instância (Supremo Tribunal Federal), o que faz do país o paraíso dos recursos. No entanto, essa possibilidade é cara e não está ao alcance de todos.

A presunção de inocência – um princípio-âncora do garantismo – é um postulado cuja aplicação depende, em concreto, de um estado mental de isenção pura, que o juiz não é capaz de alcançar.

Todo o garantismo não é capaz de reduzir o nível de pré-juízo que envolve o julgamento de réus que praticaram crimes sexuais ou violências, por exemplo. Nesses casos, tornam-se decisivos dois critérios: a reincidência e a personalidade violenta do réu. A censurabilidade pela conduta de vida como que ressuscita do seu funeral penal e toma assento na sala de audiências.

Achados sociológicos indicam que a vista a partir da cadeira do juiz penal é altamente seletiva e envolta em pré-compreensões sobre as pessoas e os crimes que elas praticaram: *Auch ist der Blick vom Richterstuhl höchst seletiv.* (KUNZ, 2011, p. 89)

Na Alemanha, por exemplo, achados sociológicos apontam que se o caso envolve o julgamento de alguém acusado por crime econômico, a sua visibilidade, aos olhos do julgador, pode ser a de um homem sem virtudes, nele se fundindo um estreito nexos entre personalidade e o próprio delito:

Der angeklagte Wirtschaftskriminelle erscheint als ein “Mann ohne Eigenschaften”, bei dem die Annahme eines Zusammenhanges zwischen Persönlichkeit und Delikt fernliegt. (KUNZ, 2011, p. 89)

O acusado de crime econômico aparece perante a justiça como um homem sem caráter, em relação a quem a aceitação do nexos entre personalidade e delito é encontrado à distância.

A questão da política recursal, instituída pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG, julgado em 2009 (Informativo STF n. 534), se propunha a aprofundar ainda mais a questão das diferenças econômicas e sociais entre os acusados ricos e pobres no Brasil.

Segundo a Suprema Corte, mesmo após o julgamento do recurso de apelação do réu e, mantida a eventual condenação em segundo grau, o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou o Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, impede a execução provisória da pena, salvo se já decretada a prisão cautelar do acusado.

Como, na sistemática jurídica da prisão cautelar, ela se aplica, na maioria dos casos, aos crimes violentos, ao tráfico de drogas, aos crimes contra o patrimônio ou às organizações criminosas, a prisão antes da sentença transitar em julgado sugeria, de acordo com o HC 84.078/MG, a exclusão das elites e dos crimes sem dor e sangue, nem visibilidade, que essas elites geralmente cometem.

O precedente representado por esse *leading case* punha em conflito a questão da efetividade das decisões, suprimindo aos estratos inferiores do judiciário uma parte do *ius imperii*, uma vez que, a partir desse julgado, seria o Supremo Tribunal Federal o único órgão do poder judiciário capaz de mandar à execução as decisões inferiores, se o acusado estiver solto e se houver recurso aos tribunais superiores.

Assim, por exemplo, se o caso é de furto na sede do Banco Central, a prisão preventiva dos réus para garantia da ordem pública é pacificamente aceita, para acautelar o meio social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal. (HC 101.248/CE)

Mas, se o caso é de prisão cautelar para garantia da ordem econômica, “a magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (HC 99.210/MG), o que acaba por neutralizar toda censura sobre o dano social, fazendo valer o dito popular que o mundo é mesmo dos espertos, isso sob a “legítima” interpretação da Suprema Corte.

No caso em que o crime praticado era corrupção ativa, o Supremo Tribunal Federal (HC 95.009/SP) decidiu que a prisão preventiva representava antecipação da pena e isso era inconstitucional, por violar a presunção de não culpabilidade:

A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal.

A equiparação entre pobres e ricos, nesse caso, é uma hipótese contrafática, pois os pobres não podem ter bens no exterior e não possuem capacidade econômica. Não é sem razão que a igualdade, utilizada como *ratio decidendi*, pela Corte Suprema, é a igualdade formal, cuja manipulação concede às elites, que estão situadas na superestrutura social, a imunização contra a persecução penal.

Em 2016 o STF deu uma guinada no seu entendimento sobre a possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, passando a admitir a execução depois da decisão de segunda instância, uma vez que a análise das provas se esgotou, cabendo ao STF ou STJ apenas as discussões de direito. (HC 126.292/SP)

Pois bem, referida decisão remodelava a hierarquia dos recursos e impunha desejada coerência ao que se deve interpretar como presunção de inocência, limitando-a até o julgamento de segunda instância. Daí para frente, o réu declarado culpado, embora ainda pudesse recorrer ao STF ou STJ, deveria cumprir a decisão. Com isso, o STF havia reformulado a política recursal, contribuindo para a efetividade das decisões dos tribunais inferiores.

No entanto, bastou a prisão do ex-presidente Lula, no âmbito da Operação Lava-Jato, para que o Tribunal Pleno do STF moldasse novo paradigma sobre a presunção de inocência e a execução da pena após a decisão de segunda instância.

Como se sabe, o STF, em 07/11/2019, ao julgar as ADC (Ações Diretas de Constitucionalidade) 43, 44 e 45, reverteu seu próprio paradigma para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/11, reduzindo a possibilidade de prisão ao flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Na prática, referida decisão reverteu a possibilidade de prisão após decisão de segunda instância, suprimindo a execução da sentença, até que sejam esgotados os recursos ao STF e STJ.

A estimação qualitativa, mesmo que poucas decisões analisadas, dentro da mais expressiva corte de justiça do país (STF) indica que este tribunal, situado no topo mesmo da pirâmide, não reflete a ideologia e o pensamento da justiça como um todo. Pelo contrário, os juízes e tribunais de estrato inferior agem com critérios repulsivos à “ideia de justiça” imperante no “andar superior” do poder.

O STF, sugestivamente, se mostra, na composição atual, como um órgão volúvel, cambiante, profundamente ideológico e contaminado pela política, sendo-lhe inteiramente cabível o labéu de contrapoder, tal o insulamento da realidade do país e do direito aplicado nos estratos subalternos.

Todas essas observações mostram que o Poder Judiciário está situado em posição de centralidade dentro do Estado. Mais do que isso, é um poder que é chamado a realizar a cidadania, embora a cidadania deva ser realizada em outras instâncias, mais especificamente, no campo da política e da prática social.

No campo penal, o Poder Judiciário desempenharia uma função garantista, mas, quando se trata das elites do poder (econômico, político, cultural, burocrático, industrial etc.), o judiciário é uma instância neutralizadora. O seu funcionamento cotidiano desacredita os ideais de justiça e de igualdade que supostamente deveria defender.

Por isso, viverá em permanente e profunda crise. Enquanto não for um poder que distribua justiça de forma igualitária, o judiciário será a instância da opressão dos pobres e da libertação das elites.

6. A vingança da execução penal

A execução penal é a última fase do processo criminal, que se inicia com a denúncia e termina com o cumprimento ou a extinção da pena. Julgar e punir são momentos indissolúvelmente implicados um no outro e correspondem à manifestação do fenômeno punitivo. A execução penal que aqui interessa é da pena privativa da liberdade.

Todo o sistema de execução dessa modalidade de pena corporal está fundamentado na diferenciação dos estabelecimentos e na classificação dos presos. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 221)

O objetivo de integração social do condenado é expressamente previsto na lei de execução penal (Lei n. 7.210/1984). A segurança coletiva (defesa social) também é um objetivo implícito da execução penal, por exemplo, a aplicação do regime disciplinar diferenciado, as sanções disciplinares, os estabelecimentos de segurança máxima, o prazo indeterminado de duração da medida de segurança, o monitoramento eletrônico de sentenciados, o exame criminológico para os condenados por crimes violentos etc.

Uma primeira questão a ser enfrentada em conjunto pela sociologia e também pela dogmática do direito é a interferência do tempo sobre os fins da pena. A execução da pena muito tempo após a prática do crime nulifica qualquer finalidade de prevenção geral ou especial, com as quais os penalistas procuram explicar os fins da pena.

Esse era um dos problemas a serem resolvidos no “caso da sentinela do muro” (*Mauerschützenfall*), no qual um jovem militar que, no ano de 1984, quando tinha 19 anos de idade, atirou e matou, com uma pistola automática, um fugitivo político desarmado que procurava atravessar o “Muro de Berlim”. O julgamento ocorreu mais de 20 anos após o fato, resultando na condenação do acusado à pena de 04 anos de prisão, por crime de homicídio.

Ficou comprovado, durante o julgamento, que, após o fato, o acusado não veio a cometer qualquer crime ou a demonstrar qualquer alteração do seu comportamento, mas, pelo contrário, apresentava uma plena integração social, caso em que a execução da pena e a prisionização representavam evidentes riscos de contaminação do sentenciado, segundo as leis da subcultura carcerária (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 222), efeitos desintegradores esses que o *Landgericht* (LG) de Berlim procurou mitigar, ao aplicar uma pena reduzida. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 226)

Em casos assim, existe um isolamento ideológico do direito penal tão evidente que leva a pensá-lo sem ligação com o processo penal e com as ciências sociais e, mais, é preciso isolar, dentro do processo penal mesmo, as suas duas fases (cognição e execução) para se aceitar a suposta necessidade de prevenção geral positiva, como reafirmação da ordem jurídica violada para legitimar a imposição da pena e, assim, obter a distinção entre a finalidade da pena e isolá-la das finalidades da execução penal (reintegração e defesa social).

Na aplicação da pena, essa se dirige à generalidade para intimidar os delinquentes potenciais e robustecer a consciência dos cidadãos e sua confiança no direito, mas, na execução concreta, as finalidades são diversas, de forma que os horizontes teóricos do direito penal e da execução penal são chocantes, provocando a “antinomia dos fins da pena” (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 194), expressão com a qual se quer dizer que os diferentes fins da pena não só perseguem objetos distintos e inclusive contraditórios, senão também procedem de mundos distintos e se fundamentam em pressupostos diversos, o que, em definitivo, desenvolve conflitos no sistema penitenciário, praticamente insolúveis.

É extremamente questionável que a aplicação de uma pena criminal possa ter o efeito de impedir o próprio condenado ou a generalidade de pessoas à prática de outros delitos, dada à constatação de que o perigo do cometimento de crimes é uma situação meramente hipotética. Além disso, é duvidoso se as penas possuem realmente um efeito preventivo geral ou se expressam apenas uma defesa simbólica dos valores sociais mais elevados.

Então, o objetivo da pena criminal não é a prevenção geral ou individual, mas a repressão, através da imposição da pena que seja adequada ao fato e à culpa individual. Isso quer dizer que o direito penal e a persecução penal possuem fundamentos menos preventivos do que repressivos: *Strafrecht und Strafverfolgung sind weniger präventiv als vielmehr repressiv.* (PIEROTH; SCHLINK; KNIESEL, 2012, p. 22)

O estado de sujeição pessoal na execução da pena privativa da liberdade é total. É um eufemismo e uma erronia terminológica afirmar-se que o indivíduo sentenciado e preso está sob a “tutela” penal, quando, em verdade, a sua situação existencial é de pura submissão.

Na execução da pena ocorre uma espécie de “vingança institucional” contra o aprisionado. Embora se procure assegurar normativamente todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, a perda dos direitos é quase integral, processo esse denominado, pela sociologia, de “morte civil”. (GOFFMAN, 1974, p. 25)

A perda de papéis é o resultado mais do que esperado do isolamento imposto à pessoa nas instituições totais, que, como a prisão, é concebida para a segurança da sociedade e não para o bem-estar do preso.

O adestramento do recluso é feito pela obediência. Contraditoriamente, o preso deve aprender a obedecer também às normas informais existentes no mundo interno, sob a pena de sofrer represálias e violências físicas. A “mortificação do eu” (GOFFMAN,

1974, p. 24) é constituída por uma série de degradações, pessoais e patrimoniais, a que o indivíduo fica sujeito (corte do cabelo, uso do fardamento, obediência incondicional, regras de linguagem, dependência integral de terceiros, despojamento de todos os bens, submissão a busca pessoal a qualquer momento, inclusive com retirada completa do uniforme prisional – *Entkleidung* – etc.), refletindo na imagem que o recluso possui de si mesmo, como pessoa negativa, inferior, censurável e culpável.

A privacidade é sumariamente substituída pela divisão coletiva dos espaços e pela convivência imposta com as demais pessoas, algumas indesejáveis, inclusive para atos fisiológicos naturais.

Os presos provisórios ou já sentenciados por crimes sexuais estão expostos a riscos de profanações físicas que os façam “pagar”, segundo um código dos internos – irrevogável e não sujeito à revisão –, pelos crimes cometidos e, por isso, esses presos são colocados no “seguro”, jargão que significa o isolamento contra atos de perversão sexual e também violações físicas da população carcerária. Se assim não for, o preso fatalmente perderá a sua masculinidade, ficando sujeito às mais horríveis sevícias.

O dever de obediência cria, nas relações entre o preso e a administração carcerária, outra e mais sutil degradação em forma de “circuito”, na medida em que uma resposta defensiva do preso, diante do que considera um “ataque” dos agentes penitenciários, provoca uma nova “reação”, por exemplo, uma resposta expressiva de autodefesa, contra exigências humilhantes, pode resultar, dentro das instituições totais, em novo castigo, de forma que o mau humor e a insolência do preso são bases para outros castigos. (GOFFMAN, 1974, p. 40)

O indivíduo preso, assim, está à mercê de sanções e não possui a mínima autonomia. É um submisso. A execução da pena é a vingança institucional contra as garantias processuais anteriores ao início do cumprimento da pena.

Existe, entre os presos, um sentimento de lealdade e solidariedade que, muitas vezes, dá origem a rebeliões, que surgem como protesto contra as normas da instituição total ou como forma de reivindicações (permissões de saída, aumento do tempo de visitas de parentes, melhorias físicas das instalações, maior contato com representantes de instituições de controle etc.).

Além das “normas da casa” (regulamentos internos e leis formais de execução penal), o sentenciado deve aprender as “normas dos prisioneiros”, ou seja, os códigos morais entre os sentenciados, cuja desobediência pode causar consequências muito mais terríveis do que as previsões legais.

Uma casa de detenção ou de cumprimento de pena é, certamente, um *espaço* reservado que serve para confinar, à força, uma *população* legalmente estigmatizada, no interior da qual esta população desenvolve *instituições*, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas. (WACQUANT, 2003, p. 345)

A subcultura prisional (*Gefängnissubkultur*) (KUNZ, 2011, p. 314) é um processo de socialização negativa que surge em virtude da necessidade de adaptação ao meio e ao sistema de valores dentro da instituição total que percorre quase toda a população carcerária e decorre, exatamente, da supressão da autonomia e do rebaixamento imposto ao encarcerado, que, para suportar a terrível pressão interna, tende a aceitar e seguir as regras subculturais. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 231)

Uma dessas normas é a infalibilidade das sanções dentro da comunidade de presos. Ao contrário das leis do Estado, que são relativas e requerem o devido processo, as leis da subcultura prisional são irrefragáveis e imediatas. O alcaguete, por exemplo, não é admitido em qualquer hipótese, impondo a todos a lei do silêncio. Estupradores recebem a pena do estupro coletivo; quem mata um parente deve morrer; quem não pertence à facção que domina o estabelecimento, morre e assim sucessivamente.

Talvez haja um aprendizado a retirar das leis dos presos, na medida em que a certeza das penas e a sua irrevogabilidade são fatores de contenção e submissão que eles próprios se aplicam.

Tomando-se essa pequena amostragem da execução das penas corporais e da constatação de que a execução da pena corporal não pode servir à socialização de ninguém, é preciso discutir a função real da prisão e a sua utilidade contemporânea.

Em primeiro lugar, todo imenso esforço dos juristas para a legitimação da pena de prisão é ocioso. As teorias da pena criminal foram desenvolvidas em torno da justificação daquilo que é indemonstrável, ou seja, que há racionalidade na cominação (previsão abstrata feita pelo legislador para certos delitos) e na aplicação da pena de prisão.

A velha pergunta dos juristas (“por que punir?”) ainda povoa o imaginário dogmático, na busca de algum fundamento para a pena de prisão. Talvez esse seja o ponto mais inerte da filosofia penal: será possível mesmo justificar a pena de prisão?

Não há, entretanto, qualquer fundamento moral para a prisão. Ela é um ato de força, que não precisa de justificação. A prisão é como a guerra, que carece de legitimação moral. “Se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder.” (ZAFFARONI, 2001, p. 202)

A par da função elementar de controlar o crime e da constatação de que a perda desse controle pode minar a soberania e a autoridade política, o castigo simplesmente reafirma o poder. (GARLAND, 2006, p. 80)

Depois de haver constatado a ausência de racionalidade da pena-prisão, é preciso indagar se a própria pena-prisão possui alguma finalidade, ou seja, responder a outra pergunta: “para que punir?”

A resposta que se propõe é que a única função da pena, especialmente a prisão, é a neutralização do criminoso. Com a aplicação da pena de prisão se objetiva a inocuidade da pessoa, pelo menos dentro do tempo em que o criminoso passar recluso.

Na prisão e no sistema carcerário não há nenhuma missão econômica positiva de recrutamento e disciplinamento de uma mão de obra ativa, como sugerem alguns pensadores de matriz socialista. (WACQUANT, 2003, p. 349)

A finalidade única da prisão é neutralização, pois se espera que essa supressão da liberdade tenha o efeito incapacitante: *Incapacitation ist eine im Wesentlichen auf den reiheitsentzug bezogene Wirkungserwartung* (KUNZ, 2011, p. 312): a incapacitação é uma expectativa essencialmente relacionada com a pena de privação da liberdade.

Ainda assim, em relação a certos delitos, como é o caso notório das infrações ligadas às drogas, o efeito de exclusão ocasionado pela prisão gera um novo “efeito de substituição” – a neutralização de um criminoso simplesmente produz a sua substituição por outro na “pista” –, o que significa que o encarceramento equivale a recrutar novos delinquentes (WACQUANT, 2003, p. 461), constatação que, por si só, não serve minimamente de argumento para a supressão da pena-reclusão.

Aliás, uma irrefutável observação de Garland ilumina essa questão, quando afirma que o destino do próprio castigo é nunca ter êxito pleno *“debido a que las condiciones más activas para inducir la conformidad – o para fomentar la delincuencia y la desviación – quedan fuera de la jurisdicción de las instituciones penales”*. (GARLAND, 2006, p. 334)

Não obstante toda crítica sobre os efeitos da política de incapacitação, principalmente pelo aumento vertiginoso da população carcerária (KUNZ, 2011; WACQUANT, 2003), é muito evidente que a prisão e as medidas de segurança, executadas nas instituições totais, são reações finais contra o delito, portanto, materializam a única proposta real do controle penal, que é a exclusão do delincente, administrada modernamente sob uma filosofia gerencial de fluxos. Não é sem razão a comparação da execução penal e da prisão a uma “porta giratória”.

A prisão serve, nessa ótica, para isolar e neutralizar categorias desviantes ou perigosas por meio de uma vigilância padronizada e de uma gestão estocástica dos riscos, cuja lógica evoca mais a pesquisa operacional ou a retirada dos “dejetos sociais” do que o trabalho social. (WACQUANT, 2003, p. 247)

A prisão é uma espécie de exílio. Aliás, no Brasil, quando se chega à aplicação da pena de reclusão, após uma infinita série de recursos, com direito a quatro instâncias e à proteção das infinitas garantias, esse exílio é o cume do próprio mérito.

Na prisão são meramente retidos os detritos sociais, a parte desprezível da população. No campo da antropologia é perfeito o contraste feito por Lévi-Strauss (*Tristes Trópicos*) entre as sociedades primitivas, que lidam com os desviantes engolindo-os e adquirindo forças através deles (*antropofagia*) e as sociedades modernas que vomitam os desviantes (*antropoemia*), conservando-os fora da sociedade ou encerrando-os em instituições especiais. (YOUNG, 2002, p. 91)

Na pós-modernidade, a reinvenção da prisão possui um caráter de eliminação, centrada no gerenciamento de riscos simbólicos, em substituição à reabilitação, ideologia que vicejou no século XX (GARLAND, 2006, p. 337) e que cedeu espaço para um sistema exclusivo e meramente atuarial de justiça criminal.

No sistema penal previdenciário, a prisão funcionava como a última instância do setor correcional, lidando com aqueles criminosos que não reagiram às medidas de reforma de outras instituições. Na teoria, se não na prática, a prisão era representada como o último estágio de um processo contínuo de tratamento. Hoje, ela é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle (...). A prisão é usada atualmente como um tipo de reservatório, uma zona de quarentena, na qual indivíduos supostamente perigosos são segregados em nome da segurança pública. (GARLAND, 2008, p. 380-381)

Sob o olhar sociológico, a execução de uma pena de prisão é um “mar morto”, onde a pessoa condenada é apenas isolada do “grande mundo”.

Esse efeito de exclusão não pode ser suprimido desde que exista uma pena criminal. A teoria jurídica pode limitar o poder de aplicar a pena criminal e, então, se reserva aos penalistas e processualistas penais a tarefa ideológica de construção das bases de restrição punitiva, trabalho este que não tem fim e que a cada dia é renovado com a “descoberta” de uma nova garantia contra o poder punitivo. Quais as consequências disso e quem deve suportá-las?

Referências

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Trad. Juarez Cirino dos Santos).
- BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2006 (Trad. Renê Alexandre Belmonte).
- BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. In: *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, vol. 13, 1999, p. 13-27.
- BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRETAS, Marcos Luiz. Observações sobre a falência dos modelos policiais. In: *Tempo Social*. São Paulo: USP, vol. 9, 1997, p. 79-94.

CASALINI, Brunela. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EISENBERG, Ulrich. *Kriminologie*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e desordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008 (Trad. André Nascimento).

_____. *Castigo y sociedade moderna: un estudio de teoria social*. Bogotá: Siglo XXI editores, 2006 (Trad. Berta Ruiz de La Concha).

GIARDIN DE SOUZA, Leonardo; PESSI, Diego. *Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. 3ª ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018.

GOFFMAN, Erwing. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1974.

GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht: ein Studienbuch*. 15. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. 2 (Trad. Flávio Beno Siebeneichler).

KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz. *Kriminologie. Jugendstrafrecht. Strafvollzug*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

KREY, Volker. *Deutsches Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2006, Band I.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. 6. Auflage. Bern: Haupt Verlag, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. I (Trad. Gustavo Bayer).

LYON, David. *The Eletronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas. In: *Sociologias*. Porto Alegre, 2002, n. 7, p. 188-221.

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. Polícia e violência urbana em uma cidade brasileira. In: *Etnográfica*. Lisboa, n. 15 (1), 2011, p. 67-82.

MEIER, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. In: *Revista Sociedade e Estado*. Brasília, 2011, vol. 26, p. 15-27.

_____. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: NECVU, 2011.

_____. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. In: *Lua Nova*. São Paulo, vol. 79, 2010, p. 15-38.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira; PAES-MACHADO, Eduardo. Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento. In: *Caderno CRH*. Salvador, vol. 23, n. 60, 2010, p. 437-447.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 (Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves).

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIESSEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAISER, Thomas. *Grundlagen der Rechtssoziologie*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança. In: *Sociedade e Estado*. Brasília: vol. 26, 2011, p. 29-58.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. A democracia disjuntiva no contexto brasileiro: algumas considerações a partir do trabalho das delegacias de polícia. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília: n. 11, 2013, p. 193-227.

ROSS, Alf. *Sobre El derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitas de Buenos Aires, 1994.

SCHNEIDER, Hans Joachim. Polizeiwissenschaft, -theorie und -forschung. In: SCHNEIDER, Hans Joaquim. (Ed.). *Internationales Handbuch der Kriminologie. Grundlagen der Kriminologie*. Berlin: De Gruyter Recht, Band I, Part 2, 2007.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado. In: *Revista Sociedade e Estado*. Brasília: vol. 26, 2011, p. 77-96.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDAL, Hélvio Simões. *Na portinha: uma investigação sobre o sistema de justiça criminal*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) UFFJ, 2017.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Trad. Renato Aguiar).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma invenção polifônica (Uma visão geral sobre a decisão de saneamento do IRDR)¹

*Concentrated procedure for repetitive claims: a
multi-part invention (An overall idea about pre-trial
conference in the concentrated procedure
for repetitive claims)*

João Carlos Mendes de Abreu*

Sumário

1. Introdução: aspectos básicos do incidente de resolução de demandas repetitivas. 2. As fases do IRDR. Considerações gerais sobre o saneamento incidental. 2.1. A decisão de suspensão dos processos. 2.2. A escolha da causa representativa da controvérsia no IRDR. 2.3. A atuação do Ministério Público no IRDR. 2.4. A participação da Defensoria Pública no IRDR. 2.5. A participação do *amicus curiae* no IRDR. 2.6. A participação dos sujeitos das causas não afetadas ao IRDR. 2.7. A audiência pública. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este texto apresenta os aspectos culminantes do incidente de resolução de demandas repetitivas, um instrumento estabelecido pelo CPC/15 para enfrentar a litigância de massa. Em seguida, o trabalho descreve a fase de saneamento incidental, sublinhando que a ampla participação de várias partes e interessados concorre para a legitimidade do precedente construído no procedimento.

Abstract

This text points out the highlights about the concentrated procedure for repetitive claims, a tool laid down by the Civil Procedure Code (CPC/15) in order to deal with mass litigation. Afterwards, it describes the pre-trial conference, underlining that a broad

¹ Artigo adaptado do trabalho de conclusão da matéria “Fundamentos do Processo Civil”, ministrada no Mestrado em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) pelo Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral, no primeiro semestre de 2022.

* Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

participation of different parties is important when it comes to the legitimacy of the precedent built in the incident.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Litigância de massa. Precedentes. Jurisdição. Decisão de saneamento. Contraditório participativo.

Keywords: *Concentrated procedure for repetitive claims. Mass litigation. Precedents. Jurisdiction. Pre-trial conference. Adversarial principle. Broad participation.*

1. Introdução: aspectos básicos do incidente de resolução de demandas repetitivas

O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica de gestão processual que visa solucionar uniformemente as questões comuns de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único, CPC) reprisadas nas “lides seriais”, típicas de uma sociedade contemporânea massificada. Após instaurar o incidente, o órgão julgador afeta uma ou algumas causas representativas da controvérsia (CABRAL, 2016, p. 1456), para em seguida firmar uma tese jurídica vinculante.

O remédio processual em apreço foi instituído para gerar com rapidez um precedente vinculante e obrigatório,² nos limites de um Estado ou região, conforme a decisão tenha sido proferida pelo tribunal de justiça ou por um tribunal regional federal (art. 985, CPC). Existe, obviamente, possibilidade de expansão nacional da abrangência do precedente, desde que examinado o mérito do recurso extraordinário ou especial interposto em desfavor do julgamento incidental (art. 987, CPC).

Cuida-se de um instrumento que encontra seu *habitat* natural nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais: assim nos diz o art. 982, I, CPC, que usa as expressões “Estado” e “região”, para se referir à suspensão processual decorrente da instauração do procedimento incidental. No entanto, o IRDR tem alçado voos maiores: já existe notícia de incidente instaurado no Superior Tribunal de Justiça (TEMER, 2020a, p. 123), sendo de rigor asseverar que o incidente encontrou solo fértil

² Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2021, p. 132), Aluísio Mendes (2017, p. 237-241), Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Mello Porto (2021, p. 789), afora Antonio do Passo Cabral (2016, p. 1435) e Sofia Temer (2020a, p. 241-254) lecionam que da decisão prolatada em sede de IRDR efetivamente surge um precedente vinculante. Há autores, no entanto, que veem uma inconstitucionalidade na previsão de um precedente obrigatório determinado por força de lei; para eles, apenas a Carta Magna poderia estabelecer o *stare decisis*. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 223) Existem outros doutrinadores que, conquanto não enxerguem uma incompatibilidade do padrão decisório do IRDR em relação à Constituição da República, não enquadram tal decisão no bojo da fenomenologia precedentalista. Um deles é Daniel Mitidiero (2017, p. 127-132), para quem existe mera jurisprudência uniformizadora no contexto do IRDR, na medida em que os precedentes só podem advir de decisões cogentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Marinoni (2015, p. 401), a seu turno, também não trabalha com a ideia de precedentes no âmbito do incidente sob exame; ele afirma que a decisão no IRDR implica, na verdade, uma ampliação objetiva e subjetiva da coisa julgada, ou seja, é uma coisa julgada que avança objetivamente sobre a questão prejudicial, e se alarga subjetivamente para favorecer terceiros, nos termos dos arts. 503, §1º, e 506, CPC.

na seara laboral, onde já foram deflagrados mais procedimentos do que na própria Justiça Comum Federal.³

Trata-se de um expediente que pertence, a um só turno, aos microsistemas dos casos repetitivos e de formação concentrada dos precedentes obrigatórios. (DIDIER JR; CUNHA, 2019, p. 714) É imprescindível frisar que tais conjuntos foram estabelecidos como antídotos à situação de morosidade processual, bem como para efetivação do princípio da isonomia nas decisões judiciais.

O microsistema de gestão e julgamento dos casos repetitivos abrange o incidente de resolução de demandas repetitivas, o recurso especial e o recurso extraordinário repetitivos (art. 928, I e II, CPC). Os recursos de revista repetitivos, introduzidos no processo do trabalho pela Lei nº 13.015/2014, também fazem parte desse agrupamento. (DIDIER JR.; CUNHA, 2019, p. 713)

Por sua vez, o precitado sistema de julgamento de casos repetitivos, o incidente de assunção de competência, o incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal e o procedimento de criação de súmula vinculante compõem o microsistema de formação concentrada dos precedentes obrigatórios. (DIDIER JR.; CUNHA, 2019, p. 732)

Sob outro enfoque, assinala-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas está inserido no contexto correspondente a uma nova visão da função jurisdicional, que não mais se resume a uma atividade retrospectiva destinada à solução do conflito bilateral de interesses. O litígio intersubjetivo clássico, consubstanciado na disputa entre os demandantes “A” e “B”, permanece importante, porém não esgota a completude e a complexidade das novas tarefas comissionadas ao Judiciário.

A jurisdição, nos dias correntes, não fica limitada à resolução de uma lide⁴ (MENDES, 2017, p. 226): ela assume novas formas, sobretudo aquelas concernentes ao gerenciamento processual (o que torna a justiça, no particular, próxima à Administração Pública) e à orientação e formação de pautas de conduta voltadas para o futuro (o que leva a atividade jurisdicional a uma função prospectiva, que guarda alguma semelhança com a atividade legislativa).

Nesse sentido, o procedimento concentrado para a resolução das questões repetitivas desenvolve-se a partir de um julgamento gerencial, levando o IRDR a uma certa simetria com os processos estruturantes, nos quais o Judiciário atua de

³ Consoante números extraídos do “Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e de Precedentes Obrigatórios”, expedido pelo Conselho Nacional de Justiça, referentes aos anos de 2018 e 2021. Dados disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>. Acesso em 14/12/2021. Dados também encontrados em: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 14/12/2021.

⁴ Importa assinalar que o professor Afrânio Silva Jardim (2013, p. 25-28), em data não tão recente, já propagava que a pretensão – e não a lide – funciona efetivamente como categoria indispensável ao conceito de processo. O litígio seria um elemento meramente acidental, porquanto ele sequer se faria presente em algumas situações, como, por exemplo, nas ações de divórcio consensual envolvendo interesses de filhos incapazes.

maneira proativa para reformar e modificar estruturas burocráticas que vulneram valores constitucionais.⁵

Portanto, o incidente há de ser guiado a partir do pressuposto de que o processo judicial consiste em um espaço plural, marcado muito mais pela diversidade do que pela homogeneidade (TEMER, 2020b, p. 100). A condução do procedimento exige do relator eficiência no controle do *case management* (gestão processual) ou, como prefere Judith Resnik (1982, p. 378), é imprescindível que haja um julgamento gerencial (*managerial judge*), por meio do qual o magistrado vai pastorear o rebanho até solucionar o processo.

Sendo assim, torna-se premente administrar um procedimento da estirpe do IRDR em um ambiente pluralista de cooperação entre os diversos atores chamados a intervir no incidente. A eficiência e a boa qualidade do resultado incidental – uma solução uniforme para os casos pendentes e um precedente para os casos futuros (PINHO; PORTO, 2021, p. 785-789) – dependerão da rígida observância de uma ótima gestão dos trâmites procedimentais, especialmente no que tange à garantia de um contraditório participativo no desenrolar do procedimento.

As linhas acima escritas apresentam os grandes vetores interpretativos essenciais para a compreensão dos incidentes de resolução de demandas repetitivas: (i) o IRDR corresponde a um conceito contemporâneo e conglobante de jurisdição; (ii) a legitimidade do precedente pressupõe a configuração de um contraditório subjetivamente ampliado durante todos os atos do procedimento (CÂMARA, 2018, p. 179). Tais ideias encontram-se fortemente presentes no saneamento incidental, sobre o qual falaremos a seguir.

2. As fases do IRDR. Considerações gerais sobre o saneamento incidental

O processamento do IRDR se dá, basicamente, em três fases: (i) a *fase de instauração e admissão*, na qual são analisados os sujeitos legitimados para suscitar a instauração do incidente e os pressupostos de admissibilidade do procedimento, sobrevivendo o recebimento propriamente dito do incidente; (ii) a *fase de instrução e organização (também denominada de fase de saneamento)*, com destaque para o deferimento de atos instrutórios necessários ao deslinde procedimental, o que inclui a escolha da(s) causa(s) representativa(s) da controvérsia e o estabelecimento dos contornos da participação dos interessados no procedimento (sujeitos ausentes e “sobrestados”, Ministério Público, Defensoria Pública e *amicus curiae*);⁶ (iii) a *fase*

⁵ Os procedimentos de falência e de recuperação judicial são estruturais por excelência; o sistema de justiça intervém nas ações concursais visando à preservação da empresa em crise (o que acarreta a manutenção do emprego dos trabalhadores vulneráveis) e à proteção dos interesses dos credores, tudo consoante os arts. 47 e 75 da Lei nº 11101/2005.

⁶ Enunciado 723 do FPPC: No julgamento de casos repetitivos e incidente de assunção de competência, o relator proferirá decisão de saneamento e organização do processo, depois da admissão ou da afetação, na qual, entre outras providências: (i) identificará o(s) grupo(s) titular(es) dos direitos materiais litigiosos; (ii) certificará a legitimidade e a representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento; (iii) controlará e organizará a intervenção dos interessados, definindo, em especial, os seus poderes e prazos; (iv) designará a(s) audiência(s) pública(s); (v) expedirá comunicações a outros interessados que possam contribuir com o debate. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fppc-2022-1.pdf>. Acesso em: 27/04/2022.

de julgamento, momento em que será fixada a tese jurídica vinculante (TEMER, 2020a, p. 105), com o eventual estabelecimento de precedente para as causas semelhantes vindouras.

O saneamento incidental confere forte carga gerencial ao relator. O magistrado deverá velar por uma participação subjetivamente ampliada, que propiciará a legitimidade do precedente vinculante que exsurge no contexto do IRDR (CÂMARA, 2018, p. 182; 224-225), e ainda espantará, por completo, quaisquer alegações e críticas referentes a eventual déficit garantístico no aludido procedimento incidental.

Analisemos, pois, os principais passos do relator na gestão da organização e da instrução do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2.1. A decisão de suspensão dos processos

É de grande relevância a decisão do relator do IRDR, referente à suspensão dos processos individuais ou coletivos em tramitação no Estado ou na região, que versem sobre o objeto do incidente (art. 982, I, CPC).

Indaga-se, preambularmente, se a suspensão processual afigura-se como etapa obrigatória em relação ao juízo positivo de admissibilidade do IRDR. Ravi Peixoto (2017, p. 1) alinha-se ao pensamento exposto no Enunciado 92 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC),⁷ segundo o qual, recebido o incidente, deverá o relator suspender os processos no Estado ou na região onde tramitar o procedimento, fazendo-se abstração sobre qualquer consideração alusiva à presença ou não dos requisitos concernentes à urgência da medida.

Marcos Cavalcanti (2016)⁸ aduz que a suspensão da tramitação dos processos pendentes repetitivos, individuais ou coletivos, consiste na principal consequência da admissão do incidente, no que é seguido por Antonio do Passo Cabral (2016, p. 1451), para quem sequer seria necessária a prolação de uma decisão específica determinando a paralisação dos processos pendentes.

Em sentido oposto, no entanto, o Enunciado nº 140 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal asseverou que “a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região prevista no art. 982, I, CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca da sua conveniência.”⁹

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de afirmar que a suspensão dos processos não é uma etapa obrigatória e automática em relação à admissibilidade do julgamento dos casos repetitivos. No REsp 1.729.593-SP, interposto em desfavor de decisão meritória proferida pelo TJSP nos autos do IRDR 0023203-35.2016.8.26.0000,

⁷ Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 13/09/2021.

⁸ E-book sem paginação. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112783414/v1/document/112785125/anchor/a-112785125>. Acesso em: 30/05/2022.

⁹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1280>. Acesso em: 13/09/2021.

consignou-se expressamente que o recebimento do recurso especial repetitivo ocorreu sem a correlata suspensão dos processos pendentes.¹⁰

Por outro lado, existem medidas judiciais alternativas em relação à suspensão processual: uma delas é a suspensão meramente parcial dos processos, tese que foi chancelada pelo Enunciado 205 do FPPC, *in verbis*: “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.”¹¹ Há julgados, em outra perspectiva, que substituem a determinação de paralisação dos processos pela fixação de uma tese provisória,¹¹ a ser observada durante o trâmite incidental.

Deferida a suspensão processual, é possível dirigir-se ao juízo onde tramita o processo paralisado, para solicitar a concessão da tutela de urgência (art. 982, § 2º, CPC).

A suspensão, em princípio, há de durar pelo prazo de um ano, contado da data em que for prolatada a decisão determinando a paralisação dos processos pendentes (art. 980, parágrafo único, CPC); admite-se, no entanto, que o relator, motivadamente, estipule um prazo menor de suspensão. Há possibilidade, outrossim, de prorrogação da suspensão processual; uma vez interpostos os recursos excepcionais, prolonga-se a paralisação dos feitos reprisados até o julgamento do recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, não sendo necessário, contudo, aguardar o trânsito em julgado. Tal entendimento já foi expressamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça,¹² e decorre de uma leitura conjugada do art. 980, parágrafo único, do CPC (que trata do prazo de suspensão anual) com o art. 987, § 1º, do mesmo *Codex* (que impõe efeito suspensivo automático ao RE/Resp interposto em desfavor da decisão que julgar o mérito do IRDR).

Debates acalorados são travados para saber se o prazo prescricional corre durante a suspensão dos processos. O CPC não tratou do assunto, o que levou Marcos Cavalcanti (2016)¹³ à conclusão de que a prescrição flui mesmo durante o período

¹⁰ ProAfr no REsp nº 1.729.593-SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Acórdão julgado em 11/09/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1750362&num_registro=201800572039&data=20180918&peticao_numero=20180011204& Acesso em: 03/03/2022.

¹¹ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adotou a solução salomônica nos autos do IRDR nº 1.0000.16.058664-01006, instaurado para discutir o cabimento ou não de agravo de instrumento para atacar decisões interlocutórias proferidas no seio das falências e das recuperações judiciais. O relator incidental não suspendeu os processos alusivos a tal temática, porém concedeu tutela de urgência, proibindo o não conhecimento do recurso, até que sobrevesse o desfecho do IRDR. O acórdão foi julgado pela 1ª Seção Cível do TJMG em 23/11/2017, rel. Des. Albergaria Costa. O andamento do IRDR em apreço pode ser encontrado em: www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/consulta__nugep.jsp, acesso em: 04/03/2022. O incidente foi posteriormente julgado como prejudicado, em face da superveniência do Tema 1022 do STJ, que tratava do mesmo assunto (agravos de instrumento em desfavor de decisões interlocutórias proferidas no âmbito falimentar ou recuperacional).

¹² REsp 1.869.867/SC, rel. Min. OG Fernandes. Acórdão julgado pela 2ª Turma do STJ em 20/04/2021. Disponível na página: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000796209&dt_publicacao=03/05/2021. Acesso em: 04/03/2022.

¹³ *E-book* sem paginação. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112783414/v1/document/112785074/anchor/a-112785074>. Acesso em: 30/05/2022.

de suspensão processual. O renomado autor traz à memória a não aprovação do substitutivo da Câmara dos Deputados que tratava expressamente sobre a suspensão prescricional em tais casos. Cavalcanti aduz, em seguida, que a suspensão dos prazos prescricionais faria sentido se o IRDR tivesse caráter preventivo, o que não é o caso, visto que o incidente assume nítida feição repressiva, vale dizer, somente pode ser instaurado quando verificada a reprodução massificada de questões jurídicas, pondo em risco a isonomia e a segurança jurídica.

Em outro giro, Sofia Temer, acertadamente, posiciona-se pela necessidade de suspensão do prazo prescricional, durante o tempo em que os processos pendentes estejam paralisados (2020, p. 144). Ela lamenta a não inclusão do já mencionado substitutivo na versão final do Código de Processo Civil, fato que não pode, entretantes, prejudicar os interesses dos diversos atores processuais cujas lides tenham sido suspensas. O entendimento de Temer (2021, p. 144) encontra respaldo no Enunciado 452 do FPPC, segundo o qual “durante a suspensão do processo prevista no art. 982 não corre o prazo de prescrição intercorrente”.

A suspensão processual, que ordinariamente será feita apenas nos limites territoriais da competência do órgão julgador, pode alcançar proporções nacionais. Para tanto, basta que as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, solicitem ao tribunal superior que determine a paralisação de todos os processos individuais ou coletivos pendentes, e que tratem do tema deduzido no IRDR (art. 982, § 3º, CPC).

O pedido deverá ser dirigido ao presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça,¹⁴ nos termos dos arts. 1029, § 4º, do CPC, c/c o art. 271-A, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Podem solicitar a suspensão nacional tanto as partes dos processos abrangidos pela competência do órgão julgador do IRDR (e que, em princípio, serão atingidas pelos efeitos do julgamento incidental), como, outrossim, as partes cujos processos tramitem em outros Estados ou regiões (art. 982, § 4º, do CPC). Os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas de outros Estados ou regiões são igualmente legitimados para a solicitação da suspensão nacional. Assim sendo, *v.g.*, o *Parquet* paulista está munido de pertinência para requerer a suspensão nacional dos processos, por conta da discussão de uma questão jurídica no bojo de um IRDR em curso no Estado de Minas Gerais.

A ordem para a paralisação dos processos pressupõe a necessidade de garantia da segurança jurídica (art. 982, § 3º, CPC) ou a preservação de excepcional interesse social (art. 1029, § 4º, CPC; art. 271-A, *caput*, RISTJ), entendendo-se o último, como tal, o exame das consequências que uma decisão do STJ acarretará para a sociedade. (PEIXOTO, 2017, p. 2)

A suspensão – nacional ou regional; integral ou parcial – deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, § 1º, CPC), que, em seguida, enviarão

¹⁴ O Presidente do STJ, por meio da Portaria STG/G nº 98/21, delegou ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes a competência para decidir as suspensões em IRDR deflagradas junto ao Tribunal da Cidadania. (PEIXOTO, 2017, p. 1)

esforços para intimar as partes dos processos pendentes a serem paralisados. Por outro ângulo, a notificação adequada permitirá que as partes solicitem a distinção de casos (*distinguishing*) em seus processos individuais ou coletivos. Os intervenientes poderão indicar notas dissonantes, exatamente para afastar a aplicação do precedente ao caso concreto; aduzirão, para tanto, que a tese vinculante não deve incidir, porque inexistente plena similitude dos aspectos fáticos entre o caso-atual e o caso-precedente, tudo nos termos do art. 1037, §§ 8º a 13, CPC,¹⁵ pois, segundo o STJ, os arts. 1036 e 1037 devem ser aplicados inclusive aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, malgrado estejam topograficamente disciplinados no âmbito dos recursos excepcionais repetitivos.

Em remate, sublinha-se que a decisão de suspensão precisa ser minuciosa: nela devem ser indicados o objeto do sobrestamento, bem como os pedidos, atos e fases processuais atingidos pela ordem de paralisação (Enunciado FPPC 722).¹⁶

2.2. A escolha da causa representativa da controvérsia no IRDR

Antes de ingressarmos no tópico propriamente dito da escolha da causa representativa da controvérsia, faz-se premente sublinhar que existem basicamente três posicionamentos referentes aos limites da cognição e da decisão incidental. Passemos rapidamente por cada um.

Alexandre Câmara (2016, p. 482), Fredie Didier e Carneiro da Cunha (2019, p. 718-721), fiéis à literalidade do art. 978, parágrafo único, CPC, advogam a tese de que o órgão colegiado fixa a tese jurídica vinculante e, logo após, julga a causa, transformando o procedimento em uma “causa-piloto”. Aluísio Mendes (2017, p. 107) e Sofia Temer (2020a, p. 71; 85-91; 93), em contrapartida, concebem o instituto como um procedimento-modelo, destinado unicamente à fixação de um precedente obrigatório nos limites da competência do tribunal julgador. Para esses últimos, a causa, propriamente dita, é solucionada pelo juiz natural da demanda.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o grande ideólogo do IRDR (TEMER, 2020a, p. 94-95), sustenta posição intermediária: caso o incidente tenha surgido a partir de um processo ainda em trâmite no primeiro grau de jurisdição, daí o tribunal se restringe a estabelecer o padrão vinculante quanto à questão jurídica, com a posterior determinação de retorno dos autos ao órgão *a quo*, para solução da demanda; se a gênese do incidente for uma causa em curso no segundo grau de jurisdição, aí sim o tribunal fixará a tese e resolverá o processo subjetivo: o parágrafo único do art. 978 traz regra de prevenção aplicada apenas para os processos tramitando nos tribunais. (CARNEIRO, 2021, p. 133)

¹⁵ Acórdão julgado pela 3ª Turma do STJ em 10/12/2019, rel. Min. Nancy Andrighi e publicado no DJe de 13/12/2019. Visualizado em 24/11/2021, na página https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902164745&dt_publicacao=13/12/2019.

¹⁶ Enunciado disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fppc-2022-1.pdf>. Acesso em: 07/04/2022.

Em qualquer hipótese, contudo, o fato é que a escolha da causa representativa da controvérsia afigura-se como essencial para o bom deslinde do procedimento. Uma seleção adequada do caso – ainda que não seja para julgá-lo – acarretará impacto positivo na construção de um precedente de boa qualidade, sobretudo porque evitará que o padrão decisório vinculante seja objeto de sucessivas distinções, o que serviria apenas para levar a uma prematura superação.

Feitos os esclarecimentos, passemos ao exame da escolha da causa representativa da controvérsia.

A decisão do relator que seleciona a causa representativa da controvérsia é chamada de afetação (CABRAL, 2014, p. 204). Os dispositivos essenciais referentes à afetação são os arts. 1036 e 1037, CPC, que se aplicam ao IRDR, consoante acima consignado. Nesse contexto, o art. 1036, § 6º, do CPC, aproveita o ensejo para fixar o primeiro critério de corte para a escolha do caso paradigmático. Se não, vejamos: “Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Por conta do precitado art. 1036, § 6º, deve o magistrado se empenhar para colher processos revestidos de bons e variados argumentos, nos quais estejam presentes atributos como clareza, coesão e logicidade. Não de ser evitados processos contendo restrição à produção de prova – como é o caso, por exemplo, do “mandado de segurança”, *ex vi* do art. 5º, LXIX, CRFB/88, c/c o art. 1º, *caput*, Lei nº 12016/2009 –, ou aqueles para os quais incida limitação à cognição judicial – o que se dá com as desapropriações, por força dos arts. 9º e 20 do DL nº 3365/41. A cautela também recomenda o afastamento de feitos com sentenças mal fundamentadas, sobretudo quando os atos decisórios tenham sido prolatados sem o enfrentamento dos argumentos expendidos pelas partes.

Do ponto de vista subjetivo, incumbe ao relator velar para afastar os efeitos deletérios do “déficit de contraditório”, que é uma pecha por vezes atribuída ao IRDR. Causas marcadas por um contraditório ampliado e participativo são excelentes escolhas; tal situação ocorre quando há intervenção de terceiros, litisconsórcio, ou, ainda, nas hipóteses em que o Ministério Público intervenha como *custos juris*. Acresçam-se, ademais, as demandas enriquecidas com a intervenção do *amicus curiae* ou julgadas após a realização de audiência pública.

Em havendo concorrência entre ações individuais e coletivas versando sobre a questão repetitiva, certamente que as demandas transindividuais gozarão de preferência no critério de desempate para fins de escolha da causa-piloto, mormente porque o substituto processual recebeu do legislador uma autorização para se pronunciar em nome da coletividade.¹⁷ (CABRAL, 2014, p. 209-211) Por outro lado, em existindo diversas ações coletivas, preferem-se aquelas movidas pelo *Parquet* e pela

¹⁷ Nesse sentido, vide o Enunciado 615 do FPPC: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fppc-2022-1.pdf>. Acesso em: 27/04/2022.

Defensoria Pública, visto que são órgãos públicos e independentes, cujas atribuições fundamentais repousam em normas constitucionais.

Em suma: recomenda-se ao relator precaução no momento em que selecionar o(s) caso(s) paradigmático(s). A(s) demanda(s) escolhida(s) precisa(m) demonstrar um amplo e aperfeiçoado debate em volta da questão controvertida, vale dizer, ela(s) deve(m) espelhar uma representatividade qualitativa e quantitativa acerca da tese debatida (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 135).

A ilustração a seguir demonstra como uma seleção afoita pode inviabilizar a imparcialidade do precedente construído no seio do microsistema dos casos repetitivos. Vejamos.

A Supervia S.A. interpôs recursos especiais em desfavor de sentenças que a condenaram a realizar obras de acessibilidade nas estações ferroviárias fluminenses. Em seguida, o Tribunal de Justiça afetou alguns dos recursos manejados pela concessionária, provocando irrisignação do *Parquet* estadual,¹⁸ o qual alegou, em suma, que não foram observados os argumentos dos deficientes físicos, e nem tampouco analisadas as ponderações levantadas nos recursos interpostos pelo Ministério Público. O Ministro Mauro Campbell resolveu acolher o pleito ministerial,¹⁹ e determinou a desafetação dos recursos.

Como se pode perceber, uma escolha que não represente toda a abrangência da tese debatida compromete o esforço para a construção de um precedente de qualidade, entendido como tal aquele que tenha sido arquitetado em um ambiente de participação isonômica dos interessados, e que ponha fim (ou pelo menos diminua) a litigância reprisada em torno da questão controvertida debatida.

2.3. A atuação do Ministério Público no IRDR

Digno de registro foi o papel concedido ao Ministério Público na deflagração e na condução dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. O *Parquet* possui ampla legitimidade para requerer a instauração do IRDR, por intermédio de um pedido a ser dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal (art. 977, III, CPC).

Caso não seja o requerente, deverá o Ministério Público intervir obrigatoriamente no procedimento, na esteira da dicção explícita do art. 976, § 2º, CPC. Incumbe ao *Parquet* atuar em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas, ainda que decorrentes de causas individuais nas quais, em princípio, não haveria a intervenção ministerial (art. 976, § 2º, CPC). Ou seja: não há falar-se em pertinência

¹⁸ O requerimento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi elaborado pelos seguintes Procuradores de Justiça: Ana Paula Baptista Villa, Inês da Matta Andreiullo e Pedro Elias Erthal Sanglard. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/petio_mp_resp_1939190.pdf. Acesso em: 27/04/2022.

¹⁹ Decisão prolatada pelo Ministro Mauro Campbell Marques em 08/02/2022, nos autos do REsp 1939190-RJ. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/recurso_especial_n_1939190.pdf. Acesso em: 27/04/2022.

temática para a atuação ministerial em sede de IRDR, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente.

A afirmação de que o *Parquet* deve intervir obrigatoriamente em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas assume particular relevância diante da constatação de que o tema “servidores públicos” tem ocupado lugar de destaque como objeto dos incidentes ora estudados.²⁰ De uma maneira geral, lides individuais envolvendo esse assunto não atraem a intervenção ministerial, nos termos do art. 178, parágrafo único, CPC, segundo o qual a mera participação fazendária não configura, *de per si*, hipótese de atuação do Ministério Público. O art. 178, parágrafo único, CPC, todavia, funciona como norma dirigida exclusivamente aos processos individuais em desfavor da fazenda pública. A dimensão massificada das lides repetitivas faz surgir um interesse público, o que justifica a intervenção do *Parquet* em todo e qualquer IRDR.

A ampla intervenção ministerial encontra escudo no fato de que o Ministério Público, na qualidade de defensor da ordem jurídica, deve ser o primeiro a velar pela uniformidade de aplicação do sistema normativo, ou seja, incumbe ao *Parquet* fiscalizar o princípio da isonomia diante das decisões judiciais (*to treat like cases alike*).

Ademais, o *Parquet* também é o responsável por fiscalizar e promover a “paridade de armas” durante a condução do incidente. Sabe-se, por regra de experiência comum, e também por dados estatísticos, que diversas lides repetitivas apresentam, de um lado, empresas poderosas, instituições financeiras, a própria fazenda pública, além de outras entidades que litigam habitualmente (ou seja, “*repeat players*”), tendo como adversárias partes vulneráveis e muitas vezes hipossuficientes (também chamadas de “*one-shotter players*”). Em tais casos, os interessados estão em nítida situação de desigualdade, visto que os litigantes habituais encontram-se muito mais bem equipados para participarem do contraditório qualificado que antecederá a formação do precedente vinculante. (GALANTER *apud* ASPERTI, 2017, p. 239)

Consequentemente, caso não haja uma efetiva intervenção do Ministério Público, corre-se o sério risco de que o microsistema dos recursos repetitivos seja um instrumento nas mãos dos “*repeat players*”, frustrando, por isso mesmo, o acesso à justiça dos litigantes meramente ocasionais.

A participação efetiva do Ministério Público nos incidentes repetitivos garante a marca da paridade no contraditório, permitindo que efetivamente sejam levados à discussão e sopesados os argumentos expendidos pelos litigantes habituais e pelos litigantes eventuais. O *Parquet* atua promovendo a igualdade de oportunidades aos interessados, a fim de que todos, isonomicamente, possam influenciar na formação

²⁰ O Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e de Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça, versão 2018, mostrou que “servidores públicos” foi o tema mais corriqueiro em sede de IRDR. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>. Acesso em: 17/11/2021. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), apurou-se que doze dos vinte e um incidentes já instaurados também dizem respeito à questão dos servidores públicos, o que corresponde, aproximadamente, a sessenta por cento dos procedimentos incidentais já examinados. Dados disponíveis na página: <http://www4.tjrj.jus.br/precedentes/ConsultarPrecedentes.aspx>. Acesso em: 17/11/2021.

do provimento jurisdicional final (ou seja, na formação do precedente), ao mesmo tempo em que garante a equidistância do magistrado. Em termos mais precisos: o Ministério Público permite a efetividade do contraditório no IRDR, tutelando a paridade de armas (art. 7º, CPC), e velando para que os envolvidos exerçam o direito de influenciar a decisão jurisdicional.

Concretamente falando, deve o Ministério Público se manifestar antes mesmo da admissibilidade incidental. Caso o incidente suscitado por um particular apresente deficiências (*e.g.*, o postulante não indicou número suficiente de processos nos quais tenha sido ventilada a questão jurídica controvertida), cabe ao *Parquet*, se possível, regularizar o pedido, ou então solicitar a intimação do requerente, a fim de que ele emende o seu requerimento.

Pode a instituição, já em sua primeira manifestação, indicar se existem demandas transindividuais versando sobre a questão deduzida no IRDR, uma vez que as ações coletivas (*lato sensu*) ostentam primazia na afetação (cf. *supra*, nº 2.2). Situações específicas envolvendo o tema controvertido também devem ser sublinhadas pelo Ministério Público: por exemplo, se o IRDR envolver discussão sobre um contrato bancário, é imprescindível que se apresentem à afetação causas envolvendo interesses de incapazes e de idosos em situação de risco, a fim de que as circunstâncias particularizantes sejam levadas em consideração quando da confecção da tese jurídica vinculante.

No caso de desistência ou abandono, deverá o Ministério Público assumir a titularidade do IRDR (art. 976, § 2º, *in fine*, CPC). O *Parquet* prosseguirá com o incidente, mas não será obrigado a manter a linha argumentativa do requerente originário do IRDR. A independência funcional do representante do Ministério Público não foi, de modo algum, excepcionada. Sendo assim, o procurador de justiça ou o procurador da república, conforme o caso, pode inclusive pugnar pela inadmissibilidade ou pela rejeição do procedimento.

Julgado o incidente, permite-se ao *Parquet* lançar mão da reclamação,²¹ para garantir a observância do acórdão proferido em sede de IRDR (art. 988, *caput*, e inciso IV, CPC); se não tiver provocado a reclamação, deve nela obrigatoriamente intervir (art. 991 do CPC).

Reveste-se a instituição de ampla legitimidade para interpor os recursos especial e extraordinário em face do julgamento do mérito do IRDR (art. 987, *caput*). E o interesse recursal persiste, ainda que a tese ministerial tenha sido acolhida pelo tribunal no momento da resolução do incidente. Nesse caso, o objetivo do Ministério Público é o de estender a tese jurídica a nível nacional, coroando, assim, a sua função de fiscalizador da unidade da aplicação do ordenamento jurídico. Os

²¹ O Superior Tribunal de Justiça, nos autos da reclamação nº 36.476/SP, afastou a reclamação no âmbito dos recursos especiais repetitivos, mas a preservou para fins de controle das teses fixadas no IRDR. Acórdão julgado em 05/02/2020, rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1855286&tipo=0&nreg=201802337088&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200306&formato=PDF>. Acesso em: 24/07/2021

recursos excepcionais, *in casu*, seriam muito semelhantes a um requerimento de alargamento nacional da tese vinculante, visto que não teriam como pressuposto a prévia sucumbência ministerial (TEMER, 2020a, p. 285-286).²² Esse “requerimento” guardaria similitude, outrossim, com o pedido de suspensão nacional dos processos individuais e coletivos referentes a questão objeto do IRDR (art. 982, § 3º, CPC), cuja legitimidade também foi entregue ao *Parquet*.

Por fim, para evitar o engessamento do direito, caso circunstâncias supervenientes recomendem a superação total ou parcial do padrão decisório vinculante, poderá o Ministério Público requerer a revisão de tese, nos termos do art. 986, CPC.

Em remate: como *custos juris* – ou, particularizando o discurso, na qualidade de *promotor e fiscal da unidade do ordenamento jurídico* (ABREU, 2022, p. 300) –, incumbe ao Ministério Público intervir em todos os incidentes, velando para que o universo de participantes tenha oportunidades iguais para exercerem influência na formação do padrão decisório vinculante emergente do IRDR.

2.4. A participação da Defensoria Pública no IRDR

A vulnerabilidade dos demandantes não habituais é um sintoma patológico constitutivo da litigância repetitiva de massa. Onde quer que existam lides reprisadas, ali estará presente a vulnerabilidade, que se expressa, obviamente, em diversos graus e espécies.

Litigantes habituais e demandantes ocasionais não lutam em pé de igualdade na arena processual. Portanto, consciente dessa situação – que se acentua nas lides repetitivas –, optou o legislador por conferir ampla atuação à Defensoria Pública nos incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 977, III, CPC/15).

Longe ficou o legislador, contudo, de aproximar as atribuições da Defensoria Pública àquelas exercidas pelo Ministério Público: o *Parquet* atua nos incidentes sobretudo para fiscalizar a participação isonômica dos interessados e para promover a unidade de aplicação do ordenamento jurídico (ou seja: ao Ministério Público incumbe velar para que haja concretude do princípio segundo o qual os casos semelhantes precisam receber a mesma resposta judicial); a Defensoria Pública, por outro lado, foi levantada como porta-voz dos interesses e dos direitos dos necessitados, exatamente porque sua vocação constitucional repousa na defesa judicial e extrajudicial de toda a sorte de vulneráveis (arts. 134 c/c o art. 5º, LXXIV, CRFB/88), entendidos como tais as pessoas ou grupos que, de modo episódico ou não, deparam-se com barreiras sociais, econômicas, jurídicas, técnicas e até mesmo organizacionais para defender os seus interesses em juízo ou fora dele.²³

²² Recentemente, o STF admitiu a existência de interesse recursal do vencedor na interposição do recurso extraordinário, com a finalidade de estender a tese jurídica vinculante, outrora fixada em sede de IRDR, a todo o território nacional. O posicionamento foi exposto no tema 1141, exarado no contexto da Repercussão Geral no ARE 1307386 RG/RS. Acórdão julgado em 06/05/2021, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346644500&ext=.pdf>. Acesso em: 21/07/2021.

²³ O art. 4º, XI, LC nº 80/94, inclui a defesa dos grupos sociais vulneráveis como uma das funções institucionais da Defensoria Pública.

A premissa sobre a qual se formula a hipótese de que a Defensoria Pública deve atuar amplamente no IRDR repousa na assertiva de que o contraditório alargado e a participação democrática são elementos imprescindíveis à garantia da legitimidade de uma tese jurídica obrigatória e vinculante. (CÂMARA, 2018, p. 179) Sem uma participação subjetivamente ampliada, seguida igualmente de uma deliberação especial e qualificada dos órgãos colegiados competentes, não há que se falar em um precedente obrigatório legitimamente estabelecido. (CÂMARA, 2018, p. 182)

A Defensoria Pública tem uma legitimidade autônoma para atuar nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, justamente para garantir a manifestação dos vulneráveis, ordinariamente encontrados nas lides replicadas de massa. Aliás, é difícil inclusive imaginar um litígio massificado no qual não esteja configurada a vulnerabilidade dos “demandantes eventuais”, ainda que seja uma suscetibilidade meramente organizativa. Incumbe à instituição em foco, portanto, tecer e costurar a frágil rede de ligação dos litigantes não habituais, que, as mais das vezes, são tão desordenados, que sequer podem se unir para contratar um advogado que lhes defenda especificamente em tão importante procedimento como o do IRDR.

Ademais, a atividade ordinariamente exercida pela Defensoria Pública é direcionada ao atendimento da população necessitada e vulnerável, função que, na prática, acaba ostentando uma tonalidade repetitiva. A instituição tem contato direto com as lides reprisadas, razão pela qual a *expertise* acumulada será muito bem-vinda para a construção das teses vinculantes nas lides massificadas.

Em suma: a participação da Defensoria Pública amplia e democratiza o debate, concede maior legitimidade ao precedente firmado no IRDR, sem embargo de impedir concretamente que apenas os litigantes habituais exerçam influência sobre a consolidação do padrão decisório de observância cogente.

2.5. A participação do *amicus curiae* no IRDR

A pessoa natural, jurídica ou mesmo o órgão sem personalidade jurídica que ingressa em uma relação processual, voluntariamente, a pedido das partes ou do magistrado, a fim de colaborar com o juízo, é conhecida como *amicus curiae*.

No caso específico dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, intervêm os *amici curiae* na perspectiva de garantirem uma tese jurídica favorável aos interesses que sustentam. (TEMER, 2020b, p. 254) Não existe necessidade, portanto, de que os amigos da corte sejam imparciais (CARNEIRO, 2016, p. 244): o art. 138, CPC, ao tratar dos requisitos objetivos e subjetivos admissionais, não tratou em momento algum da imparcialidade.

Objetivamente falando, os processos que podem ensejar a participação do *amicus curiae* são aqueles que apresentem (i) relevância da matéria, (ii) especificidade do tema objeto da demanda e (iii) repercussão social da controvérsia. Tais requisitos são alternativos. (Cf. Enunciado FPPC 395: CARNEIRO, 2016, p. 243)

Do ponto de vista subjetivo, podem ser “amigos da corte” as pessoas naturais, as pessoas jurídicas e mesmo órgãos ou entidades despidos de personalidade jurídica, (nas palavras do art. 983, CPC: “O relator ouvirá (...) pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia). No entanto, exige-se de cada “amigo da corte” representatividade adequada, nos termos do art. 138, CPC.

A representatividade adequada a que se refere o art. 138, CPC, não é um atributo equivalente àquele exigido para as *class actions*, por meio do qual o juízo analisa se a parte tem condições – inclusive técnicas – para defender os interesses transindividuais em juízo. Na verdade, a representatividade adequada alusiva à participação dos *amici curiae* diz respeito à utilidade e ao incremento que a intervenção do amigo produzirá em um determinado processo. Nessa cadência, Eduardo Talamini (*apud* TEMER, 2020b, p. 237) fala em “contributividade adequada”.

A representatividade adequada do art. 138, CPC, remete, outrossim, a um obrigatório exame da pertinência temática entre a questão discutida nos autos processuais e o objetivo perseguido pela pessoa, órgão ou entidade aspirante à função de *amicus curiae*. A título ilustrativo, cita-se o IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000 (Tema nº 02),²⁴ no qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro indeferiu a participação da “Coligação dos Policiais Civis”, por falta de pertinência temática, na medida em que o procedimento incidental dizia respeito a questões concernentes a gratificações estipendiais concedidas exclusivamente a policiais militares.

Dessa forma, uma vez examinados os requisitos objetivos e subjetivos indicados no art. 138, CPC, faz-se premente que o julgador também fique bem atento para não permitir que o instituto do *amicus curiae* seja mais uma manobra dos litigantes habituais, a fim de que os precedentes sejam confeccionados sempre em seu favor, deixando à míngua os litigantes eventuais. A inexistência de uma balança equitativa entre os *amici curiae* nos recursos excepcionais repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas pode ser devastadora para o equilíbrio do contraditório, na medida em que apenas os “amigos” dos litigantes habituais exercerão influência sobre a formação do padrão decisório vinculante. Ou seja: se apenas os *amici curiae* dos *repeat players* participarem (CÂMARA, 2022, p. 228), não haverá que se falar em igualdade de armas dentro do processo.

De acordo com os argumentos enumerados, torna-se indispensável que o Judiciário (e o Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica) sempre verifique se existe equivalência entre os *amici curiae* que atuarão em um procedimento destinado à gestão e julgamento de causas reprisadas. Caso o equilíbrio esteja comprometido, é possível que o relator convoque amigos da corte que sustentem pontos de vista diversos daqueles que foram trazidos aos autos pelos *amici curiae* já habilitados nos autos. Nesse sentido, o Enunciado FPCC 659 foi preciso, *in verbis*: “O relator do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência

²⁴ Decisão monocrática do Desembargador Sérgio Ricardo Arruda Fernandes, prolatada em 17/10/2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004638A21686D543A74818ECA46E04E5F4AC505454D4A3A&USER=>. Acesso em: 12/05/2022.

tem o dever de zelar pelo equilíbrio do contraditório, por exemplo solicitando a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista."²⁵

Uma vez admitida a intervenção, incumbirá ao relator disciplinar os poderes que o *amicus curiae* exercerá no caso concreto (art. 138, § 2º, c/c art. 983, *caput*, CPC). O amigo da corte pode fazer a sustentação oral no julgamento do incidente, de acordo com os termos do provimento monocrático do relator, e desde que faça inscrição com dois dias de antecedência (art. 984, II, b, CPC). Todavia, o amigo da corte não precisa de autorização judicial para opor embargos declaratórios, e tampouco para recorrer do julgamento do IRDR: tais atribuições são automáticas, pois lhe foram garantidas *ex vi* do art. 138, *caput*, e § 3º do CPC. (CARNEIRO, 2016, p. 245)

A decisão que defere a participação dos *amici curiae* é irrecorrível, nos termos precisos do art. 138, *caput*, CPC. Não há consenso, contudo, acerca do provimento que rejeita a intervenção do amigo da corte: Alexandre Freitas Câmara (2022, p. 229) e Didier Jr. (2019, p. 613) sustentam que a decisão é sujeita ao agravo de instrumento, visto que a hipótese configura um exemplo perfeito de inadmissão de intervenção de terceiros (art. 1015, IX, 2ª parte, CPC). Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2016, p. 243) advoga tese oposta: para o preclaro catedrático, são irrecorríveis os provimentos de admissão ou inadmissão dos amigos da corte, pois, consoante ressaltado pelo STF e pelo STJ, tais personagens não gozam de um direito subjetivo à participação no feito; a habilitação do *amicus curiae* consiste em uma faculdade discricionária do magistrado.²⁶

Acabamos de ver quão importante e salutar é a intervenção do *amicus curiae* no seio dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Trata-se de instituto imbuído de forte viés democrático e participativo: afinal de contas, a participação do amigo da corte permite a pluralização do debate em torno da questão jurídica deduzida nos autos de um IRDR. A presença do *amicus curiae* deve ser estimulada e, se possível, faz-se mister que haja ao menos um amigo para representar cada interesse conflitante discutido nos procedimentos incidentais sob exame.

2.6. A participação dos sujeitos das causas não afetadas ao IRDR

A participação dos sujeitos cujas causas não foram selecionadas como representativas da controvérsia representa a nota de tensão mais difícil de ser equacionada no âmbito do estudo dogmático dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

²⁵ Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 13/05/2022.

²⁶ O entendimento de que o deferimento do ingresso do *amicus curiae* fica a cargo do poder discricionário do julgador foi mencionado nos autos da Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 71 – TO (SIRDR nº 71), rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. O STJ aproveitou o ensejo para enfatizar que a Suprema Corte perfiha idêntico posicionamento. Decisão disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=129377819&tipo_documento=documento&num_registro=202002767522&data=20210628&. Acesso em: 16/05/2022.

Marcos Cavalcanti (2016)²⁷ sustenta que a decisão incidental somente poderia ser aplicada em desfavor dos ausentes, caso lhes fosse garantido um representante adequado e um contraditório mínimo no seio do IRDR. Marinoni (2019),²⁸ na mesma trilha ideológica, afirma que apenas uma representação adequada dos ausentes pode salvar o IRDR de uma inconstitucionalidade decorrente da vulneração dos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Não há, contudo, razão para tamanha preocupação. O sistema do CPC/15 estabeleceu mecanismos que permitem a representação e a participação regrada dos sujeitos ausentes. Os seus interesses serão sopesados e levados em consideração durante todo o procedimento. O próprio legislador fez a harmonização entre a célere necessidade de estabelecimento de um precedente vinculante, com a garantia da efetivação do contraditório para os *absent members*.

Nesse sentido, a disciplina normativa do IRDR concede enfoque especial aos sujeitos ausentes em pelo menos duas passagens, a saber, no art. 983, *caput*, e no art. 984, II, “b”, CPC. Os *absent members*, na dicção do legislador, compreendem os “demais interessados”, que abrangem o conjunto universal daqueles que possam sofrer os efeitos da decisão incidental, tenham sido ou não suspensos os seus respectivos processos. (CARNEIRO, 2016, p. 248)

Os “sujeitos não eleitos” deverão ser intimados pelo relator para se manifestarem no prazo de quinze dias (art. 983, *caput*, CPC), ocasião em que poderão juntar documentos, aditar argumentos, e eventualmente até pugnar pela realização de diligências indispensáveis à elucidação da controvérsia discutida no IRDR.

Os *absent members* terão espaço para a realização de sustentação oral na data aprazada para o julgamento do incidente (art. 984, II, “b”, CPC). Poderão igualmente interpor os recursos excepcionais contra o acórdão que julgar o IRDR (TEMER, 2020b, p. 356). De fato, não lhes é garantido um protagonismo na condução do incidente, prêmio conferido exclusivamente àqueles cujas causas foram selecionadas como representativas da controvérsia (CABRAL, 2016, p. 1455); nada obstante, não se pode dizer que o contraditório lhes foi obstaculizado.

Expurgada a ideia de que os não eleitos ficam completamente alijados do debate realizado no IRDR, resta saber em que medida lhes será garantido o direito de exercerem influência e convencimento na prolação da decisão incidental. Nesse sentido, existe uma visão universalizante da participação dos sujeitos ausentes, que prega e promete uma ampla e irrestrita possibilidade de participação dos não escolhidos no IRDR (SILVA *apud* TEMER, 2020a, p. 198), em contraste com um posicionamento mais ortodoxo, que não franqueia o incidente a todos os sujeitos ausentes.

²⁷ E-book sem paginação. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112783414/v1/document/112785193/anchor/a-112785193>. Acesso em: 01/06/2022.

²⁸ E-book sem paginação. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/115238527/v2/page/RB-1.16>. Acesso em: 01/06/2022.

Alexandre Câmara (2022, p. 829), por exemplo, não vende a ideia de que é possível uma participação direta, pessoal e irrestrita de todos os sujeitos ausentes; na verdade, Câmara defende como inegociável tão somente o fato que todos os interesses em jogo estejam devidamente representados no incidente. Isso não significa, em absoluto, que qualquer parte tenha o direito subjetivo ao ingresso no procedimento do IRDR: uma intervenção tão ampla transformaria o procedimento em um palco para a litigância multitudinária, o que causaria sérios e incontornáveis riscos para a efetividade e celeridade da tutela que se pretende obter com o julgamento dos casos repetitivos. (DIDIER JR.; ZANETI JR.; ALVES, 2020, p. 148)

A constatação da impossibilidade de se garantir aos *absent members* um direito pleno a um “dia na corte” inspirou Sofia Temer (2020b, p. 325) a desenvolver o conceito de intervenção limitada dos sujeitos sobrestados no contexto do IRDR. Eles são potencialmente intervenientes (2020a, p. 200), porém o ingresso concreto no incidente dependerá da contribuição argumentativa que o habilitante tenha para oferecer ao IRDR.

A exigência do requisito da novidade de argumentos guardaria comparação paralela com o pressuposto da representatividade adequada dos *amici curiae*, que, como já se analisou, diz mais respeito à contributividade adequada (TALAMINI *apud* TEMER, 2020b, p. 237) do que propriamente a uma *adequacy of representation*, tipicamente pertinente às *class actions* estadunidenses (cf. *supra*, nº 2.5).

A análise concreta da novidade de argumentos do pretenso habilitante será aferida, obviamente, de acordo com as manifestações anteriores já apresentadas ao IRDR. (TEMER, 2020a, p. 201) O exame do pedido de ingresso de um sujeito ausente deverá ser efetuado casuisticamente e de acordo com o arsenal argumentativo existente no incidente: sem novidade argumentativa, desaparece a utilidade e a necessidade da intervenção do sujeito sobrestado. (DIDIER JR.; ZANETI JR.; ALVES, 2020, p. 149)

Em resumo, existe um espaço para a participação dos sujeitos sobrestados que tenham alguma novidade para acrescentar ao IRDR, donde se infere que são inconsistentes as alegações concernentes ao déficit representativo no procedimento.

2.7. A audiência pública

Por ocasião da decisão de organização e instrução do procedimento, o relator poderá designar uma audiência pública para instrução do incidente, nos termos do art. 983, § 1º, do CPC.

A audiência pública consiste em um instrumento da democracia participativa e deliberativa, que proporciona a participação da comunidade em procedimentos marcados pela forte presença de interesse público. (CABRAL, 2008, p. 1) Os princípios básicos da audiência pública são a oficialidade, a publicidade e o compartilhamento de *expertise*.

Não existe necessidade de que seja designada audiência pública em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas (CÂMARA, 2018, p. 777); contudo, “o relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas”. (Enunciado FPPC 175)²⁹

Participam da audiência pública, nos termos do art. 983, § 1º, CPC, as pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Trata-se, obviamente, de pessoas naturais (pois somente elas podem ser ouvidas em audiência: CÂMARA, 2018, p. 237), mas nada impede que tais pessoas falem em nome próprio, ou, então, em nome de uma pessoa jurídica.

Alexandre Câmara (2018, p. 237) possui uma visão restrita acerca da participação na audiência pública: nela não podem officiar os *amici curiae* que porventura tenham se manifestado no IRDR, as partes cujas causas foram selecionadas como representativas da controvérsia, bem como os demais interessados (que nada mais são do que as partes cujos processos poderão sofrer os efeitos da decisão vinculante emergente do IRDR). O evento é franqueado apenas a outros populares e especialistas que tenham conhecimento e experiência acerca de matéria não jurídica. (CÂMARA, 2022, p. 830)

Uma posição ampliativa, entretanto, tem tudo para gerar consequências mais frutíferas. Eventualmente, as partes das causas-piloto selecionadas, os *amici curiae*, os demais interessados, e até mesmo o Ministério Público ou a Defensoria Pública podem se fazer presentes na audiência pública. A participação de cada um desses atores vai depender, no caso concreto, da existência de algum elemento novo e útil a ser acrescido ao procedimento.

Em um IRDR que discuta, por exemplo, a responsabilidade civil de uma empresa por conta de acidente de consumo decorrente de produto alimentício exposto com prazo de validade vencido, pode ser de suma importância que o relator queira ouvir em audiência pública as agruras por que passou uma criança de tenra idade após a ingestão do bem avariado. A demanda individual do incapaz pode não ter reunido os requisitos necessários para ser selecionada como representativa da controvérsia (art. 1036, § 6º, CPC); nada obstante, o depoimento do(a) representante legal do infante em audiência pública certamente trará dados concretos bastante úteis ao deslinde do incidente, inclusive para fins de fixação de requisitos e percentuais indenizatórios diferenciados para os preditos acidentes de consumo ocorridos com menores de idade.

Ao fim e ao cabo, uma vez terminados os trabalhos da audiência pública, é de fundamental importância que seja lavrada uma ata, contendo um resumo da fala de cada personagem, bem como as conclusões extraídas do evento. Os julgadores, obviamente, podem contrariar o resultado do debate público; no entanto, são obrigados a mencionar e a enfrentar todas as ilações extraídas da audiência, na medida em que o art. 984, § 2º, CPC, exige que o acórdão trate de todos os fundamentos

²⁹ Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 20/05/2022.

suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. É possível que sejam opostos embargos de declaração, caso não sejam examinadas as conclusões decorrentes do debate público.

Em remate: a audiência pública consiste em um poderoso instrumento de que pode se valer o relator, com o objetivo de democratizar o julgamento do IRDR. Espera-se, com o passar do tempo, que os tribunais passem a lançar mão do debate público como etapa antecedente à construção do precedente vinculante no âmbito dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

3. Conclusão

Gestão adequada, cooperação e eficiência: eis a tríade responsável por uma ótima instrução e organização do incidente de resolução de demandas repetitivas. Cumpre ao relator sanear o procedimento, permitindo uma ampla (e regrada) participação de intervenientes que tenham dados relevantes para acrescentar ao debate da questão jurídica controvertida.

Por conseguinte, incumbe ao magistrado velar para que sejam realizadas diligências como a designação de audiência pública e a oitiva de importantes atores, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, os *amici curiae*, afora as partes das causas afetadas (sem embargo das partes das causas não selecionadas que tenham alguma novidade a acrescentar ao debate).

Uma conclusão salta aos olhos de qualquer estudioso dos incidentes de resolução de demandas repetitivas: estamos diante de uma obra essencialmente polifônica. A legitimidade do incidente e do precedente daí advindo relaciona-se a um contraditório aberto a diferentes perspectivas e pontos de vista. Ou, parafraseando uma célebre coletânea de Johann Sebastian Bach, o IRDR é uma “invenção a muitas vozes”.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, p. 221-242, fev./2015.

ABREU, João Carlos Mendes de. O papel do Ministério Público nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. In: FUX, Luiz; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Bruno Freire e (Orgs.). *Precedentes vinculantes no processo civil e no processo do trabalho brasileiro*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 277-304.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 196, p. 237-274, jun. 2011.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, vol. 263, p. 233-255, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, jan./1991, p. 187-197.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9868/99*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 139-164.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 111-141, out./dez. 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, vol. 32, n. 147, maio/2007, p. 123-146.

CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 13, fev./abr. 2008, p. 1-17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=255>. Acesso em: 02/06/2022.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2012. 605 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9253/1/Antonio%20Cabral%20Texto%20completo.pdf>. Acesso em: 13/06/2022.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, p. 201-223.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 56, p. 19/43, abr./jun. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giuridizione. *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*, v. 18, p. 107-117, n. 35, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1434-1472.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2022.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (Organizadores). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Vol. III Salvador: Juspodium, 2014, p. 279-311.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, vol. 215, n. 368, p. 207-232, jan./2013.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016. p. 73-115.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 243-248.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 193, mar./2011, p. 255-280.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 21ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (parecer). *Revista de Processo*, v. 300, p. 153-195, fev./2020.

DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, vol. 41, n. 258, p. 257-278, ago./2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 61, p. 129-136, jul./set. 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros do grupo no julgamento de casos repetitivos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 78, p. 135-141, out./dez. 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, p. 101-134, out./dez. 2020.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, p. 1-58, nov./1979.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 249, p. 399-419, nov./2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo civil*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão x precedente*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de assunção de competência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *O IRDR e a suspensão de processos*. Publicado em 18/07/2017. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-irdr-e-a-suspensao-de-processos-por-ravi-peixoto>. Acesso em 03/03/2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. *Manual de tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2021.

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 376-446, 1982.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.

ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. *Revista Eletrônica de Processos Coletivos*, v. 5, n. 3, jul./set. 2014, p. 1-35. Disponível em: https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro. Acesso em: 30/05/2022.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, v. 235, p. 293-349, set./2014.

ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1308-1351.

ZANETI JR., Hermes. Código de Processo Civil 2015: Ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da legalidade e o Ministério Público constitucional. In: ZANETI JR., Hermes. *Coleção Repercussões do Novo CPC - Ministério Público*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43-60, vol. 6.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015*. 1ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Mortos não são testemunha: a inadmissibilidade da prova psicografada devido à ausência de fiabilidade¹

Deceased people can't be witnesses: the inadmissibility of psychographic evidence due to its lack of reliability

Juliana Melo Dias*

Sumário

1. Introdução. 2. Por que argumentos estritamente jurídicos são insuficientes? 3. Casos brasileiros conhecidos. 4. Espiritismo é ciência? 5. A psicografia tem embasamento científico? 6. Critérios para valorar a prova psicografada. 7. Por um processo racional. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

Há pelo menos onze casos brasileiros conhecidos em que cartas psicografadas foram utilizadas como prova em processos criminais, sendo a maioria de tribunal do júri. Desde então, alguns juristas têm defendido a admissibilidade da prova psicografada, argumentando que a psicografia é um fenômeno cientificamente comprovado. Esse raciocínio, contudo, está equivocado. A ciência não comprova a psicografia e as poucas evidências apresentadas por esses juristas são frágeis. Além disso, sua argumentação ignora todos os estudos e teorias que apontam para a improbabilidade, ou mesmo a impossibilidade, de os espíritos existirem e se comunicarem conosco. Todos esses erros são discutidos neste trabalho por meio da análise crítica dos textos escritos pelos juristas mencionados e dos artigos científicos por eles citados. Ao final, defende-se que os processos judiciais devem ser pautados na racionalidade e em argumentos publicamente compartilháveis. Dessa forma, provas sem base empírica e científica não podem ser admitidas, pois carecem de fiabilidade. As cartas psicografadas pertencem ao foro íntimo de cada um e devem ser respeitadas, uma vez que a Constituição Federal assegura a liberdade de crença. Entretanto, não servem para embasar a condenação ou a absolvição de uma pessoa.

¹ Este trabalho retoma e expande as ideias defendidas em um artigo publicado no ConJur em coautoria com a Dra. Rachel Herdy. Ver Juliana Dias e Rachel Herdy (2020). Agradeço a Andre Wendriner, Catarina Bussinger e Rachel Herdy pelos comentários às versões iniciais deste artigo.

* Mestra em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (GREAT), liderado pelas Dras. Rachel Herdy e Janaina Roland Matida. Servidora do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ).

Abstract

There are at least eleven known Brazilian cases in which psychographic letters were admitted as evidence in criminal cases, most of them jury trials. Since then, some legal scholars have defended the admissibility of these messages as evidence, arguing that psychography is a scientifically proved phenomenon. However, their argumentation is misleading. There is no scientific proof for psychography, and the little evidence presented by these legal scholars is weak. Furthermore, their argumentation ignores all the investigations and theories that indicate the improbability, or even the impossibility, of spirits existing and communicating with the living ones. These mistakes will be discussed in this work through the critical assessment of the academic texts written by the aforementioned legal scholars and the scientific papers cited by them. In the end, it is argued that judicial cases should be based on reason and publicly shareable arguments. Thus, evidence without empirical and scientific basis can't be admitted, because they lack reliability. Psychographic letters belong to the intimate forum of each one and must be respected, since the Federal Constitution guarantees freedom of belief. However, they can't be used to justify a person's conviction or acquittal.

Palavras-chave: Espiritismo. Mediunidade. Psicografia. Prova psicografada. Fiabilidade.

Keywords: Spiritism. Mediumship. Psychography. Psychographic evidence. Reliability.

1. Introdução

Brás Cubas é, provavelmente, o defunto autor mais conhecido do Brasil. Com bom humor e ironia, conta as pequenezas de sua vida, provocando risos e reflexões. Mas e se, em vez dessa abordagem prosaica, Brás Cubas contasse uma história mais intensa? E se, de seu recôndito no além, ele nos contasse, não sobre suas aventuras com Virgília ou sua ideia para o emplastro, mas sobre seu assassinato? Seria esse relato – escrito por um morto – admissível em um processo judicial? A palavra de um defunto poderia ser utilizada como prova para acusar ou inocentar o suposto homicida?

A hipótese acima descrita, apesar de inusitada, não é novidade. Conforme mostro na seção 3, cartas psicografadas já foram admitidas como prova em processos judiciais, a maioria em casos de júri. Contudo, nem todos os juristas estão de acordo com essa atitude, pois ela traz ao Judiciário um elemento que apela ao sobrenatural e isso contraria a ideia de que as decisões judiciais devem ser pautadas na racionalidade e fundamentadas em razões publicamente compartilháveis. As cartas psicografadas

são associadas ao espiritismo kardecista e discuti-las em um processo significaria discutir também assuntos religiosos.²

À primeira vista, esses argumentos parecem ser suficientes para sustentar a impossibilidade de cartas psicografadas serem admitidas e valoradas como prova em processos judiciais. Porém, considerando a crescente literatura jurídica favorável à admissão da prova psicografada, o tema talvez seja um pouco mais complexo do que o imaginado. Alguns juristas defendem que a psicografia e a mediunidade como um todo são fenômenos cientificamente comprovados.³ Para eles, há evidências científicas robustas de que espíritos existem e se comunicam conosco; portanto, rejeitar as cartas não seria apenas preconceituoso, mas também equivocado. De fato, se isso fosse comprovado, faria sentido o direito cogitar a admissibilidade das cartas, pois elas teriam embasamento empírico e científico.

Ocorre que a alegação desses juristas é falsa: não há evidências científicas de que espíritos existem e se comunicam conosco por meio da psicografia. Essa ausência de evidências já foi apontada por outros autores antes de mim (DIDIER JR.; BRAGA, 2014; NUCCI, 2009, 2015; MASCARENHAS, 2013). Contudo, ela normalmente aparece na literatura como um argumento secundário e complementar aos argumentos jurídicos, quando, na verdade, é o aspecto central da discussão. Não há como admitirmos a prova psicografada sem antes comprovarmos seus pressupostos, pois agir diferente significaria permitir que decisões judiciais sejam baseadas em crenças sem fundamento.

Minha linha argumentativa segue passos distintos dos normalmente adotados nas pesquisas jurídicas sobre o tema. Primeiro, explico por que os argumentos jurídicos invocados contra a prova psicografada são insuficientes. Em seguida, forneço um panorama geral dos casos brasileiros em que a prova psicografada foi admitida. Após, questiono a afirmação de que o espiritismo tem base científica, indicando as falácias nos argumentos dos juristas favoráveis à prova psicografada. Para tornar essa abordagem mais completa, analiso artigos científicos que tentam comprovar a psicografia, apontando suas falhas metodológicas. Também abordo os critérios para a valoração da carta defendidos pelos juristas favoráveis a essa espécie de prova, ressaltando que eles só fazem sentido dentro da doutrina espírita. No final, concluo que a carta psicografada não pode ser admitida como prova em virtude de sua ausência de fiabilidade. A expressão “ausência de fiabilidade” não é utilizada de forma leviana.

² Para Augusto e Silva (2017, p. 320), é absurdo falar em “espiritismo kardecista”, pois o espiritismo é um só e se baseia na doutrina de Allan Kardec. Portanto, prossegue, religiões como a umbanda podem ser chamadas de espiritualistas, mas não de espíritas, já que não têm a faceta supostamente científica defendida por Kardec. Por questão de clareza e respeito a outras religiões que se autodenominam espíritas, optei por utilizar o adjetivo “kardecista” neste momento do texto. Pelo resto do artigo, usarei os termos “espiritismo”, “espírita” e “doutrina espírita” para me referir especificamente à religião fundada nos ensinamentos e nas teorias de Allan Kardec.

³ Neste artigo, são abordados os seguintes autores e autoras: Nemer da Silva Ahmad (2008), Ismar Estulano Garcia (2010), Leandro Medeiros Galvão (2011), Patrícia Gonçalves dos Santos Guedes (2013), Michele Ribeiro de Melo (2013), Tatiana Bonatti Peres (2019), Vladimir Polízio (2009), Fernando Rubin (2011) e Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2017). Embora Polízio não seja jurista, sua obra, originalmente voltada ao público espírita, influenciou os demais autores e foi citada por todos eles (exceto, é claro, Ahmad, cuja obra é anterior à de Polízio).

Afinal, todos os meios de prova apresentam falhas e riscos. Mas o problema da carta psicografada é mais profundo: seus pressupostos contrariam o que a ciência nos diz.

Antes de prosseguir, resalto que nada neste artigo tem qualquer intenção de ofender os espíritas ou atacar o espiritismo em si, tampouco de convencer as pessoas a não acreditarem em espíritos ou em psicografia. Meu objetivo é tão somente argumentar que as cartas psicografadas não podem ser admitidas e valoradas como prova.⁴ Elas desempenham um papel importante na religião e na cultura e a crença nelas deve ser respeitada. Contudo, não devem ser levadas a processos judiciais, pois as decisões nestes proferidas devem ser pautadas na racionalidade e em fundamentos publicamente compartilháveis.

2. Por que argumentos estritamente jurídicos são insuficientes?

Inicialmente, é necessário esclarecer alguns pontos relevantes. Este não é um artigo jurídico convencional. Na verdade, como já insinuei na introdução, não pretendo discutir o tema da prova psicografada por meio de argumentos estritamente jurídicos. Afinal, outros autores antes de mim já o fizeram – e o fizeram muito bem, de modo que um novo texto com a mesma abordagem seria desnecessário e agregaria pouco ao debate. A seguir, apresento um resumo desses argumentos jurídicos, citando reflexões tanto do âmbito civil quanto do penal.⁵

Para Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga (2014), a carta psicografada é prova ilícita e sua admissão viola a laicidade do Estado e a liberdade de crença, já que prestigia o espiritismo em detrimento das demais religiões e dos ateus e agnósticos. O contraditório também é prejudicado; afinal, como a parte contrária vai contestar uma prova supostamente originada de um espírito? A decisão, por sua vez, não estará fundamentada, pois magistrados não podem decidir com base em crenças pessoais. O único âmbito em que as cartas psicografadas podem ser admitidas, sustentam os autores, é o processo arbitral, devido ao seu caráter privado: se as partes concordarem, a carta poderá ser juntada.

Guilherme de Souza Nucci (2009, 2015) corrobora os argumentos de Didier Jr. e Braga e ressalta o surrealismo de uma acareação entre o espírito da vítima, que alega a

⁴ Apesar de a natureza jurídica da prova psicografada ser bastante discutida em obras sobre o tema, não pretendo abordá-la neste artigo, pois meu foco são os argumentos que apelam à ciência. Em síntese, os juristas discutem se a carta psicografada é um documento ou um testemunho escrito. Ambas as posições apresentam dificuldades. Há, ainda, quem a considere simplesmente prova atípica. Para uma discussão sobre o tópico, ver Didier, Braga (2014) e Silva (2017).

⁵ Neste ponto, preciso fazer uma ressalva: venho estudando o tema da prova psicografada há mais de três anos e, durante esse tempo, li e ouvi diversos argumentos contrários a ela. Em geral, esses argumentos apelam ao absurdo e ao ridículo, o que pode acabar configurando preconceito ou escárnio em relação ao espiritismo. Por exemplo, certa vez vi um jurista comentar, em tom jocoso, que gostaria de saber como o oficial de justiça “intimaria” o espírito para uma acareação. A meu ver, esse tipo de conduta é desnecessário e desrespeitoso. Por isso, tomei bastante cuidado ao selecionar os argumentos aqui apresentados. Também não me aprofundi na discussão sobre de quem seria a responsabilidade penal no caso de o conteúdo da carta ser falso: do médium ou do espírito? Se a prova psicografada, conforme defendo neste artigo, não pode ser sequer admitida, então não há por que discutir uma eventual responsabilização.

inocência do réu por meio da psicografia, e as testemunhas que presenciaram o crime. Questiona, ainda, a possibilidade de a acusação apresentar uma carta psicografada como única prova da culpa. Como o réu poderia se defender? Apresentando outra carta em sentido contrário?

Os argumentos são convincentes, em especial o da violação do contraditório. Mas não têm barrado a crescente literatura jurídica favorável à prova psicografada. Conforme mostro ao longo do artigo, os mesmos argumentos utilizados pelos juristas contrários a ela são invocados por seus defensores. Para estes, quando o Estado proíbe o uso da prova psicografada, alegando que depende de religião, está ferindo a liberdade de crença dos espíritas. O direito à prova também é violado e a ampla defesa é prejudicada.

Não menos importante, sustentam esses juristas, a prova psicografada pode, sim, ser submetida ao contraditório, inclusive por meio de perícia grafotécnica.⁶ Segundo eles, há evidências científicas robustas de que espíritos existem e se comunicam conosco. Dessa forma, proibir o uso das cartas psicografadas como prova, mais do que uma expressão de preconceito ou de intolerância religiosa, seria uma postura irracional e anticientífica.

É uma estratégia interessante que se beneficia da credibilidade da ciência e se apoia na noção publicamente compartilhada de que ela nos conduz a conclusões verdadeiras sobre o mundo ao nosso redor. Não me refiro aqui a uma verdade única ou absolutamente correta, mas sim à capacidade da ciência de explicar fenômenos naturais e sociais, de forma a nos permitir compreender como o mundo funciona e tomar decisões relevantes.⁷ Ora, se os defensores da prova psicografada estiverem corretos quando dizem que as teses espíritas foram cientificamente comprovadas, os argumentos jurídicos contrários à carta restarão abalados e o da laicidade em especial cairá por terra, porque não estaremos mais diante de crenças meramente religiosas.⁸

Por esses motivos, ressalto que uma argumentação estritamente jurídica sobre o tema não é suficiente. Nesse ponto, alguns leitores poderiam pensar que estou indo longe demais para rechaçar a prova psicografada, a qual, no fim das contas, não é sequer amplamente utilizada no processo judicial brasileiro. Poderiam suspeitar que minhas motivações são, na essência, preconceituosas e intolerantes.

Não é isso. Não tenho qualquer intenção de atacar o espiritismo em si ou de convencer as pessoas a não acreditarem em espíritos ou em psicografia. Na verdade, leitores atentos irão compreender que minha tese é muito mais ampla do que o objeto deste artigo em específico: decisões judiciais – e decisões estatais de forma

⁶ O tema é abordado com profundidade na seção 5.

⁷ Trata-se do conceito de ciência utilizado por Susan Haack (2007, 2013). A autora tece comentários relevantes sobre como a ciência funciona e sobre o tão celebrado “método científico”, o qual, conforme explica, não é único (pois existem diversos métodos), tampouco exclusivo dos cientistas (pois outras áreas do conhecimento podem utilizá-lo).

⁸ É claro que, ainda assim, poderíamos optar pela inadmissibilidade da prova psicografada por razões políticas, mas este é um tema para outro artigo.

geral – devem ser fundamentadas em razões publicamente compartilháveis e não em crenças sem fundamento. Tendo isso em vista, é fácil perceber que os mesmos argumentos utilizados para sustentar a inadmissibilidade da prova psicografada servem para rechaçar qualquer prova que invoque elementos místicos ou religiosos. Mais ainda: qualquer prova que contrarie conhecimentos científicos bem sedimentados. Assim, se a carta psicografada não pode ser admitida, tampouco o pode um mapa astral (para, por exemplo, determinar a personalidade do réu ou da vítima) ou uma suposta prova de que o réu estava sendo controlado por uma entidade maligna ou por um alienígena quando cometeu o crime.⁹

Nesse ponto, é útil relembrar a famosa citação atribuída a Carl Sagan: “alegações extraordinárias exigem evidências extraordinárias.” Em outras palavras, se uma pessoa faz alegações que contrariam conhecimentos científicos bem estabelecidos, o ônus de comprovar essas alegações é dela. Não estou me referindo aqui ao ônus do direito, que cabe a quem alega, mas ao ônus da ciência. Quando um astrólogo afirma que mapas astrais funcionam, deve apresentar evidências disso, deve demonstrar que as previsões dos mapas são corretas e precisas e não decorrem de simples chute ou de um feliz acerto proporcionado pela Lei dos Grandes Números.¹⁰ Similarmente, para que a mediunidade e a psicografia sejam consideradas faculdades humanas reais e conectadas a espíritos, seus defensores devem comprová-los por meio de evidências; não é o resto da comunidade científica que tem de demonstrar a falsidade ou incorreção de teses que contrariam teorias já exaustivamente comprovadas e bem estabelecidas.

Pelo resto do artigo, sempre que me referir ao ônus de provar a cientificidade da prova psicografada, estarei me referindo ao sentido científico. A meu ver, ele não é incompatível com o ônus do direito, mas o complementa de forma fundamental, já que o magistrado não deve desperdiçar tempo com alegações absurdas – pelo contrário, assim como deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, também deve garantir a razoável duração do processo. Só faz sentido submeter à lógica do ônus jurídico alegações minimamente plausíveis e a prova psicografada não alcança esse patamar mínimo.

3. Casos brasileiros conhecidos

Embora não seja o foco deste artigo realizar uma análise minuciosa de processos judiciais passados, considero relevante comentar brevemente os casos conhecidos em que cartas psicografadas foram utilizadas como prova. Todos eles ocorreram no âmbito penal, com a carta sendo apresentada em defesa do réu.¹¹ São dez de homicídio submetidos a tribunal do júri e um de estupro de adolescente com resultado morte.

⁹ Reconheço que recorri a exemplos absurdos para deixar minha tese mais clara. Contudo, não é exagero dizer que o processo judicial brasileiro tem, sim, aberto suas portas para o misticismo. Ver, por exemplo, a controvérsia das constelações familiares.

¹⁰ Para uma explicação didática dessa lei, ver Carlos Orsi (2018).

¹¹ Para um resumo deles, ver Ismar Garcia (2010) e Vladimir Polízo (2009).

De imediato, vislumbra-se uma dificuldade: não é possível analisar se e até que ponto a carta psicografada influenciou a decisão. Nos casos de tribunal do júri, o veredito foi proferido pelos jurados, os quais decidem por livre convicção, sem apresentar seus fundamentos. Já o caso de estupro tramitou em segredo de justiça.

Em apenas um caso sabemos que a influência foi real, pois o juiz da primeira fase do júri citou a carta ao absolver o réu. Trata-se do *Caso Maurício*, da década de 70. O réu, José Divino Nunes, atirou sem querer em seu amigo Maurício Garcez Henrique, causando-lhe a morte, e foi denunciado por homicídio doloso. Enquanto examinava os autos do processo, o juiz Orimar de Bastos deparou-se com uma carta psicografada por Chico Xavier e comparou seu conteúdo com o depoimento de José Divino na delegacia e com o laudo pericial, concluindo que as informações contidas nos três documentos coadunavam-se. Em seguida, absolveu o réu sob a justificativa de não ter havido culpa: o resultado, accidental, era imprevisível. Orimar fez questão de ressaltar a credibilidade do médium na sentença, mas a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça, que pronunciou o réu. José foi submetido a julgamento no plenário do júri e os jurados absolveram-no por seis votos a um. O Ministério Público apelou, mas o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, pondo um fim ao caso.

Nos anos seguintes, por mais quatro vezes uma carta psicografada por Chico Xavier foi apresentada em defesa do réu. Trata-se dos casos *Gilberto Cuencas Dias*, *Gleide Maria Dutra*, *Heitor Cavalcante de Alencar Furtado* e *Niol Nery Furtado de Oliveira*. Apenas no primeiro o réu foi absolvido. Neste ponto, é interessante mencionar o *Caso Panissa*, no qual o réu, Marcos Campinha Panissa, com o intuito de se defender da acusação de ter matado a ex-esposa a facadas, apresentou uma carta atribuída a Chico Xavier, mas o próprio médium declarou em juízo não tê-la psicografado (CARTA (...), 1999). As cópias da carta foram extraídas dos autos para instruir inquérito policial destinado a apurar a suposta prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, respectivamente arts. 299 e 304 do Código Penal.¹²

Há, ainda, dois outros casos de júri menos conhecidos, nos quais figuraram os réus Milton dos Santos e Ruy Abdalla, respectivamente. Milton foi absolvido pelo júri, com trânsito em julgado da decisão. Já o processo contra Abdalla ainda não se encerrou.¹³

Merece destaque o caso de Iara Marques Barcelos, acusada de ordenar o homicídio de Ercy da Silva Cardoso, com quem mantivera um relacionamento. De acordo com a denúncia, Iara, movida por ciúme, contratara Leandro Rocha Almeida

¹² Ver a Correição Parcial nº 76.764-4, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). A decisão é citada por Augusto e Silva (2017, p. 333-336), mas o autor não a comenta.

¹³ A título de curiosidade, em 2014, o réu Juarez Guide da Veiga foi absolvido da acusação de homicídio contra João Eurípedes Rosa. O advogado alegou legítima defesa, tese que foi acolhida pelo próprio Ministério Público, diante das provas periciais e testemunhais compatíveis com ela. O caso possivelmente não teria chamado a atenção, não fosse por um pequeno detalhe: a defesa apresentou em plenário uma notícia de jornal na qual constava um trecho de uma carta psicografada atribuída ao espírito da vítima. Nesse trecho, a vítima supostamente reconhecia ter dado motivo para o crime, mas não mencionava Juarez (ROCHA, Alex, 2014). Como se tratou de um trecho curto que sequer foi destacado pelas partes, não incluí este caso na contagem.

para que este “desse um susto” em Ercy, o qual estaria se relacionando com outras mulheres. O processo foi desmembrado e Leandro foi condenado pelo homicídio. Lara, por sua vez, foi absolvida. Na época, atribuiu-se tal desfecho a uma carta psicografada em que Ercy defendia Lara, sem, contudo, apontar os verdadeiros criminosos. Tanto o Ministério Público quanto o assistente de acusação recorreram, sustentando a nulidade do julgamento devido à falta de imparcialidade do sétimo jurado, descoberta tardiamente. O assistente alegava, ainda, a falsidade da carta psicografada. O Tribunal de Justiça afastou a hipótese de nulidade e sustentou a admissibilidade da carta em virtude de o júri decidir por íntima convicção:

JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção.

Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

Apelo improvido (BRASIL, 2009).

Em seu voto, o desembargador Manuel José Martinez Lucas invocou a liberdade de crença prevista na Constituição Federal e a decisão por íntima convicção do júri para afastar a ilicitude e a ilegitimidade da carta como meio de prova. Também questionou se a mensagem de fato pesara na decisão dos jurados, uma vez que havia todo um conjunto probatório favorável à ré. É curioso notar como ele utilizou a liberdade de crença para alcançar uma conclusão diametralmente oposta à sustentada por Guilherme Nucci (2009, 2015) e Fredie Didier Jr. e Paula Braga (2014), para os quais tal liberdade deve conduzir à rejeição da prova psicografada. O mesmo argumento é repetido por alguns defensores das cartas.¹⁴

Apesar de não ter impugnado a carta no momento anterior, o Ministério Público recorreu, requerendo seu desentranhamento dos autos. O caso acabou sendo levado ao Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.358.601/RS,

¹⁴ Ver Leandro Galvão (2011, p. 104-109), Patrícia Guedes (2013, p. 78 e 121) e Tatiana Peres (2019, p. 63-64 e 91). Para Guedes, contudo, trata-se de argumento subsidiário a ser utilizado quando não se leva em conta o alegado aspecto científico da psicografia.

considerou-o prejudicado e concedeu *habeas corpus* de ofício para declarar extinta a punibilidade de lara em virtude da prescrição.

Houve, ainda, um caso de homicídio culposo, conhecido como *Caso Henrique Gregoris*, no qual a carta psicografada teve influência indireta no processo. O réu, João França, já fora absolvido com base nas provas disponíveis e o Ministério Público aceitou a decisão. Inconformados, os pais da vítima apelaram, pedindo que João fosse condenado. Antes do julgamento do recurso, eles receberam uma carta psicografada por Chico Xavier e acreditaram que o filho Henrique, em espírito, vinha-lhes pedir que perdoassem João e encerrassem o processo. Logo em seguida, desistiram da apelação. A influência, portanto, foi apenas indireta, já que havia a possibilidade de o Tribunal de Justiça reverter a absolvição e submeter o réu a júri.¹⁵

A notoriedade desses casos levou alguns deputados a propor projetos de lei que visam a alterar o art. 232 do Código de Processo Penal, proibindo expressamente que as cartas psicografadas sejam consideradas documento e, assim, inviabilizando sua juntada como meio de prova.¹⁶ Essa solução é problemática. Quando o legislador proíbe um elemento associado a uma religião específica, sem nada dizer sobre as outras, isso pode soar como perseguição, conduta vedada pela laicidade do Estado. Ademais, conforme ressaltam Didier Jr. e Braga (2014, p. 43-44, nota 44), pode levar à conclusão errônea de que manifestações de fé de outras religiões são admissíveis. Para os autores, melhor seria proibir todas as provas sem base racional, incluindo as que apelam a crenças seculares, como a astrologia.

Ainda no âmbito penal, um episódio recente chamou a atenção dos juristas, reacendendo o debate da prova psicografada. Trata-se do *Caso da Boate Kiss*, no qual a advogada de um dos réus apresentou em plenário uma carta psicografada atribuída a uma das vítimas do fatídico incêndio. Após a repercussão da leitura da carta, vários juristas começaram a argumentar que o tema da admissibilidade da prova psicografada já estaria superado, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça teria se manifestado favorável a ela no Agravo de Instrumento n.º 1.388.283/TO. (DIAS; HERDY, 2021)

Ocorre que o referido julgado nada menciona sobre cartas psicografadas. Não é possível afirmar com certeza a origem dos discursos que o citam. Contudo, suspeito que houve um equívoco quanto ao número da decisão, e os juristas pretendiam se referir, na verdade, ao Agravo de Instrumento n.º 1.389.293/RS, proferido no caso lara Marques. Conforme descrevi acima, o Ministério Público recorreu do acórdão que admitiu a prova psicografada. Primeiro opôs embargos de declaração, seguidos de recurso especial, cujo seguimento foi negado pelo Tribunal de Justiça. Diante disso,

¹⁵ A título de curiosidade, o juiz foi o mesmo do *Caso Maurício*, Orimar de Bastos. Apenas posteriormente à absolvição este viria a saber da existência da carta. O juiz alega ter entrado em uma espécie de transe ao redigir a sentença, só retornando a si quando ela já estava pronta (POLÍZIO, 2009, p. 95-96). Acreditando ter passado por uma experiência mediúnica, publicou o livro "O justo juiz: história de uma sentença" (BASTOS, 2010).

¹⁶ Ver os Projetos de Lei n.º 1.705 de 2007, do Deputado Robson Lemos Rodovalho, e n.º 3.314 de 2008, do Deputado Costa Ferreira, ambos arquivados em janeiro de 2011 nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

interpôs o agravo de instrumento referido. Ao julgá-lo, o Superior Tribunal de Justiça limitou-se a dizer que a matéria merecia melhor análise. A decisão do recurso especial tampouco teceu comentários sobre a carta psicografada. Portanto, ao menos por ora não é possível dizer que o Superior Tribunal de Justiça é favorável à prova psicografada.

Quanto ao âmbito civil, só se conhecem litígios sobre autoria e plágio de livros psicografados.¹⁷ Para Ismar Garcia (2010, p. 183-184), não é sequer possível que cartas psicografadas sejam utilizadas como prova no processo civil, pois este discute questões patrimoniais e os espíritos não intervêm nesses assuntos. Trata-se de visão reducionista e defasada. O processo civil pode lidar com questões tão importantes quanto a liberdade de um indivíduo, como a interdição, o reconhecimento de paternidade e o direito a alimentos necessários à subsistência. Além disso, Didier Jr. e Braga (2014, p. 43, nota de rodapé 42) conjecturam que alguém poderia apresentar a carta como prova emprestada em uma ação civil *ex delicto*, caso ela já tivesse sido utilizada no âmbito penal; porém, deixam claro que a carta deve ser rejeitada em todos os processos judiciais.

Diante dessas informações, percebe-se que o uso de provas psicografadas ainda é incomum. A tendência é que elas sejam utilizadas no tribunal do júri, onde prevalecem a plenitude de defesa e a decisão por íntima convicção. A princípio, essas características parecem justificar a admissão das cartas, pois aos jurados seria permitido decidir com base em suas crenças religiosas. Porém, conforme argumento na seção 7, até mesmo o júri deve proferir decisões racionais; portanto, o magistrado deve inadmitir a prova psicografada por sua ausência de fiabilidade, impedindo que os jurados a avaliem. Esse argumento, é claro, só se sustenta se for demonstrado o equívoco de se considerar que a psicografia e a mediunidade são cientificamente comprovadas. É o tema das próximas seções.

4. Espiritismo é ciência?

Os juristas favoráveis à prova psicografada argumentam que o espiritismo não é apenas religião, mas também ciência e filosofia e é justamente o aspecto científico que permite a avaliação racional das cartas. No entanto, não se trata da ciência que estamos acostumados a ver em faculdades, laboratórios ou pesquisas de campo – como a Física, a Química, a Biologia, a Psicologia, a Sociologia, a Antropologia etc. – e sim de uma “ciência espírita” dedicada ao estudo dos espíritos e suas comunicações com os vivos. Essa “ciência espírita” complementar a chamada ciência “materialista” (dita incapaz de estudar os espíritos) e comprovaria que a mediunidade é um fenômeno real presente em toda a história humana. Ela não teria sido inventada, mas codificada por

¹⁷ O mais famoso é conhecido como *Caso Humberto de Campos* e deu origem ao livro de Miguel Timponi (2012), advogado dos réus. Em resumo, Chico Xavier publicou obras supostamente ditadas pelo espírito de Humberto de Campos, e a família deste, sentindo-se lesada, buscou o Judiciário para discutir a autoria delas. Seu pedido, contudo, não foi formulado segundo as regras do direito civil e o juiz extinguiu o processo por carência de ação. A decisão foi mantida pelo tribunal de segunda instância, não havendo, portanto, resolução do mérito. Há também um caso de plágio menos conhecido narrado por Vladimir Polizio (2009). Neste, uma editora portuguesa processou uma editora brasileira após esta plagiar uma de suas obras psicografadas.

Allan Kardec após seus estudos com os espíritos. Curiosamente, apesar de referidos juristas considerarem a ciência “materialista” limitada, eles lançam mão dela quando encontram algo que corrobore as teses espíritas.

Uma de suas estratégias é citar cientistas famosos que realizaram experimentos com médiuns e se convenceram de seus poderes, como o químico e físico William Crookes¹⁸ e o antropólogo Cesare Lombroso,¹⁹ além de pesquisadores contemporâneos dedicados ao estudo da mediunidade, como os médicos brasileiros Sérgio Felipe Oliveira e Nubor Orlando Facure.²⁰ Ao fazerem isso, esses juristas partem da noção correta de que cientistas costumam ser fontes confiáveis de conhecimento, ao menos quando falam sobre seu objeto de pesquisa. Porém, devido à forma como citam esses cientistas, acabam incorrendo na falácia do apelo à autoridade. Nesta, espera-se que o interlocutor aceite uma proposição como verdadeira apenas por ela ser sustentada por pessoas consideradas especialistas. Acontece que especialistas também podem errar, seja porque cometeram falhas metodológicas ou se deixaram levar por seus vieses, seja porque as evidências disponíveis eram incompletas, seja por qualquer outro motivo. E mais: devemos levar em conta o que os outros especialistas dizem. Eles concordam com a proposição em análise? Apontam conclusões diferentes? Se sim, suas evidências são boas? Quando os juristas favoráveis à prova psicografada citam apenas os cientistas que corroboram sua tese, ignorando todos os outros que afirmam não existirem evidências dos fenômenos mediúnicos, eles apresentam uma visão parcial da realidade.

Outra estratégia é citar obras que investigam a crença em espíritos ao longo dos séculos e compilam relatos de fenômenos mediúnicos.²¹ Porém, não devemos confundir o registro historiográfico de relatos com a veracidade destes, ainda mais considerando que muitos deles remetem a épocas antigas em que a crença no fantástico e no espiritual era corrente. Devemos levar em conta explicações mais prosaicas para os fenômenos descritos antes de aceitar a hipótese de mediunidade, como, por exemplo, a fraude ou a incompreensão das testemunhas a respeito de teorias da física que os explicariam. Tampouco adianta argumentar que o fato de crenças espirituais aparecerem em diversas sociedades e tempos diferentes é uma evidência sólida da existência dos espíritos, pois há outras explicações plausíveis para a disseminação delas. Para o psicólogo Bruce Hood (2010), as crenças no sobrenatural, sejam elas religiosas ou seculares, têm raízes evolutivas: os mesmos mecanismos que

¹⁸ Citado por Nemer Ahmad (2008, p. 23-25); Patrícia Guedes (2013, p. 32-33); Michele de Melo (2013, p. 156-158) e Vladimir Polízio (2009, p. 26-27).

¹⁹ Citado por Nemer Ahmad (2008, p. 23); Patrícia Guedes (2013, p. 31-32); Michele de Melo (2013, p. 159); Vladimir Polízio (2009, p. 27-28) e Fernando Rubin (2011).

²⁰ Oliveira tem se dedicado ao estudo da glândula pineal, parte do cérebro que se acredita estar associada à mediunidade; é citado por Patrícia Guedes (2013, p. 23-24) e Michele de Melo (2013, p. 171-172). Facure defende o conceito de “corpo mental” e dirige o Instituto do Cérebro de Campinas, em São Paulo; é citado por Ismar Garcia (2010, p. 344), Michele de Melo (2013, p. 170), Tatiana Peres (2019, p. 34-35) e Vladimir Polízio (2009, p. 162 e seguintes).

²¹ Por exemplo, Nemer Ahmad (2008, p. 44 e seguintes), Michele de Melo (2013, p. 137 e seguintes) e Augusto e Silva (2017, p. 71 e seguintes) citam a coletânea “A Mediunidade na História Humana” de Licurgo S. de Lacerda Filho.

ajudaram os humanos a sobreviver no passado (por exemplo, a tendência de enxergar rostos nas sombras da floresta, permitindo a fuga rápida diante de um possível inimigo) tornaram-nos sujeitos a acreditar em “coisas que não estão realmente ali” (por exemplo, ver significados nas formas das nuvens ou sentir que há um fantasma no cômodo).

Previsivelmente, obras espíritas também são citadas. Não quero incorrer aqui na falácia do envenenamento do poço, desprezando essas obras apenas por serem espíritas. Contudo, é importante ressaltar que elas devem ser lidas com certo grau de ceticismo, pois temos razões para suspeitar de que são enviesadas; afinal, partem do pressuposto de que espíritos existem e se comunicam com os vivos.²² Daí a importância de analisarmos trabalhos científicos sobre o tema; não apenas os simpáticos às teses espíritas, mas também os que apontam a improbabilidade – ou mesmo a impossibilidade – de os espíritos existirem.

Uma terceira estratégia é recorrer a teorias pseudocientíficas, como o ativismo quântico de Amit Goswami²³ e a máquina kirlian e sua suposta capacidade de fotografar auras.²⁴ Quase todos os juristas analisados mencionam a parapsicologia e o art. 174 da Constituição de Pernambuco, que confere proteção ao paranormal.²⁵ A intenção parece demonstrar que uma ciência bem estabelecida corrobora as teses espíritas e que um dos estados brasileiros reconhece a paranormalidade como um fenômeno real. Contudo, prevalece entre os cientistas o entendimento de que a parapsicologia não é ciência, pois viola teorias da física e da psicologia e princípios básicos da investigação científica (BUNGE, 1987; GOODE, 2013; REBER; ALCOCK, 2019). Além disso, há parapsicólogos que não aceitam explicações espiritualistas, atribuindo os fenômenos estudados ao poder da mente de pessoas vivas.²⁶

²² Refiro-me, é claro, a um ceticismo saudável, como o proposto por Carl Sagan em sua famosa obra “O mundo assombrado pelos demônios”. Por oportuno, resalto que estou analisando apenas o suposto aspecto científico do espiritismo. Nada do que eu disser neste artigo deve ser interpretado como um ataque aos seus aspectos religioso e moral.

²³ Citado por Ismar Garcia (2010, p. 294, na nota de rodapé 105) e Augusto e Silva (2017, p. 18 e 59-62). Goswami é Doutor em Física, o que não garante, por si só, que seus argumentos estejam sempre corretos. Nas últimas décadas, tem publicado livros nos quais utiliza conceitos da mecânica quântica para defender uma visão mística de mundo. Também tem interesse na parapsicologia. Suas teorias, contudo, não são acolhidas entre os demais físicos. Para uma crítica a seu raciocínio falho, ver Daniel Bezera e Carlos Orsi (2013).

²⁴ Citada por Nemer Ahmad (2008, p. 38-40) e Ismar Garcia (2010, p. 349-352). Na verdade, a “aura” impressa na chapa fotográfica é resultado da ionização dos gases ao redor do ser vivo ou do objeto fotografado, não havendo nada de espiritual no experimento. Além disso, se este é realizado no vácuo ou em um ambiente sem umidade, a suposta aura não aparece. (MENEZES, 2019)

²⁵ Art. 174, *caput*: “O Estado e os Municípios, diretamente ou através do auxílio de entidades privadas de caráter assistencial, regularmente constituídas, em funcionamento e sem fins lucrativos, prestarão assistência aos necessitados, ao menor abandonado ou desvalido, ao superdotado, ao paranormal e à velhice desamparada”.

²⁶ Entre os juristas estudados, o único que esclarece isso explicitamente é Ismar Garcia (2010, p. 329-330). Em sentido contrário, Patrícia Guedes alega que “a própria Parapsicologia, enquanto ciência legalmente reconhecida, aceita a existência da comunicação entre vivos e mortos, tentando, assim, retirar a psicografia desse viés religioso” (2013, p. 122). A dissonância das afirmações tem raízes históricas. Segundo David Hess (1987), espíritas brasileiros se apropriaram da parapsicologia não só para conferir legitimidade científica a seus valores religiosos, mas também para escapar da perseguição promovida pelo Estado e pela Igreja Católica. Um dos maiores divulgadores da parapsicologia espírita foi Hernani Guimarães Andrade. Hess resalta que também os católicos criaram sua própria versão da parapsicologia, mas rejeitaram quaisquer explicações que invocassem espíritos. Um dos maiores divulgadores da parapsicologia católica foi o Padre Quevedo.

Tendo em vista essas considerações, é possível perceber que os argumentos dos juristas favoráveis à prova psicografada são frágeis. Mais ainda: sua compreensão do que é ciência e de como ela funciona é equivocada. Eles incorrem na falácia do apelo à autoridade, citam pseudociências e ignoram estudos científicos contrários às suas teses. Não há evidências de que a mediunidade seja um fenômeno real. Conforme mostro a seguir, o mesmo vale para a psicografia.

5. A psicografia tem embasamento científico?

Os juristas favoráveis à prova psicografada alegam que a autenticidade da carta pode ser aferida por meio do exame grafotécnico, pois, segundo a doutrina espírita, alguns médiuns, ditos polígrafos, são capazes de reproduzir a grafia do morto em suas psicografias. Ora, argumentam os juristas, se o exame grafotécnico atestar que a grafia da carta é a mesma do morto em vida, então teremos uma prova cabal de que é ele quem está ditando a carta ao médium.²⁷ Porém, eles mesmos reconhecem que os médiuns polígrafos são muito raros; portanto, a perícia grafotécnica será inútil na maioria das vezes. Segundo Ismar Garcia (2010, p. 404), em nenhum dos casos conhecidos houve perícia das cartas, apesar de em um deles, o *Caso Maurício*, os pais da vítima terem acreditado que a assinatura da carta era idêntica à do documento de identidade do filho. Outro ponto relevante – e os juristas citados não o negam – é analisar o estilo de escrita da carta, para verificar se é condizente com o utilizado pelo morto em vida.²⁸

A intenção desses juristas ao invocar o exame grafotécnico é argumentar que a psicografia pode ser comprovada por uma técnica considerada científica e amplamente utilizada em processos judiciais. Eles citam o perito Carlos Augusto Perandréa, que analisou cartas psicografadas por Chico Xavier, médium polígrafo, e concluiu serem de autoria de espíritos. Para Perandréa (1991), o método grafotécnico convencional é insuficiente para a análise da psicografia: é necessário que o perito conheça a doutrina espírita e os diferentes tipos de médium psicógrafo. Em sua análise mais conhecida, comparou uma carta psicografada por Chico Xavier e atribuída ao espírito da italiana Ilda Mascaro Saullo com um cartão de Natal escrito por Ilda em vida. Ambos estavam em italiano. Ao final, Perandréa concluiu que a carta era indubitavelmente da autoria de Ilda, embora a grafia dela se misturasse com a de Chico em vários pontos. A conclusão é estranha, uma vez que o próprio Perandréa admite que a presença de um único documento padrão (o cartão de Natal) prejudica a análise objetiva da carta. Além disso, ele não explica por que as alegadas semelhanças em relação à grafia de Ilda são mais importantes do que as diferenças; apenas deixa no ar que a mistura das

²⁷ O argumento não convence. Ainda que o médium seja capaz de reproduzir a grafia do morto, isso não comprova, por si só, que o morto esteja utilizando o médium como instrumento para escrever a carta. Além disso, temos de considerar que o desejo de acreditar que um ente querido permanece vivo em outra dimensão pode levar muitas pessoas a pensarem que a grafia da carta é realmente a dele.

²⁸ No caso Iara Marques, o filho da vítima alegou em entrevista que o estilo de escrita da carta não era compatível com a personalidade e a inteligência de seu pai. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G0oFO6DehA0&t=>>. Acesso em: 4 out. 2022.

grafias é prevista pela doutrina espírita, o que pode soar como um argumento *ad hoc*. Um olhar cético sobre esses resultados nos leva a questionar se Perandréa não estaria escolhendo os detalhes que favorecem sua tese e ignorando os contrários. Também é pertinente observar que a análise de uma única carta psicografada não é suficiente para nos fornecer conclusões seguras sobre a psicografia como um todo.²⁹

Não obstante, os juristas citados tratam a análise de Perandréa como uma prova incontestável de que a psicografia é cientificamente comprovada. Eles não consideram a possibilidade de erros metodológicos ou de influência de vieses. Essa conduta reforça o que foi dito antes sobre a falácia do apelo à autoridade: espera-se que aceitemos as conclusões de Perandréa pelo simples fato de ele ser perito. Não é assim que a ciência funciona. Para uma hipótese ser considerada comprovada, não basta um único estudo realizado por um único cientista. É necessário que os experimentos sejam reproduzidos e reanalisados, que falhas sejam detectadas e corrigidas e novas evidências corroborem os resultados anteriores.³⁰ Patrícia Guedes (2013, p. 36-37) aproxima-se dessa noção ao ressaltar que as conclusões de Perandréa foram validadas por outros peritos, mas não apresenta fonte confiável para essa informação, tampouco cita trabalhos científicos publicados que tenham reproduzido o experimento de Perandréa – de preferência com cartas psicografadas por outros médiuns além de Chico Xavier e com mais de um documento padrão disponível – e alcançado o mesmo resultado.

Neste ponto, é interessante esclarecer alguns detalhes sobre o exame grafotécnico. Ele pressupõe que todas as pessoas têm uma grafia única e que é possível, por meio de análises comparativas, identificar com segurança tentativas de forjar a assinatura alheia ou de alterar a própria grafia para esconder a identidade de autor de um documento. Trata-se de um exame bastante utilizado em processos judiciais, gozando da confiança dos juristas brasileiros. Ocorre que em 2009, nos Estados Unidos, a *National Academy of Sciences* (Academia Nacional de Ciências), por meio do *National Research Council* (Conselho Nacional de Pesquisa), publicou um importante relatório, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (“Fortalecendo as ciências forenses nos Estados Unidos: um passo adiante”, em tradução livre), no qual avalia a fiabilidade de diversas ciências forenses focadas na identificação do sujeito ou objeto que originou o elemento examinado (ex.: uma impressão digital, uma marca de mordedura, um documento). Segundo o relatório, a maioria dessas ciências envolve análises subjetivas que dependem da experiência do perito e não têm base científica sólida. Uma das poucas exceções é o exame de DNA.

²⁹ Apesar de Perandréa (1991) alegadamente ter analisado diversas cartas psicografadas durante sua carreira, o artigo por ele publicado refere-se a uma única carta. Esse detalhe também levanta suspeitas, na medida em que o perito pode ter escolhido o melhor dos casos disponíveis, ou seja, o que mais dava suporte à conclusão desejada. Ora, se Perandréa encontrou tantas evidências assim de que as cartas eram de autoria dos espíritos, por que não as compilou no artigo?

³⁰ Alguém poderia objetar que o critério da reprodutibilidade não deve ser tomado de forma absoluta, uma vez que não pode ser aplicado às ciências sociais. Essa crítica, contudo, não o desqualifica como critério. Afinal, ele continua sendo perfeitamente aplicável a uma série de casos, como a criação de medicamentos. Elaborar testes e experimentos que possam ser reproduzidos por outros pesquisadores é fundamental para averiguar se o resultado não foi alcançado por mero acaso.

Para que essas ciências forenses sejam confiáveis, prossegue o relatório, devemos, entre outras medidas, investir em análises probabilísticas e não em conclusões categóricas do tipo “a amostra X veio do indivíduo (ou do objeto) Y”.

O exame grafotécnico não escapou das críticas. O relatório ressalta a importância de determinarmos sua taxa de erro, fator fundamental para avaliarmos quão confiáveis são seus resultados. Tudo isso corrobora as críticas feitas ao trabalho de Perandréa. O perito não esclarece devidamente a relevância das diferenças de grafia e sustenta uma conclusão categórica incompatível com o que essa ciência forense pode nos oferecer. Portanto, o argumento de que um exame grafotécnico seria, por si só, suficiente para comprovar a veracidade da psicografia não se sustenta.³¹⁻³²

Ainda sobre a tentativa de comprovar a cientificidade da psicografia, Augusto e Silva (2017, p. 321-322) cita o artigo *Investigating the Fit and Accuracy of Alleged Mediumistic Writing: A Case Study of Chico Xavier's Letters* (“Investigando o acerto e precisão da alegada escrita mediúnic: um estudo de caso de cartas de Chico Xavier”, em tradução livre), publicado na revista científica *Explore*. Nesse trabalho, Alexandre Rocha *et al.* (2014) analisaram 13 cartas psicografadas por Chico Xavier e supostamente ditadas pelo mesmo espírito, J.P., a fim de determinar se as informações nelas contidas estavam corretas e oferecer uma explicação para como o médium poderia tê-las obtido. A metodologia consistiu em avaliar as informações das cartas a partir de entrevistas com a irmã e alguns amigos do falecido e atribuir a cada uma delas uma pontuação de acordo com sua “probabilidade de vazamento”. Curiosamente, os critérios dessa pontuação parecem presumir que o “vazamento” só ocorre nas interações entre os amigos e familiares do falecido e o médium, sem levar em conta outras possibilidades, como a coleta de dados por meio de espíões ou do acesso à mídia e às redes sociais ou a mera inferência com base no senso comum.³³ Os autores tampouco exploram explicações prosaicas para os “vazamentos”, descartando como

³¹ As implicações do relatório do *National Research Council* vão muito além do descrito neste trabalho. Não só o exame grafotécnico como um todo, mas também várias outras ciências forenses são colocadas em xeque. Nos próximos anos, teremos de pensar em formas de aprimorá-las e torná-las mais confiáveis. Por isso, a alegação de que “ora, então devemos desconfiar do exame grafotécnico de todos os documentos apresentados diariamente em processos judiciais, o que certamente gerará tumulto entre os juristas” não é uma crítica eficaz ao argumento apresentado, mas uma decorrência lógica dele.

³² A crítica à ausência de fiabilidade do exame grafotécnico também foi apresentada por Saulo Guapyassú Vianna (2020), mas ele não cita o relatório da *National Academy of Sciences*. Segundo o próprio autor, o objetivo de seu trabalho era analisar a prova psicografada de forma livre das paixões de seus defensores e detratores. Para tanto, critica os argumentos comumente levantados por ambos os lados do debate. Contudo, de forma um pouco irônica, comete erros bem semelhantes aos dos juristas aqui estudados ao concluir pela admissibilidade da prova psicografada. Vianna cita diversos trabalhos científicos, mas não se preocupa em explicá-los ou em detalhar suas metodologias. Apenas diz que eles fornecem evidências robustas da existência de espíritos. No final, o que realmente o diferencia dos demais defensores da prova psicografada é a sua linha argumentativa baseada na teoria das Epistemologias do Sul de Boaventura de Sousa Santos.

³³ No mesmo sentido, ver Carlos Orsi (2015a, 2015b). Orsi destaca que algumas das informações contidas na carta (“eles me chamaram”, “eles me massagaram”, “eles me fizeram respirar”) “são ilações lógicas, vindas de uma única peça de informação real, que poderia muito bem ter sido entreouvida na sala de espera: a de que o jovem morreu afogado, enquanto nadava com amigos”.

improvável a possibilidade de Chico Xavier ter tido acesso aos jornais da época que relataram as circunstâncias da morte de J.P.³⁴

Outro problema do artigo é que as entrevistas foram realizadas mais de 30 anos após a morte de J.P. e as sessões mediúnicas em que as cartas foram psicografadas. Os próprios autores reconhecem que a memória dos entrevistados pode estar enviesada, não só pelas distorções sofridas ao longo do tempo, mas também pelo desejo de que as cartas fossem mesmo ditadas por J.P. Apesar disso, insistem que os critérios de pontuação da “probabilidade do vazamento” são aptos a contornar esses vieses, bem como que os detalhes contidos nas cartas estavam corretos e eram específicos demais para o médium tê-los acertado por mero chute. O argumento, porém, não convence, já que, conforme dito acima, esses critérios não abarcam explicações mais prosaicas para o fato de o médium ter obtido detalhes sobre o morto.

No fim, ainda que os problemas metodológicos da pesquisa sejam superados, ela serve no máximo como evidência anedótica. Afinal, foram analisadas apenas 13 cartas de um único médium. Os próprios autores reconhecem a insuficiência disso e afirmam a necessidade de novas pesquisas.³⁵ Augusto e Silva (2017), contudo, ignora essas questões e fala sobre o artigo como se ele fosse uma prova cabal da psicografia e, mais amplamente, do “espiritismo-ciência”. Mais uma vez temos a falácia do apelo à autoridade. A ciência não se resume a pesquisas isoladas. Também devemos levar em conta o que se seguiu a esse estudo. Ele foi replicado? Foi corroborado por outros cientistas? Alguém apontou vieses ou falhas metodológicas?

Quando Silva e os demais juristas citados usam a ciência dessa forma, eles a tratam como um “selo de qualidade”, em vez de um processo de investigação sério e difícil. Eles ignoram que o mais importante não é dizer simplesmente “um cientista afirmou isso” ou “uma revista de renome publicou aquilo”, mas sim analisar as evidências disponíveis e verificar quais conclusões elas corroboram, ao mesmo tempo em que nos certificamos de que a investigação foi bem conduzida, não está prejudicada por vieses e erros metodológicos e foi confirmada por novas pesquisas. Não basta, portanto, apresentar estudos isolados e anedóticos. Essa seleção tendenciosa que leva em conta apenas os trabalhos favoráveis à tese sustentada, enquanto todos os demais são ignorados, é conhecida como *cherry picking* e tende a conduzir a erros.³⁶

³⁴ Carlos Orsi (2015b) destaca que “[os autores do artigo] consideram, por exemplo, extremamente improvável que Chico Xavier, em Uberaba (MG), tivesse acesso a jornais da cidade de Campinas, durante a década de 70. Para esses pesquisadores, suponho, o acesso seria algo extraordinário. No entanto, para a linha de raciocínio do artigo fazer sentido, isso teria de ser ainda mais extraordinário do que um morto ditar cartas”.

³⁵ Alguns anos depois, os mesmos pesquisadores publicaram outro artigo, no qual reproduziram o experimento. Ver Denise Paraná *et al.* (2019). Além de apresentar as mesmas falhas metodológicas do trabalho anterior, o novo artigo se limita à análise de uma única carta psicografada por Chico Xavier, o que configura, na melhor das hipóteses, uma evidência anedótica. Não menos importante, os autores consideram “específicas” e de “vazamento improvável” informações facilmente inferidas a partir do senso comum, como o fato de um pai ficar bastante abalado com a morte do filho e visitar seu túmulo com frequência.

³⁶ Do inglês, *cherry picking* significa, em uma tradução literal, colher cerejas. Essa falácia também é chamada de evidência suprimida e consiste em destacar um caso favorável a uma tese enquanto os desfavoráveis são ignorados. Não é, necessariamente, um sinal de desonestidade, já que pode ocorrer de forma inconsciente.

Antes de seguir para a próxima seção, vale a pena analisar um último artigo científico de Elizabeth Freire *et al.* (2022).³⁷ Desta vez, foi feito um estudo controlado com oito médiuns (seis homens e duas mulheres) e 94 voluntários, sendo a maioria mulheres. Foram adotadas medidas para um experimento cego: os voluntários não sabiam a identidade dos médiuns e os pesquisadores que participaram das sessões mediúnicas não sabiam a identidade dos voluntários e das pessoas falecidas com quem estes queriam se comunicar. Durante as 18 sessões realizadas, foram produzidas 78 cartas psicografadas, das quais 46 foram descartadas por não conterem informações objetivamente verificáveis e uma por o médium não saber especificar qual espírito a havia ditado. Restaram apenas 31 cartas, mas nem todas foram mantidas no estudo, devido a outras complicações metodológicas.

Em seguida, cada voluntário recebeu a carta-alvo a ele destinada mais cinco cartas-controle e teve de avaliá-las segundo dois critérios: probabilidade de a carta ter sido ditada por seu ente querido e correção das informações nela contidas.³⁸ No final, não foram encontradas evidências relevantes de comunicação com os mortos, já que não houve diferenças significativas na avaliação das cartas-alvo contra as cartas-controle. Apesar de quase todos os destinatários das cartas acreditarem em mediunidade, 70% deles expressaram certeza de que sua carta-alvo não lhes era dirigida.

Uma explicação possível para esse resultado é que a comunicação com os mortos não é possível, mas os pesquisadores insistem que a questão ainda está em aberto. Prosseguem, apontando outras explicações possíveis: a) a comunicação com os mortos é real, mas os médiuns participantes do experimento não tinham essa habilidade e b) as condições do estudo controlado, por serem demasiado restritas, impossibilitaram as condições psicológicas adequadas para a ocorrência de fenômenos mediúnicos. Por fim, concluem pela necessidade de criar “protocolos ecologicamente válidos para testar os médiuns em ambientes controlados que não sejam inóspitos demais para as experiências mediúnicas com as quais estão acostumados” (p. 5). O problema dessa conclusão é que ela sugere o afrouxamento do rigor científico nos experimentos futuros. Porém, isso tem uma consequência grave: a diminuição da credibilidade do estudo. Afinal, se não adotarmos controles rigorosos, não teremos como avaliar de forma confiável os fatores que podem influenciar o fenômeno investigado.³⁹

³⁷ Os pesquisadores pertencem ao mesmo grupo de pesquisa que realizou os dois experimentos anteriores, o Núcleo de Pesquisa em Espiritualidade e Saúde (NUPES) da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

³⁸ O experimento foi realizado por e-mail. Apenas 23 voluntários responderam à avaliação com ambos os critérios.

³⁹ Uma possível objeção a esta seção é a de que eu tampouco fiz uma análise sistemática de todos os estudos científicos sobre a psicografia, o que sequer seria possível em um artigo como este. A objeção é equivocada. Conforme adiantei na seção 2, o ônus argumentativo não cabe a mim, mas aos autores que defendem a admissibilidade da prova psicografada, pois estão fazendo alegações extraordinárias (espíritos existem e se comunicam conosco) que desafiam nossos conhecimentos científicos atuais. Cabe a eles apresentar evidências sólidas para essas alegações. Contudo, como se pode ver até aqui, suas evidências são frágeis e por vezes falaciosas.

6. Critérios para valorar a prova psicografada

Conforme afirmado na seção anterior, os juristas favoráveis à prova psicografada ressaltam que o exame grafotécnico só terá utilidade quando o médium for polígrafo. Isso não os desanima, pois, em sua visão, há outros critérios para valorarmos a carta de forma segura. Nesse ponto, é importante destacar que eles a enxergam como um meio de prova subsidiário a ser analisado em conjunto com as demais provas disponíveis. Para eles, a carta não pode ser utilizada como prova única, tampouco deve ser admitida quando se limitar a mensagens genéricas de perdão, sem trazer detalhes do crime.

O primeiro critério para a valoração da carta é o seu conteúdo. O juiz deve analisar se a carta contém informações que não poderiam ser conhecidas pelo médium, como aspectos da vida do morto ou citações de familiares já falecidos (AHMAD, 2008, p. 156-157 e 164 e seguintes). É um critério controverso, pois o médium pode obter essas informações de diversas formas, ainda mais agora que vivemos na era das redes sociais. Não se trata aqui de acusar todos os médiuns de serem trapaceiros e mentirosos, mas de reafirmar explicações mais prosaicas para a psicografia. Por exemplo, um médium bem-intencionado pode ver notícias sobre um caso criminal que abalou a sociedade e redigir uma carta, acreditando genuinamente que ela foi ditada pela vítima, quando, na verdade, só está traçando inferências genéricas das informações conhecidas. Mas a possibilidade de fraude não deve ser totalmente descartada – e os próprios juristas aqui abordados a reconhecem como um perigo a ser considerado.

Outro critério sugerido é a idoneidade do médium. Segundo a doutrina espírita, médiuns com boas qualidades morais e intelectuais atraem bons espíritos e estão menos sujeitos a erro. Nemer Ahmad (2008, p. 128 e seguintes) explica que essa ideia é conhecida como “lei da afinidade”: médiuns bons atraem espíritos bons e evoluídos, enquanto médiuns maus atraem espíritos “inferiores”. O autor também ressaltava a importância da gratuidade dos serviços do médium (que não deve receber nenhuma remuneração direta ou indireta por suas psicografias) e da produção da carta em um centro espírita, na presença de outras pessoas. Ismar Garcia (2010, p. 181) recomenda que o juiz interrogue o médium sobre as condições da psicografia e pergunte ao destinatário da carta se este acredita que ela foi ditada pelo espírito do morto. Essa recomendação não é isenta de críticas, pois ignora a influência dos vieses: o desejo do destinatário de acreditar que o morto continua vivo de alguma forma pode estimulá-lo a acreditar que a carta é verdadeira. A esse rol, Patrícia Guedes (2013, p. 41) acrescenta um critério jurídico bastante comum: o juiz deve verificar se o médium tem alguma condenação judicial ou é interessado na causa. Esse tratamento é semelhante ao dispensado a peritos e testemunhas.

Além de oferecer critérios de valoração da carta, os juristas apontam os riscos e as dificuldades da psicografia. O médium pode ser enganado por espíritos “brincalhões” ou “zombeteiros” que o levem a redigir informações erradas (AHMAD, 2008, p. 123; GUEDES, 2013, p. 39). O risco de fraude deliberada está sempre presente – por isso a idoneidade do médium deve ser avaliada. Os juristas também chamam a atenção

para a possibilidade de o médium influenciar o conteúdo da mensagem, ainda que de boa-fé. Eles explicam que há três tipos de médium psicógrafo: o mecânico, o intuitivo e o semimecânico. No mecânico, o espírito controla a mão do médium e escreve livremente. No intuitivo, o espírito atua sobre a mente do médium, mas não controla sua mão; em vez disso, o médium “ouve” a mensagem e a “traduz” em suas próprias palavras. No semimecânico, temos uma mistura dos dois casos anteriores. O risco de influência, esclarecem os juristas, ocorreria nos casos de médiuns intuitivos, já que estes podem compreender mal a mensagem ou alterá-la de propósito, sendo muito difícil distinguir quais pensamentos seriam do espírito e quais seriam do médium.

Outro problema apontado pelos juristas é a dificuldade de contatar os espíritos, pois estes só se comunicam com os vivos quando assim desejam. Segundo uma frase famosa atribuída a Chico Xavier: “o telefone só toca de lá para cá” (GALVÃO, 2011, p. 59). Isso significa que o médium não pode simplesmente chamar um espírito e lhe pedir informações, o que inviabilizaria a hipótese de Guilherme Nucci (2009) de uma acareação entre o espírito do morto e as testemunhas do crime.

Os critérios de valoração da carta sugeridos por esses juristas só fazem sentido se os pressupostos da doutrina espírita forem aceitos. Se, ao contrário, as evidências disponíveis demonstrarem que esses pressupostos não se sustentam, os critérios cairão por terra. Afinal, por que discutir a idoneidade do médium se a existência de espíritos e sua comunicação com os vivos não é sequer comprovada? Por que analisar o conteúdo da carta se for rejeitada a hipótese de que o médium só poderia ter tido acesso àquelas informações por meios sobrenaturais? O mesmo raciocínio se aplica aos riscos e às dificuldades apontados. Só faz sentido falar em espíritos “brincalhões” ou que só se comunicam quando querem se antes disso a existência dos espíritos for aceita. Contudo, conforme argumentei nas seções anteriores, a ausência de evidências científicas para as teorias espíritas faz com que seja uma postura irracional admitir as cartas psicografadas como prova. Até mesmo os critérios jurídicos de Guedes perdem a razão de ser, pois o interesse na participação do médium no processo só existirá se for comprovado que a psicografia é um fenômeno real. Mas não há nenhuma prova disso; ao contrário: nossos conhecimentos científicos atuais corroboram a tese de que espíritos não existem.

Antes de adentrar a próxima seção, é interessante não deixar passar em branco uma questão levantada por vários juristas, inclusive os contrários à prova psicografada: assumindo que ela seja admissível, quem poderia utilizá-la? Leandro Galvão (2011, p. 117) e Ismar Garcia (2010, p. 312) admitem explicitamente que a carta seja utilizada tanto pela defesa quanto pela acusação em processos penais, mas Patrícia Guedes (2013, p. 42) considera essa hipótese pouco provável, já que o objetivo da psicografia é trazer mensagens de amor e consolo e não fazer acusações. O caso de Lara Marques Barcelos é paradigmático nesse sentido: a carta atribuída a Ercy inocentava Lara, sem, contudo, apontar os verdadeiros homicidas. Segundo Garcia (2010, p. 159-160), no caso do estupro de adolescente com resultado morte, a carta inocentava o réu e apontava o possível estuprador; no entanto, não é possível verificar essa informação,

já que o processo tramitou em segredo de justiça. Mas e se for verdade? Poderia o Ministério Público utilizar a carta para acusar o sujeito nela apontado? Diante de todo o exposto até aqui, essa hipótese deve ser rechaçada, pois a psicografia carece de embasamento racional. Admitir a carta nesse caso significaria atribuir ao réu a tarefa hercúlea – para não dizer impossível – de se defender da acusação de um espírito cuja existência não pode sequer provar.

7. Por um processo racional

Como afirmado nas seções anteriores, as decisões judiciais devem ser pautadas na racionalidade. Isso vale tanto para o âmbito civil quanto para o penal, inclusive quando se trata do tribunal do júri. É provável que muitos juristas discordem dessa afirmação, pois ainda prevalece em nossa doutrina a ideia de que os jurados decidem segundo sua própria consciência, podendo empregar suas convicções políticas, morais e religiosas. Porém, como bem argumenta Marcella Mascarenhas Nardelli (2019), os jurados não podem ser eximidos do dever de decidir de forma racional, pois isso violaria os direitos fundamentais do réu. Ainda que decidam absolvê-lo por clemência, essa decisão deve ser precedida da análise cuidadosa das provas e de conclusões corretas a respeito do que ocorreu. Para que isso seja possível, prossegue Nardelli, precisamos não apenas mudar nossa visão quanto ao papel do júri, mas também implementar mecanismos que compensem a ausência de fundamentação dos jurados. Entre esses mecanismos, sugere a exclusão de provas pouco confiáveis, uma vez que estas podem gerar preconceitos e levar a erros,⁴⁰ o oferecimento de instruções pelo juiz a respeito do direito aplicável e da correta apreciação das provas e o debate entre os jurados antes da votação individual, a fim de que eles considerem ideias diferentes das suas e pensem mais criticamente sobre as provas apresentadas.⁴¹

De acordo com esse raciocínio, a prova psicografada não pode ser admitida devido à sua ausência de fiabilidade. É importante ressaltar esse ponto, pois os defensores da prova psicografada argumentam que os demais meios de prova também são falhos. Essa comparação é equivocada. Atente-se para a prova testemunhal, uma das mais suscetíveis a falhas. É possível, com base na ciência e na experiência, explicar os riscos que ela apresenta e desenvolver protocolos para reduzir as chances de erro. Por exemplo, hoje os operadores do direito já sabem que a forma como as perguntas são feitas pode induzir as respostas da testemunha e atentam cada vez mais para o problema das falsas memórias.⁴² A situação da carta psicografada é diferente: ela não alcança o grau mínimo de fiabilidade para ser admitida como prova.

⁴⁰ Assim como Nardelli, penso que a ilicitude não é o único fator de exclusão da prova. Se esta for irrelevante ou não apresentar um grau mínimo de fiabilidade, também deve ser excluída, a fim de evitar erros e desperdício de tempo e recursos.

⁴¹ Para Nardelli, a incomunicabilidade prevista na doutrina e na lei processual diz respeito apenas ao aspecto externo, ou seja, à comunicação com pessoas que não são jurados no caso. Já a comunicação entre os próprios jurados pode e deve ser incentivada. Isso não necessariamente viola o sigilo das votações, bastando garantir que, após os debates, cada jurado votará de forma individual e secreta.

⁴² Ver, por todos, Janaina Matida, a qual tem produzido diversos artigos sobre o tema.

A questão, portanto, não é rejeitar a prova psicografada porque ela pode ofender a liberdade religiosa da parte contrária. Esse é um argumento ruim, pois dá a impressão de que, se ambas as partes acreditarem em psicografia, esta poderá ser admitida. O principal argumento contra a carta diz respeito à racionalidade que deve perpassar todas as decisões judiciais – e, mais amplamente, todas as decisões estatais. Não há como admitir a prova psicografada de forma racional, pois ela exige a crença em espíritos – afinal, a autoria da carta é atribuída a um espírito – e essa crença não encontra amparo na ciência.

Outro ponto relevante é que a admissão da prova psicografada abriria precedente para outras provas irracionais. Por exemplo, por questão de coerência e isonomia, os juízes teriam de aceitar preceitos de outras religiões, sob pena de tratá-las como menos dignas de respeito que o espiritismo.⁴³ Esse argumento talvez soe fatalista, mas não se pode esquecer que os precedentes têm importância cada vez maior no direito brasileiro e receberam especial destaque no Novo Código de Processo Civil. Desse modo, se os tribunais começarem a admitir a prova psicografada, argumentando com base na laicidade do Estado (como o relator do acórdão analisado na seção 3) ou na ampla defesa, isso abrirá caminho para que as partes exijam a admissão de outras provas sem qualquer respaldo racional ou científico.

Não é de todo improvável que no futuro próximo o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal tenham de se pronunciar quanto à admissibilidade da prova psicografada. Na verdade, conforme expliquei na seção 3, isso quase ocorreu no caso de Lara Marques Barcelos. O Ministério Público recorreu da decisão do Tribunal de Justiça, requerendo ao Superior Tribunal de Justiça o desentranhamento da carta e a realização de novo júri. O Recurso Especial n.º 1.358.601/RS foi admitido em junho de 2012 e tramitou durante anos. Finalmente, em agosto de 2017, o Ministro Ribeiro Dantas julgou-o prejudicado em virtude da extinção da punibilidade da ré pela prescrição. Esse episódio reforça a relevância de artigos como este. Se os ministros forem convocados a decidir se uma carta psicografada pode ser admitida como prova, eles deverão decidir com base em conhecimentos científicos e não a partir de argumentos falaciosos e meras conjecturas sobre a possibilidade de, algum dia, a existência de espíritos tornar-se consenso entre cientistas.

⁴³ Aqui, vale citar um julgamento de tentativa de homicídio ocorrido em Roraima, em 2015. O júri, formado exclusivamente por homens e mulheres indígenas, absolveu um dos réus e desclassificou a conduta do outro para lesão corporal leve. Os réus alegaram ter agido em legítima defesa, uma vez que a vítima estaria sendo dominada pela entidade Canaimé (COSTA, 2015). Por conta das características do tribunal do júri, não é possível saber até que ponto a tese defensiva influenciou os jurados. Contudo, o caso levanta questionamentos relevantes: as partes podem alegar teses que apelam a elementos sobrenaturais? O dever de respeito às culturas dos povos originários e das demais minorias significa permitir que suas crenças adentrem o Judiciário?

8. Conclusão

É importante reafirmar que não tenho qualquer intenção de ofender os espíritas ou atacar o espiritismo em si. Meu objetivo é tão somente argumentar que a carta psicografada não pode ser admitida como prova, uma vez que a crença na psicografia não tem respaldo científico – apesar de alguns juristas e espíritas defenderem o contrário. Não pretendo, portanto, convencer ninguém de que espíritos não existem ou não se comunicam conosco, mas apenas sustentar que as cartas psicografadas pertencem aos centros espíritas e ao foro íntimo de cada um, não podendo ser utilizadas para a tomada de decisões judiciais, pois estas devem ser pautadas em razões publicamente compartilháveis.

Nessa lógica, o máximo de influência que uma carta psicografada pode ter em um processo judicial é a ocorrida no *Caso Henrique*: o réu já fora absolvido com base nas provas apresentadas e a carta serviu para convencer a família da vítima a desistir do recurso que visava submetê-lo a júri. A influência da carta, portanto, foi indireta, não gerando nenhum dano à racionalidade do processo. Além disso, a liberdade de crença dessa família deve ser respeitada, independente do que a ciência possa dizer sobre a existência ou não dos espíritos. Mas o cenário muda completamente quando a carta é apresentada como prova. Nesse caso, ela deve ser rejeitada.

Por fim, cabe abordar um último argumento levantado pelos defensores da prova psicografada. Segundo eles, é possível que, no futuro próximo, os cientistas em geral se convençam da existência dos espíritos. Não farei aqui nenhuma afirmação categórica de que isso jamais ocorrerá. Mas, ainda que essa possibilidade seja real, não é função do direito, em um exercício de futurologia, admitir as cartas psicografadas antecipadamente porque elas podem vir a ser comprovadas no futuro. O direito deve decidir com base no conhecimento científico atual. E, se o conhecimento científico atual não corrobora as teses espíritas, admitir a prova psicografada é perigoso e equivocado.

Referências

- AHMAD, Nemer da Silva. *Psicografia: o novo olhar da justiça*. São Paulo: Aliança, 2008.
- BASTOS, Orimar de. *O justo juiz: história de uma sentença*. Goiânia: Kelps, 2010.
- BEZERRA, Daniel; ORSI, Carlos. *Pura picaretagem: como livros de esoterismo e autoajuda distorcem a Ciência para te enganar*. São Paulo: Leya, 2013.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). *Apelação Crime n.º 70016184012*. Apelantes: Fábio Araújo Cardoso e Ministério Público. Apelada: Iara Marques Barcelos. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Rio Grande do Sul, julgado em 11 de novembro de 2009.
- BUNGE, Mario. Why parapsychology cannot become a science. *Behavioral and Brain Sciences*, 1987, vol. 10, n. 04, p. 576-577. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0140525X00054595>.

COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. *G1*, 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Por falar em ciência: cartas psicografadas não são meio de prova. *ConJur*, 17 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/limite-penal-falar-ciencia-cartas-psicografadas-nao-sao-meio-prova>>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. Não, o STJ não reconheceu a admissibilidade da prova psicografada. *ConJur*, 17 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/limite-penal-nao-stj-nao-reconheceu-admissibilidade-prova-psicografada>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, ano 39, v. 234, p. 33-61, ago. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/35763063/Carta_psicografada_como_fonte_de_prova_no_processo_civil>. Acesso em: 18 jan. 2023.

FOLHA DE LONDRINA. *Carta da defesa de Panissa é falsa*. Londrina, 9 mar. 1999. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/carta-da-defesa-de-panissa-e-falsa-131723.html>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

FREIRE, Elizabeth *et al.* Testing alleged mediumistic writing: An experimental controlled study. *Explore*, vol. 18, n. 1, 2022, p. 82-87. DOI: 10.1016/j.explore.2020.08.017.

GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*. São Paulo: Baraúna, 2011.

GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*. Goiânia: AB, 2010.

GOODE, Erich. Paranormalism and Pseudoscience as Deviance. In: PIGLIUCCI, Massimo; BOUDRY, Maarten (Editores). *Philosophy of Pseudoscience: reconsidering the demarcation problem*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013, p. 145-163.

GUEDES, Patrícia Gonçalves dos Santos. *A psicografia como meio de prova: o sobrenatural no judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HAACK, Susan. *Defending Science – within Reason: Between Scientism and Cynicism*. New York: Prometheus Books, 2007.

_____. *Putting Philosophy to Work: Inquiry and its Place in Culture – Essays on Science, Religion, Law, Literature, and Life*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013.

HESS, David. Religion, Heterodox Science and Brazilian Culture. *Social Studies of Science*, vol. 17, n. 3, 1987, p. 465-477.

HOOD, Bruce M. *Supersentido: porque acreditamos no inacreditável*. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2010.

MASCARENHAS, Michel. A admissão da psicografia como prova espírita no processo penal: sua base não científica e sua não compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 34, n. 1, 2013, p. 375-398.

MELO, Michele Ribeiro de. *Psicografia e prova judicial*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

MENEZES, Débora Peres. Qual o segredo das fotos Kirlian? *Revista Questão de Ciência*, 7 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.revistaquestaoodeciencia.com.br/index.php/questionador-questionado/2019/06/07/qual-o-segredo-das-fotos-kirlian>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NATIONAL RESEARCH CONCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Washington, D.C.: The National Academies Press, 2009. Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. A ilegitimidade da utilização da psicografia como prova no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 12ª edição, p. 46-48.

_____. Da ilegitimidade da psicografia como meio de prova no processo penal à luz da Reforma Processual Penal de 2008. *Carta Forense*. São Paulo, 10 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/da-ilegitimidade-da-psicografia-como-meio-de-prova-no-processo-penal-a-luz-da-reforma-processual-penal-de-2008/4065>>. Acesso em: 30 out. 2020.

ORSI, Carlos. Um estudo realmente provou que Chico Xavier se comunicava com os mortos? *Revista Galileu*. 12 jan. 2015a. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/blogs/olhar-cetico/noticia/2015/01/um-estudo-realmente-provou-que-chico-xavier-se-comunicava-com-os-mortos.html>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. Um estudo realmente provou que Chico Xavier se comunicava com os mortos? (parte II). *Revista Galileu*. 19 jan. 2015b. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/blogs/olhar-cetico/noticia/2015/01/um-estudo-realmente-provou-que-chico-xavier-se-comunicava-com-os-mortos-parte-ii.html>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. O que sonhei esta noite aconteceu! Sou vidente? *Revista Questão de Ciência*, 19 dez. 2018. Disponível em: <<http://revistaquestaoodeciencia.com.br/questionador-questionado/2018/12/19/o-que-sonhei-outra-noite-aconteceu-sou-vidente>>. Acesso em: 28 out. 2022.

PARANÁ, Denise *et al.* An Empirical Investigation of Alleged Mediumistic Writing: A Case Study of Chico Xavier's Letters. *The Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 207, n. 6, jun. 2019, p. 497-504. DOI: 10.1097/NMD.0000000000000999.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. *A psicografia à luz da grafoscopia*. São Paulo: Jornalística Fé, 1991.

PERES, Tatiana Bonatti. *A carta psicografada como meio de prova*. São Paulo: Chiado Books, 2019.

POLÍZIO, Vladimir. *A psicografia no tribunal*. São Paulo: Butterfly, 2009.

REBER, Arthur S.; ALCOCK, James E. Why Parapsychological Claims Cannot Be True. *Skeptical Inquirer*, Nova Iorque, vol. 43, n. 4, jul./ago. 2019. Disponível em: <<https://skepticalinquirer.org/2019/07/why-parapsychological-claims-cannot-be-true/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ROCHA, Alex. Carta psicografada é usada durante julgamento de homicídio em Uberaba. *G1*, 20 mar. 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2014/03/carta-psicografada-e-usada-durante-julgamento-de-homicidio-em-uberaba.html>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

ROCHA, Alexandre Caroli *et al.* Investigating the Fit and Accuracy of Alleged Mediumistic Writing: A Case Study of Chico Xavier's Letters. *Explore*, vol. 10, n. 5, set./out. 2014, p. 300-308. DOI: 10.1016/j.explore.2014.06.002.

RUBIN, Fernando. A psicografia no direito processual. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2919, 29 jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19438/a-psicografia-no-direito-processual>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *A prova psicográfica no Direito Processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 2ª edição.

TIMPONI, Miguel. *A psicografia ante os tribunais: o caso Humberto de Campos*. Brasília: FEB, 2012, 7ª edição.

VIANNA, Saulo Guapyassú. *A miopia epistêmica do direito probatório e as cartas psicografadas*. 2020. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2020.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Luciana de Jorge Gouvêa*

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado brasileiro após a Constituição de 1988 e os direitos sociais. 2.1. Políticas públicas e orçamento. 2.2. As peças orçamentárias. 2.3. A localização das políticas públicas na lei orçamentária. 2.4. A escassez orçamentária e a escolha na alocação dos recursos. 3. O controle da administração pública. 3.1. Controle interno do Poder Executivo. 3.2. Controle parlamentar e Tribunais de Contas. 3.3. Controle social. 3.4. Controle judicial e o Ministério Público. 3.4.1. Controle Judicial. 3.4.2. A atuação do Ministério Público. 4. A Lei de Improbidade Administrativa. 4.1. Análise comparativa – A Lei de Improbidade antes e depois da Lei nº 14.230/21. 4.2. Análise dos tipos previstos na Lei de Improbidade relacionados ao descumprimento das políticas previstas nas leis orçamentárias. 4.2.1. Ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento. 4.2.2. Liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular. 4.3. Possibilidade de conversão em ação civil pública e de entabulação de acordo de não persecução cível. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo aborda a possibilidade de utilização da Lei de Improbidade Administrativa como meio de repressão pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento. Apesar de haver dispositivo legal expresso tipificando as condutas violadoras, a recente edição da Lei nº 14.230/2021 exigiu um aprofundamento do estudo do tema, a fim de averiguar se a lei ainda pode ser aplicada. A visão tradicional das peças orçamentárias como leis formais e não materiais e a mudança de paradigma proposta mais modernamente também são abordadas para construção do posicionamento esposado no artigo. A pesquisa realizada para elaboração do trabalho teve objetivos descritivos e exploratórios e se utilizou de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. Ao final do trabalho concluiu-se pela possibilidade da utilização da Lei de Improbidade, mesmo após as alterações.

* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

This article conveys the possibility of the use of the law 8.429/92 as a way to avoid and punish eventual breach of essential public policies inserted in the public budget. Although there is a specific article in the law prohibiting the misconduct, the recent law 14.230/2021 demanded further studies on the subject, in order to check if it can still be used. The traditional view of public budgets as non-mandatory and the modern change in this view will be explored as well. The research made has exploratory and descriptive objectives and used bibliographic, jurisprudential and documentary researches. At the end it was concluded that it is indeed possible to use the law 8.429/92 in order to punish conducts that conflict with the public budget approved.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Controle da administração pública. Políticas públicas. Orçamento público.

Keywords: *Misconduct in public office. Control of the executive. Public policies. Public budget.*

1. Introdução

Não são poucas as vezes em que os gestores públicos argumentam que não se pode executar políticas públicas importantes, ou mesmo essenciais, em razão da falta de recursos financeiros.

Apesar de ser frequentemente invocado o argumento da escassez orçamentária, frequentemente se verifica que o mesmo governo que alega essa falta de recursos, realoca dotações orçamentárias para a execução de projetos/atividades não relacionados a políticas públicas essenciais. Isso é particularmente visível em anos eleitorais.

Considerando a relevância dos direitos coletivos defendidos pelo Ministério Público – MP e visando dar efetividade à atuação de Promotores de Justiça que tem atribuição para a investigação de atos de improbidade administrativa, realizou-se esta pesquisa que teve como objetivo averiguar a possibilidade de utilização da Lei de Improbidade Administrativa como meio de coerção e eventual punição de agentes públicos que violem direitos fundamentais e causem danos ao erário ao descumprirem as leis orçamentárias.

Além da dificuldade natural decorrente da pouca familiaridade dos juristas com o Direito Orçamentário, tornaram mais árdua a pesquisa a recente modificação da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21 e a pouca literatura existente sobre esse tema específico.

Assim, a pesquisa, além de descritiva, será exploratória especialmente em razão de não haver muita bibliografia correlacionada à nova lei e aos tipos específicos que serão analisados. Foi feita uma ampla pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

A hipótese central do trabalho é de ser possível a imputação da prática de ato de improbidade administrativa a um determinado gestor que descumpra a lei orçamentária e viole direitos sociais garantidos pela Constituição e pelas leis. As condições para essa responsabilização serão mais detidamente analisadas no corpo do trabalho.

Para validar a hipótese, no segundo capítulo discorrer-se-á sobre o tratamento dos direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a inclusão de políticas públicas no orçamento e a possibilidade de alteração da lei orçamentária pelo Executivo. No terceiro capítulo será dado enfoque ao controle da administração pública, passando pelos atores envolvidos e os mecanismos utilizados. Já no quarto capítulo haverá análise da Lei de Improbidade Administrativa antes e depois da alteração promovida pela Lei nº 14.230/21, bem como dos tipos relacionados com o descumprimento da Lei Orçamentária. Por fim, as considerações finais em que será validada ou refutada a hipótese.

Através deste trabalho espera-se contribuir com o debate ainda incipiente sobre o tema e auxiliar os aplicadores do direito a conferir efetividade aos direitos difusos e coletivos pelo MP defendidos.

2. O Estado brasileiro após a Constituição de 1988 e os direitos sociais

A maioria dos autores que se debruça sobre a temática do Direito Constitucional concorda que a Constituição da República de 1988 – CRFB/88 inaugurou uma nova Era no que tange aos direitos fundamentais, na medida em que, a partir dela, os direitos sociais, chamados direitos de segunda geração ou dimensão, passaram a possuir eficácia imediata e direta, o que significa que podem ser exigidos pelos seus titulares. (MENDES, 2017, p. 135)

Antes dela, a Constituição de 1967/69 trazia apenas um catálogo de direitos individuais e, ainda, previa a possibilidade de restrição desses direitos em prol da segurança nacional, demonstrando seu viés antidemocrático e ilegítimo. Dentre os direitos fundamentais previstos, possuíam a característica de direitos sociais apenas os direitos dos trabalhadores e o direito à educação. (BRASIL, 1969)¹

A CRFB/88 modificou o *locus* do rol de direitos e garantias fundamentais (dentre eles os direitos sociais), passando a fazer a previsão logo no início de suas disposições, como a demonstrar a mudança de paradigma, o rompimento com a ordem constitucional repressora anterior e a intenção de dirigir/programar as atividades do Estado em prol da efetividade dos direitos.

Em países eufemisticamente denominados “em desenvolvimento”, como o nosso, a eficácia dos direitos sociais é essencial para a redução das desigualdades sociais e regionais. O Estado costuma se valer das políticas públicas para garantir a eficácia dos direitos sociais.

¹ Artigos 150, § 23, e 168 da Constituição de 1967/69.

Conforme sustenta Fábio Konder Comparato (2001 apud BREUS, 2007, p. 207), por ser impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os demandantes uma vaga em creche, uma moradia ou um tratamento médico de alta complexidade, o verdadeiro objeto dos direitos sociais é sempre uma política pública.

Assim, direitos sociais essenciais como assistência social, saúde e educação são conferidos pelo Estado aos titulares beneficiários através da inserção de políticas públicas no orçamento.

2.1. Políticas públicas e orçamento

As políticas públicas podem ser conceituadas como programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006 apud FELIPE, 2018, p. 64) Ou ainda como “um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público”. (FIGUEIREDO, 2019, p. 160)

Também se pode conceituar políticas públicas como o “conjunto de iniciativas governamentais organizadas em função das necessidades socioeconômicas, que contém instrumentos, finalidades e fontes de financiamento”. (BRASIL, 2019a)²

Os fundamentos das políticas públicas estão inseridos na Constituição de 1988, definidos que foram através dos debates políticos promovidos pelos diversos atores presentes na formulação da lei fundamental. No entanto, a efetividade de cada direito social somente poderá ser garantida através da inserção da política pública correspondente no orçamento do ente público responsável.

Como as políticas públicas estão inseridas no orçamento? Como identificar os programas governamentais e a existência de recursos alocados para as atividades e os projetos necessários para determinada política? Nos próximos tópicos essas questões serão abordadas.

2.2. As peças orçamentárias

Quando se menciona o orçamento se está a referir a três peças orçamentárias: o Plano Plurianual – PPA, a Lei Orçamentária Anual – LOA e a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, que completa a tríade e a que incumbe a fixação das metas fiscais.

O Plano Plurianual é o instrumento de planejamento governamental de médio prazo que define diretrizes, objetivos e metas para viabilizar a implementação dos programas. Possui duração de quatro anos e deve ser encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro ano de mandato para vigorar até o final do primeiro exercício financeiro do mandato do chefe do executivo subsequente. (BRASIL,

² Artigo 2, V, da Lei nº 13.971/2019.

1988a)³ O objetivo do dispositivo constitucional mencionado é garantir que não haja solução de continuidade na implementação de políticas públicas entre os mandatos de diferentes governantes. Idealmente as políticas públicas em andamento não deveriam sofrer mudanças abruptas a cada eleição.

A LOA, por sua vez, é a lei que contempla a previsão de receitas e a fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado pelo período de um exercício financeiro. (CUNHA, 2017, p. 194)

Tradicionalmente se compreendia que as peças orçamentárias, apesar de possuírem a natureza jurídica de leis, não seriam impositivas para o Poder Executivo, que poderia alterar a destinação dos recursos conforme entendesse mais apropriado ao longo do exercício financeiro. Esse posicionamento está tão arraigado no pensamento jurídico que muitos autores, ao se referirem às leis orçamentárias, as consideram como “peças de ficção”.

Assim é a clássica lição de Laband (1979 apud FARIA, 2009, p. 143), *“La ley presupuestaria consta de dos partes muy distintas entre sí: por um lado, el Presupuesto propriamente dicho y, por outro, la ley que lo establece”*, quer dizer, a previsão de receitas e despesas não seria lei em sentido material.

Apesar disso, cada vez mais autores recusam conceder à lei a alcunha de “peça de ficção”. Por exemplo, José Maurício Conti (2016), ainda que admita a necessidade de flexibilidade orçamentária pelas próprias intercorrências havidas entre a previsão e a execução do orçamento, apregoa que os instrumentos de flexibilidade sejam limitados e seu uso moderado para que se cumpra o orçamento do modo como foi aprovado pelo Poder Legislativo, apenas com eventuais alterações necessárias.

Conti estaca, no mesmo artigo supracitado, os instrumentos mais utilizados e representativos de alteração do orçamento, sendo eles: os créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários), o contingenciamento, as transposições, os remanejamentos e as transferências. O autor assim os conceitua:

Os créditos suplementares são abertos para o reforço de dotações que se mostraram insuficientes, os especiais atendem a despesas que não tinham dotação orçamentária específica, e os extraordinários são admitidos para despesas imprevisíveis e urgentes, conforme dispõe o artigo 167, § 3º, da Constituição. [...]

Com a finalidade de empregar os créditos orçamentários em montantes inferiores aos previstos, promove-se a limitação de empenho e movimentação financeira, terminologia usada pela Lei de Responsabilidade Fiscal para tratar dos contingenciamentos (ou “bloqueios”) de recursos. De acordo com a programação

³ Artigo 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

orçamentária e financeira do ente, deve-se proceder à suspensão da execução do gasto, tendo em vista, por exemplo, as expectativas de diminuição da arrecadação. Trata-se, portanto, de um instrumento de ajuste da execução da despesa aos fluxos de receitas. [...]. Mas há diversos outros mecanismos de flexibilidade voltados não a gastar menos, mas a gastar mais ou de forma diversa da inicialmente prevista. É o caso, por exemplo, das transposições, remanejamentos e transferências de recursos, que realocam recursos de uma categoria da programação a outra ou de um órgão a outro, conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 167, VI. [...]. Caso se trate de alteração de dotações em razão de mudanças na organização administrativa, há remanejamento, como quando se extingue um órgão e se deslocam seus recursos a outro (modificação no plano institucional); caso se reveja a prioridade de programas fala-se em transposição (modificação no plano programático); e caso se transfiram recursos entre distintas categorias de despesa tem-se propriamente a transferência (modificação no plano dos gastos). (CONTI, 2016, p. 5)

Assim como Conti, outros autores preconizam que não há plena liberdade ao administrador para a modificação da lei orçamentária. Nesse sentido, Élda Graziane, por exemplo, enfaticamente discorre sobre a necessidade de o gestor se vincular ao planejamento que ele mesmo elaborou:

Nada há de mais prioritário, mais estrutural do que esse conjunto de metas e estratégias que devem ter previsão orçamentária suficiente e que depois, durante a execução orçamentária, o seu descumprimento deve exigir motivação, caso elas não sejam cumpridas. A discricionariedade orçamentária precisa ser controlada, inclusive a partir do dever de motivação sobre as rotas de descumprimento e/ou de afastamento em relação ao planejado na forma da lei. (PINTO, 2018, p. 115)

Apesar de admitir certa discricionariedade ao administrador público na escolha dos programas a serem privilegiados, especialmente em casos de insuficiência de recursos, Rodrigo Faria (2009, p. 198) sustenta que essa discricionariedade não implica a atribuição de amplos poderes de seleção sem consonância com o que tinha sido objetivado pela lei.

Efetivamente, a peça orçamentária encerra (ou deveria encerrar) parte fundamental do ciclo das políticas públicas. Tendo sido feito o diagnóstico do problema social, formulado o programa capaz de lidar com ele e inserido no orçamento o recurso

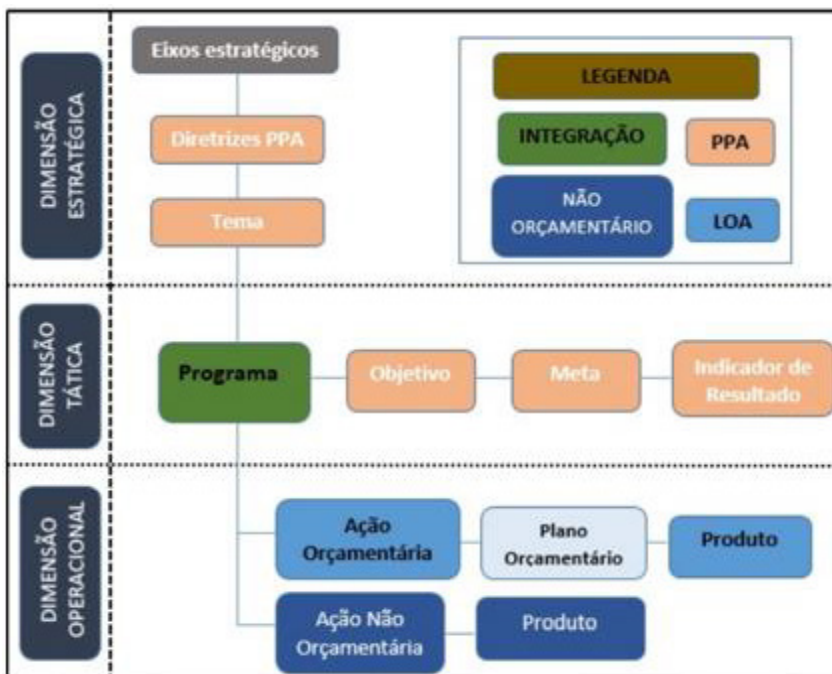
necessário para a implementação, deveria o gestor aplicar o recurso (até porque a escolha da política foi referendada pelo Poder Legislativo).

Eventual modificação do planejamento, para ser legítima, precisa estar devidamente justificada. Qualquer desvio envolve responsabilidade do chefe do Poder Executivo, nas exatas palavras de Regis de Oliveira. (2005, p. 03)

2.3. A localização das políticas públicas na lei orçamentária

De acordo com o Manual Técnico Orçamentário – MTO (2022), a estrutura programática da classificação das despesas pode ser compreendida em três dimensões: a estratégica, a tática e a operacional, como se pode verificar na figura abaixo:

Figura 1 – Classificação da despesa pública em dimensões



Fonte: Manual Técnico Orçamentário (2022).

A política pública está inserida tanto na dimensão estratégica quanto na tática e operacional, sendo que os programas estão desdobrados em ações. (FARIA, 2009, p. 180) As ações resultam em produtos que contribuem no atendimento dos objetivos dos programas, sendo classificadas em atividades e projetos (as operações especiais, apesar de também serem ações, não entregam nenhum bem ou serviço diretamente).

O Plano Plurianual traz a previsão das políticas públicas em nível estratégico. Como se pode verificar no Plano Plurianual da União de 2020-2023, há previsão no programa “Assistência Farmacêutica no SUS” de um objetivo bastante genérico, que vai ser especificado na LOA de cada ano (nível operacional):

**Figura 2 – Programa de Governo do Orçamento Federal
(PG 5017 – Assistência Farmacêutica no SUS)**

PROGRAMA: 5017 - Assistência Farmacêutica no SUS

Diretriz: 11 - Ampliação da cobertura e da resolutividade da atenção primária à saúde, com prioridade na prevenção, e o fortalecimento da integração entre os serviços de saúde

Órgão Responsável: Ministério da Saúde

Esfera	Valor 2020 (mil R\$)	Valor 2021-2023 (mil R\$)
Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social	14.380.816	46.403.620
Despesas Correntes	14.365.292	46.403.620
Despesas de Capital	15.524	0
Recursos Não orçamentários	16.916.526	58.602.982
Gastos Tributários	16.916.526	58.602.982
Valores Globais	31.297.342	105.006.603
	136.303.945	

OBJETIVO: 1239 - Promover ações que garantam e ampliem o acesso da população a medicamentos e insumos estratégicos, com qualidade, segurança, eficácia, em tempo oportuno, promovendo seu uso racional.

META: 0521 - Adquirir 100% dos medicamentos e insumos estratégicos sob responsabilidade de compra centralizada pelo Ministério da Saúde para abastecimento do SUS

Unidade de medida: percentual

Descritor de desempenho: Percentual de aquisições de medicamentos e insumos estratégicos em relação à programação

Linha de base: 100,00

Data de referência: 31/12/2018

Valor previsto ao final do PPA: 100,00

Fonte: PPA da União 2020-2023 (2021).

Já a Lei Orçamentária Anual vai trazer as ações específicas (atividades ou projetos) para atender os objetivos de cada um dos programas eleitos como prioritários em nível estratégico. Observe-se na LOA da União de 2022 como são mais específicas duas ações relacionadas ao programa 5017:

Figura 3 – Exemplos de ações do programa 5017:

Ação	Programa	Órgão	Valor
00FM Assistência Médica e Odontológica às Polícias Civil e Militar e ao Corpo de Bombeiros do Distrito Federal	0903 Operações Especiais: Transferências Constitucionais e as Decorrentes de Legislação Específica	73000 - Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios	414.646.194
6148 Assistência Médica Qualificada e Gratuita a Todos os Níveis da População e Desenvolvimento de Atividades Educacionais e de Pesquisa no Campo da Saúde – Rede SARAH de Hospitais de Reabilitação	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	1.219.841.640
8585 Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	57.568.579.729
4324 Atenção à Saúde de Populações Ribeirinhas e de Áreas Remotas da Região Amazônica mediante Cooperação com a Marinha do Brasil e com o Exército Brasileiro	5019 Atenção Primária à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	20.852.645
6217 Atenção à Saúde nos Serviços Ambulatoriais e Hospitalares do Ministério da Saúde	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	1.100.100.000
4295 Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas	5017 Assistência Farmacêutica no SUS	36000 - Ministério da Saúde	1.770.000.000
8305 Atenção de Referência e Pesquisa Clínica em Patologias de Alta Complexidade da Mulher, da Criança e do Adolescente e em Doenças Infecciosas	5020 Desenvolvimento Científico, Tecnológico e Produtivo em Saúde	36000 - Ministério da Saúde	185.304.915
4370 Atendimento à População para Prevenção, Controle e Tratamento de HIV/AIDS, outras Infecções Sexualmente Transmissíveis e Hepatites Virais	5017 Assistência Farmacêutica no SUS	36000 - Ministério da Saúde	2.224.663.100

Fonte: Lei Orçamentária Federal (2022).⁴

Dentro de um dos programas eleitos como prioritários na área da saúde, serão definidas ações para que sejam atingidos os objetivos e metas. Na figura acima, extraída da LOA 2022, são definidos as ações, os programas, os órgãos e os valores que se pretendem destinar a cada ação.

As dotações previstas são limites, autorizações máximas de gastos (exceto se houver reforço das dotações). Apesar disso, não é correta a conclusão de que todo o orçamento é meramente autorizativo.

Razões de ordem prática podem inviabilizar a execução de determinada dotação, como no exemplo apresentado por Laband (1979 apud FARIA, 2009, p. 166), do falecimento de aposentado para o qual era devido o pagamento previdenciário ou quando haja circunstâncias políticas ou econômicas que recomendem cautela (e consequentemente limitações de empenho).

Qualquer que seja o motivo do descumprimento da previsão de gastos (que afinal foi definida como prioritária pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo), deverá ser devidamente demonstrado para que seja reconhecido como legítimo. O orçamento aprovado, portanto, possui a coercibilidade das leis somente podendo ser modificado através dos instrumentos legalmente previstos (abertura de créditos adicionais, limitações de empenho, remanejamentos, transferências) e as modificações devem ser devidamente justificadas por alterações fáticas comprovadas.

O descumprimento irregular da lei orçamentária pode ensejar a responsabilização do gestor através dos mecanismos de controle da administração (conforme exposto na seção 3).

⁴ BRASIL. *Lei nº 14.303, de 21 de janeiro de 2022*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.303-de-21-de-janeiro-de-2022-*-375541502. Acesso em: 8 nov. 2022.

2.4. A escassez orçamentária e a escolha na alocação de recursos

Trata-se de fato notório, correntemente afirmado tanto no meio acadêmico quanto em decisões judiciais, que os recursos são escassos e a efetivação dos direitos sociais fica condicionada à reserva do possível.

Conforme recordado por Thiago Lima Breus (2007, p. 230), a teoria da reserva do possível⁵ surge na década de 70, mesma época em que cunhada a teoria dos custos dos direitos,⁶ motivada pela cobrança cada vez maior dos cidadãos por prestações que efetivassem os direitos fundamentais sociais.

Surgida na Alemanha no caso paradigmático em que um cidadão pleiteava vaga em Universidade, com base no direito social ao livre exercício de profissão, a teoria da reserva do possível foi utilizada em diversos casos submetidos ao Judiciário brasileiro para negar a efetividade de direitos sociais em razão de insuficiência de recursos financeiros.

Apesar de inegável a insuficiência de recursos para atendimento a todas as necessidades garantidas pela Constituição, fato é que a alegação de falta de recursos muitas vezes esconde uma alocação indevida em detrimento de prioridades estabelecidas pela Carta Magna.

Quando o gestor define as despesas que serão realizadas no exercício financeiro seguinte, ele não apenas escolhe em que irá investir os escassos recursos públicos, mas, principalmente, escolhe em que não irá investir. Como na história popular do cobertor curto, algumas necessidades serão atendidas enquanto outras ficarão descobertas.

Diante da necessidade de escolha da alocação de recursos, autores como Canotilho, citado por Cristiano de Oliveira Taveira e Thaís Marçal, apregoam que o gestor e o legislador possuem uma autonomia que é limitada pelo núcleo essencial dos direitos sociais já realizados. Incidiria no caso o princípio da vedação do retrocesso. (TAVEIRA; MARÇAL, 2013, p. 163-164)

Nesse ponto se pode questionar, antecipando o que será analisado no tópico seguinte: a legitimidade democrática garante a insindicabilidade das decisões políticas adotadas nas peças orçamentárias? Antecipa-se que a resposta é negativa em razão da possibilidade de as decisões serem controladas em alguns aspectos.

⁵ A teoria da reserva do possível, que surgiu na Alemanha, pode ser resumida na ideia de que há limites fáticos que condicionam a implementação dos direitos. Os limites poderiam ser a inexistência de recursos ou a alocação indevida dos recursos em face das prioridades constitucionalmente eleitas. (BREUS, 2007, p. 235-236)

⁶ A teoria dos custos dos direitos surgiu nos Estados Unidos na década de 70, sendo que seus idealizadores defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de um direito social poderia causar. (BREUS, 2007, p. 231)

3. O controle da administração pública

Estabelece a constituição federal de 1988 que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”. (BRASIL, 1988b) Esse dispositivo encerra o fundamento da democracia representativa, em que o povo se faz representar por pessoas por ele escolhidas.

Como em toda representação, os representados precisam ter controle sobre o poder que delegaram. Isso se faz ainda mais importante quando há desconfiança na atuação legítima dos mandatários. Essa desconfiança, fomentada pelas crises econômicas e políticas, pela má-gestão e, sobretudo, pela corrupção, é um sentimento que emerge na sociedade a partir do século XXI e exige a remodelagem das instituições.

Pontua a autora Sabrina Iocken (2018, p. 25) que o cenário em que “representados que não se sentem representados e um povo soberano que não se sente soberano” revela a profunda crise de legitimidade democrática por que passam os governos na atualidade. A desconfiança atualmente existente não mais se satisfaria apenas com a escolha dos representantes, exigindo o resgate do sentimento de identificação com eles. (IOCKEN, 2018, p. 44)

Citando Rosanvallon, a autora menciona que a eleição dos governantes instauraria apenas uma “democracia de autorização”; numa perspectiva mais moderna, visando superar a crise de legitimidade, seria necessário instaurar uma “democracia de apropriação”. Esta estaria erguida sob os pilares da legibilidade, da responsabilidade e da responsividade. (IOCKEN, 2018, p. 50) A perspectiva da legibilidade, em síntese, implicaria não apenas a publicidade como também a acessibilidade das informações publicadas. A responsabilidade, por seu turno, implica a limitação ao poder, no que se aproxima da noção de *accountability*.⁷ Por fim, a responsividade que nada mais é que a busca por instrumentos para dar voz à opinião pública, de forma que a sociedade pudesse partilhar do poder de decisão.

Apesar da importância dos pilares da legibilidade e da responsividade, para os fins deste trabalho, será focado o pilar da responsabilidade como mecanismo de controle do Poder. Nesta seção serão enfatizados principalmente alguns dos diversos tipos de controle sobre a execução do orçamento.

Utilizando a divisão mencionada por Pedro Arruda Neto (2015, p. 21), o controle das políticas públicas no orçamento pode ser classificado em social e institucional, este dividido entre os poderes Executivo (controle interno), Legislativo (controle externo), Judiciário e Ministério Público (que serão analisados no mesmo tópico).

⁷ O termo se originou nos Estados Unidos e significa, grosso modo, ser responsável ou responsabilizável por ações e omissões. Mantém-se o anglicismo em razão da inexistência de palavra em nosso idioma que correspondesse ao significado do termo em inglês.

3.1. Controle interno do Poder Executivo

O controle interno pode ser conceituado como aquele que é executado pelas diversas unidades da estrutura organizacional de cada Poder. Essa forma de controle decorre da autotutela da legalidade dos atos praticados pelo próprio Poder que exerce o controle (no caso em análise, do Poder Executivo).

Glock (2008 apud ARRUDA NETO, 2015, p. 21) identifica os seguintes escopos do controle interno:

- controles internos: são aqueles executados pelas diversas unidades da estrutura organizacional e contrapõem-se aos controles externos;
- controles formais: são aqueles projetados para assegurar a observância à legislação e às normas disciplinares em uma organização estatal;
- controles substantivos: são aqueles desenhados para garantir eficiência e eficácia na aplicação dos recursos. Diz respeito à apreciação quantitativa e qualitativa destas aplicações;
- controles preventivos: são projetados para evitar a ocorrência de equívocos e erros, desperdícios ou irregularidades;
- controles detectivos: existem para detectar os erros, equívocos, desperdícios e irregularidades, permitindo medidas tempestivas de correção, e
- controles corretivos: existem para detectar os erros, equívocos, desperdícios e irregularidades após a sua ocorrência, permitindo ações corretivas posteriores.

A CRFB/88, em seu artigo 74, traz a previsão das finalidades do controle interno:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

(BRASIL, 1988b)

Conforme se pode constatar pela leitura do artigo, compete ao controle interno a avaliação do cumprimento das metas, a execução dos programas de governo e dos orçamentos. Por estar inserido na estrutura do próprio órgão avaliado, o controle interno tem uma grande vantagem e uma desvantagem: ele pode atuar mais rapidamente para evitar ou indicar a correção do dano/ilegalidade, mas também acaba por sofrer influências e pressões em sua atuação, especialmente quando seus membros não gozam de autonomia e independência.⁸

Vislumbrando essa desvantagem e visando compelir os componentes do controle interno ao bom desempenho da função de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, o § 1º do já citado artigo 74 da Constituição prevê que os responsáveis pelo controle interno que tenham ciência de irregularidades/ilegalidades e se furtarem em denunciá-las responderão solidariamente com os responsáveis pelos atos irregulares/ilegais.

Em âmbito federal, a Lei nº 10.180/01 organiza e disciplina o controle interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências. No artigo 24, a lei relaciona as competências do sistema de controle interno, algumas das quais diretamente relacionadas com o controle da execução do orçamento e das políticas públicas (incisos II, III, XI). Eis a redação do artigo:

Art. 24. Compete aos órgãos e às unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:

- I - avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no plano plurianual;
- II - fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos Orçamentos da União, quanto ao nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e à qualidade do gerenciamento;
- III - avaliar a execução dos orçamentos da União;
- IV - exercer o controle das operações de crédito, avais, garantias, direitos e haveres da União;
- V - fornecer informações sobre a situação físico-financeira dos projetos e das atividades constantes dos orçamentos da União;
- VI - realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados;
- VII - apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de

⁸ Em muitos Municípios os servidores do controle interno são comissionados, o que torna a atuação corretiva escassa ou mesmo nula.

recursos públicos federais e, quando for o caso, comunicar à unidade responsável pela contabilidade para as providências cabíveis;

VIII - realizar auditorias nos sistemas contábil, financeiro, orçamentário, de pessoal e demais sistemas administrativos e operacionais;

IX - avaliar o desempenho da auditoria interna das entidades da administração indireta federal;

X - elaborar a Prestação de Contas Anual do Presidente da República a ser encaminhada ao Congresso Nacional, nos termos do *art. 84, inciso XXIV, da Constituição Federal*;

XI - criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União. (BRASIL, 2001a, grifo do autor)

O funcionamento adequado do controle interno de cada órgão garantiria o cumprimento das peças orçamentárias, evitando a ocorrência de danos ao erário e ao cidadão, mediante a violação de direitos fundamentais, além de auxiliar o Poder Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público a exercerem o controle externo.

3.2. Controle parlamentar e Tribunais de Contas

Compete precipuamente ao Poder Executivo a elaboração do orçamento, que modernamente, além de prever receitas e fixar despesas, programa a vida econômica e financeira do Estado, bem como planeja a implementação de políticas públicas. Com tantas e tão relevantes funções, assume posição de destaque o controle de sua execução como meio de garantir o adequado funcionamento da máquina estatal.

Em termos de controle, a Carta Magna prevê a existência dos controles interno, externo e social. O controle externo é exercido principalmente pelo Parlamento, com auxílio dos Tribunais de Contas. (BRASIL, 1988b)⁹

O Parlamento possui como uma de suas atribuições o controle do processo do ciclo orçamentário podendo apresentar emendas ao projeto de lei orçamentária anual – PLOA, além de emendas aos projetos de lei de créditos adicionais e de créditos extraordinários.

Apesar de a teoria clássica restringir a amplitude do controle exercido pelo Legislativo alegando que não poderia suprimir dotações relativas a obrigações civis, aumentar ou diminuir receitas ou suprimir despesas como, por exemplo, sustenta Laband (1979 apud FARIA, 2009), atualmente se reconhece que os únicos limites são os fixados pela Constituição e os garantidores dos direitos fundamentais. (FONROUGE, 1977 apud FARIA, 2009, p. 233)

⁹ Artigo 71 e seguintes da CRFB/88.

Além desse controle direto, o Legislativo exerce o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas. Conforme mencionado por Milene Cunha, aos Tribunais de Contas compete, além da avaliação de aspectos contábeis e financeiros, também aspectos orçamentários e patrimoniais, relacionados à legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência do gasto público, o que tem implicado significativo aumento da relevância dos pareceres prévios como instrumentos de pressão sobre os parlamentares e sobre o Executivo que se vê compelido a corrigir eventuais irregularidades constatadas. (CUNHA, 2017, p. 208)

O artigo 70 da CRFB/88 enfatiza que a fiscalização orçamentária levará em conta a legalidade, a legitimidade e a economicidade, de forma que as ações e programas inseridos no orçamento deverão ser avaliados por esses prismas.

O controle de legalidade não enseja maiores dificuldades conceituais. Trata-se da avaliação da conformidade do ato com a lei. Aqui cabe uma breve referência ao artigo 17-D da Lei de Improbidade que exclui a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade para o controle de legalidade de políticas públicas. Apesar da redação do artigo, que impede o ajuizamento de ação de improbidade para o controle de legalidade, ainda se faz possível discutir a legalidade de determinada política pública na ação de improbidade, caso haja conexão com ato de improbidade.

Além disso, a Lei de Improbidade não exclui a possibilidade de sua aplicação para os controles de legitimidade e economicidade de políticas públicas. Retornar-se-á ao ponto na seção 4.

O controle de legitimidade possui como escopo verificar se o ato praticado realiza os direitos fundamentais, correspondendo às expectativas do público destinatário da política pública. Ao realizarem essa avaliação de legitimidade os Tribunais de Contas podem intervir para a concretização de direitos fundamentais. Em razão das elevadas funções desempenhadas e para garantir a imparcialidade e a independência dos seus membros, gozam esses órgãos do mesmo regime jurídico aplicável ao Judiciário. (CUNHA, 2017, p. 211)

Por fim, a avaliação do ato quanto à economicidade implica uma análise de custo-benefício em que o ato é analisado não apenas em função da produção de efeitos como também da execução da forma menos custosa para os cofres públicos. Essa análise tem relação direta com o princípio constitucional da eficiência e uma escolha inadequada pode gerar danos ao erário.

3.3. Controle social

É inegável a importância do controle social sobre a execução das políticas públicas inseridas no orçamento, afinal, além de titular do poder soberano, é o povo o destinatário dos serviços públicos e o responsável pela eleição (ou rejeição) dos elaboradores das políticas públicas inseridas nas peças orçamentárias. Apesar disso, o controle social não costuma ser suficientemente desempenhado, tanto assim que se costuma atribuir ao Ministério Público – MP a função de fomentar uma maior

participação social. Nesse sentido, Rubin Lemos (2021, p. 60) estipula como um dos três parâmetros mínimos de atuação do MP o fomento e incentivo do controle social através de uma maior transparência de dados e de informações orçamentárias, além da efetivação de normas que determinam a participação de cidadãos em conselhos.

Importante instrumento de participação e controle social repressivo sobre a atuação do Estado em geral (e sobre a implantação de políticas públicas em particular) está previsto no artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República. A ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717/65, possibilita que o cidadão possa pleitear a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, assim também considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (BRASIL, 1965)¹⁰

Embora de difícil ocorrência na prática, pode-se vislumbrar o uso da ação popular para coibir o descumprimento de políticas públicas inseridas no orçamento sempre que houver dano ou risco de dano ao patrimônio público quando, por exemplo, a demora puder gerar um pagamento a maior, a cobrança de juros ou lesão aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Outros instrumentos de participação também previstos na Constituição possuem um viés mais preventivo do que repressivo. Preventivo por se tratar de atuação que antecede a decisão política e a ela confere densidade e mais legitimidade. Dessa natureza são o chamado orçamento participativo, previsto no artigo 29, XII, da CRFB/88 e regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a participação na elaboração da política pública (artigos 198, III, 204, II, 205, *caput* e VI, 216-A, dentre outros na CRFB/88), a previsão de realização de audiências públicas e participação popular na elaboração do PPA, LDO e LOAs. (BRASIL, 2000)¹¹

Como já citado linhas acima, a participação popular depende muito da transparência e da acessibilidade dos dados e informações sobre o orçamento e a execução das políticas públicas. Infelizmente, as informações não costumam ser fornecidas nos “sites” das Prefeituras e Câmaras (especialmente em Municípios pequenos do interior) e, quando são divulgadas, o são de modo hermético ou em formato que impede a leitura por meio de máquinas, o que impossibilita o tratamento dos dados e a extração de conclusões.

Há muito ainda que se avançar em termos de controle social, que é visto por Élica Graziane (2018, p. 104) como o principal instrumento de pressão por mudanças sociais. No entanto, conforme afirma Rubim Lemos (2021, p. 198), a participação popular no processo orçamentário contribui para a qualidade da *accountability*, possibilita a tomada de melhores decisões pelo cidadão, além de conferir força e legitimidade para eventual escolha pública inserida no orçamento após deliberação e discussão da coletividade, sem contar que a população é fonte de informações que podem ser utilizadas pelo MP para desempenho de suas funções.

¹⁰ Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65.

¹¹ Artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei complementar nº 101/2000).

3.4. Controle judicial e o Ministério Público

Neste tópico abordar-se-á tanto o controle judicial quanto a atuação do Ministério Público na fiscalização da correta execução do orçamento e da efetividade dos direitos difusos e coletivos, uma vez que, apesar de os órgãos poderem atuar isoladamente (o Poder Judiciário em atenção à demanda de outro legitimado, e o Ministério Público, extrajudicialmente), na maioria das vezes atuarão em conjunto, cada qual com sua função.

3.4.1. Controle Judicial

Apesar de ainda haver doutrinadores que sustentam que a separação de poderes é óbice intransponível para o controle judicial das políticas públicas, a evolução doutrinária e jurisprudencial aponta para a possibilidade de controle judicial, muito embora, para alguns autores, esse controle tenha limites.

Guilherme Sousa (2010, p. 3) atribui à passagem do Estado Liberal para o Estado Social a instituição de um maior controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, especialmente pela positivação de direitos sociais nas Constituições, pela necessidade de garantir a eficácia da Carta Magna e a efetivação de seus preceitos.

Os autores que, como Guilherme Sousa, defendem que o controle das políticas públicas exercido pelo Judiciário sofre limitações indicam como razões a falta de conhecimento técnico dos magistrados sobre o ciclo das políticas públicas, que exigiriam conhecimentos científicos além da dogmática jurídica, e também a suposta falta de legitimidade democrática.

Em relação à falta de conhecimento técnico, Sousa afirma que a formação da política pública exigiria a internalização de conceitos e o manejo de várias outras ciências além do Direito. Ademais, de acordo com esse mesmo autor, essa necessidade não poderia ser suprida por intermédio dos auxiliares da Justiça. (SOUSA, 2010, p. 14)

Com toda a vênia, nos moldes do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Deste modo, caso haja demandas que envolvam conhecimentos interdisciplinares, elas terão que ser decididas, não podendo o Judiciário se abster de julgar. O julgamento de demandas que envolvem conhecimentos de outras ciências (medicina, engenharia etc.) ocorre sem que haja qualquer questionamento sobre essa possibilidade de intervenção do Judiciário: são chamados peritos para auxiliarem o juiz na tarefa.

Sobre a possibilidade de a decisão judicial envolver questões que demandem conhecimentos técnicos de outras ciências (chamada por alguns de “discricionariedade técnica”), transcreve-se a lição de Luis Manuel Fonseca Pires (2020, p. 250):

Portanto, não há sentido em se sustentar a “discricionariedade técnica”. O que existem são conceitos jurídicos indeterminados que se referem a elementos técnicos e científicos de outras áreas, mas

cujos informes (por exames, perícias, avaliações etc.) possibilitam ao intérprete convencer-se sobre o que melhor se coaduna à lógica do razoável e à lógica do preferível.

O próprio princípio da inafastabilidade pode ser oposto ao argumento de que ao Judiciário faltaria legitimidade democrática: a legitimidade do Poder Judiciário decorre da Constituição e a autoridade de suas decisões é aferida em cada caso através da motivação, por meio da qual se pode aferir o caminho lógico percorrido pelo julgador para proferir determinada decisão. (BRASIL, 1988b)¹² No exato sentido da legitimidade da decisão judicial, Aury Lopes Júnior, citado por Luciano Chaves de Farias (2015, p. 88), preconiza:

[...] a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Também decorre da Constituição a autorização para o controle judicial das políticas públicas em razão da função do Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais. Essa autorização para a intervenção do Judiciário no planejamento e na execução das políticas públicas é vista por muitos com ressalvas. O Poder Judiciário, a pretexto de efetivar direitos fundamentais, adentraria demasiadamente na gestão pública, prejudicando o planejamento estratégico das políticas públicas.

As críticas têm fundamento. O atendimento isolado de pretensões individuais, sem que se analise a política pública como um todo pode levar ao atendimento seletivo de determinados indivíduos em detrimento da coletividade. Isso ocorreu no início da judicialização da pretensão ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico. Farias (2015, p. 93;105) manifesta sua preocupação com a questão:

Quando a Administração Pública é compelida, pelas vias judiciais, a prestar, indiscriminadamente, atendimentos médicos e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem significativos impactos, comprometendo-se todo o sistema de saúde, além do funcionamento do Estado como um todo.

[...]

¹² Artigo 93, IX, da CRFB/88.

A regra é muito simples: sendo os recursos públicos limitados e condicionados, para se gastar em uma ação não prevista será necessário cortar o gasto de uma ação anteriormente planejada.

No sentido do trecho colacionado acima, Rubin Lemos pontua que “a atuação do Poder Judiciário nessa seara, sem levar em conta os programas e políticas públicas em andamento, acarreta, no âmbito da programação, prejuízo para o sistema de planejamento”. (LEMOS, 2021, p. 85) Vanice do Valle oferece uma alternativa interessante ao sugerir que a ordem judicial mais adequada determinaria a inclusão de recursos em orçamento de exercícios futuros desde que ocorresse “*como etapa final do planejamento público anteriormente desenvolvido*” pela própria administração na formulação da política pública. (VALLE, 2016, p. 149, grifo do autor)

Apesar de legítima a preocupação externada pelos doutrinadores que criticam a intervenção judicial, não se pode afastar de antemão a possibilidade de o Poder Judiciário interferir no planejamento e na execução de políticas públicas, especialmente em caso de omissão ilegal na aplicação de recursos em ações e programas já previstos no orçamento.

Nesses casos nem se pode invocar a falta de legitimidade do Poder Judiciário para a escolha alocativa porque a escolha já foi feita pelos órgãos competentes, que estão omissos apenas na execução da ação planejada. Conforme bem frisado por Milene Cunha (2017, p. 199), a inércia estatal nessas hipóteses reclamaria a intervenção judicial sobre as escolhas orçamentárias realizadas no próprio orçamento. As decisões judiciais acabariam por impor o próprio cumprimento da lei orçamentária, muitas vezes desprezada.

Vale ressaltar que a partir de janeiro de 2023 será exigido que todos os entes públicos utilizem um importante instrumento de avaliação da execução orçamentária, o sistema único e integrado de execução orçamentária, administração financeira e controle – Siafic, que já tinha sido previsto desde 2016 no artigo 48, § 1º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por meio do Siafic será possível avaliar todas as informações relacionadas à execução orçamentária (além dos instrumentos de transparência fiscal previstos na LRF – Relatório Resumido de Execução Orçamentária – RREO, Relatório de Gestão Fiscal – RGF e prestações de contas), contendo registro de todos os atos e fatos da Administração Pública, bem como dos agentes públicos responsáveis pela gestão do orçamento, assegurando maior segurança jurídica quanto ao cumprimento da lei orçamentária. Tais informações são essenciais para possibilitar o controle de legitimidade orçamentária possibilitado pelo artigo 10, IX, da Lei nº 8.429/92 (que será tratado na seção 4).

Situação diferente do controle da legitimidade de uma política pública já prevista no orçamento ocorreria caso fosse submetida ao Judiciário uma demanda em que se pretendesse a efetivação de direito social mediante a inclusão de determinada

política pública no orçamento. Nesse caso, muitos autores defendem que haveria discricionariedade do gestor em função da limitação de recursos (reserva do possível) e eventual decisão judicial estaria usurpando a função do Executivo.

Sobre esse aspecto não se nega a existência de certa discricionariedade na alocação de recursos, mas não se pode admitir que, escorado quer na discricionariedade quer na reserva do possível, o gestor descumpra sistematicamente os direitos sociais garantidos na Constituição. Caso observado esse descumprimento reiterado e sistemático seria admissível a intervenção judicial.¹³ A jurisprudência do STF também se inclina nesse sentido. (RE nº 581.352 AgR/AM)¹⁴

Além de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais garantidos pelas políticas públicas, o controle judicial também abrange a eventual punição dos agentes públicos pelo cometimento de crimes e de atos de improbidade administrativa. Os atos de improbidade administrativa que têm relação com o descumprimento de normas orçamentárias serão abordados na seção 4.

¹³ Nesse sentido, Cf. CUNHA, Milene. O controle da execução orçamentária como meio garantidor de direitos fundamentais. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coord.). *Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo* – Estudos de Ministros e Conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 198. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1484/1538/2595>. Acesso em: 19 out. 2022.

¹⁴ Ementa: Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da República (rtj 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisprudencial de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, iii) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, ii) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Especial n. 581.352/AM*. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24205269>. Acesso em: 8 nov. 2022.

3.4.2. A atuação do Ministério Público

As atribuições do Ministério Público estão previstas no artigo 129 da CRFB/88. A atuação ministerial pode se dar tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial. Para o controle da Administração Pública em matéria orçamentária importante citar as atribuições previstas nos incisos I, III, IV, VI. O inciso IX contém uma regra genérica que amplia a possibilidade de atuação do MP para outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

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. (BRASIL, 1988b)

O descumprimento das regras de Direito Financeiro e Orçamentário pode gerar a responsabilização penal dos agentes. A Lei de Responsabilidade Fiscal menciona que as infrações aos seus dispositivos poderão ensejar punição penal. (BRASIL, 2000)¹⁵ Já a Lei nº 10.028/2000, que alterou o Código Penal, tipifica as condutas praticadas contra as finanças públicas que são puníveis na seara penal.¹⁶ Também contém previsão de sanções penais a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-Lei nº 201/67.¹⁷

A responsabilização dos agentes públicos na esfera civil é de atribuição precípua do *Parquet*, que se utiliza do inquérito civil e da ação civil pública (também da ação de improbidade administrativa) para tal desiderato. Através do inquérito civil, o Ministério Público não apenas coleta informações visando eventual ajuizamento de ação civil pública como também expede recomendações, requisita documentos, pode

¹⁵ Artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei complementar nº 101/2000).

¹⁶ Como exemplo se podem citar os artigos 359-A, 359-B, 359-C e 359-D, todos relacionados à ordenação irregular de despesas.

¹⁷ Ambas as leis tratam de crimes de responsabilidade e preveem a punição de condutas relacionadas ao descumprimento à lei orçamentária. No caso dos crimes de responsabilidade do Presidente da República o julgamento é político.

celebrar Termos de Ajustamento de Conduta – TAC ou Acordos de Não Persecução Cível – ANPC, visando proteger os direitos difusos e coletivos ameaçados ou lesados.

O inquérito civil é um instrumento importantíssimo para a tutela dos direitos difusos e coletivos. Ele está previsto no artigo 8º e 9º da Lei nº 7.347/85 e pode ser instruído com certidões, informações, exames, perícias e documentos, a serem obtidos com o poder de requisição concedido ao MP.¹⁸ A Lei nº 14.230/21 trouxe algumas alterações nos prazos do inquérito civil para a apuração de atos de improbidade, que ainda serão objeto de muita discussão doutrinária.¹⁹

O Ministério Público também pode manejar ações ou representações de inconstitucionalidade para discutir a constitucionalidade de diplomas legislativos, inclusive aqueles referentes às leis orçamentárias.

Apesar da importância desses instrumentos e de seu regular manejo pelos membros do MP, a atuação ministerial não escapa a críticas, especialmente em razão da falta de uma atuação coordenada e contínua de monitoramento do cumprimento das leis orçamentárias na defesa dos direitos sociais. Nesse sentido, Rubin Lemos (2021, p. 74):

Ocorre, entretanto, que, apesar da visível competência do Ministério Público na exigência da prestação de contas, *accountability*, e na responsabilização dos atos de gestão de recursos públicos, há um distanciamento da instituição no exercício dessa atividade, que não é realizada de maneira coordenada e sistematizada.

O autor acredita ser necessário um incremento da atuação sistemática e coordenada do MP para prevenir e corrigir os desvios praticados nas finanças públicas, além de um fomento ainda maior da participação do cidadão no processo orçamentário.

Efetivamente, a participação dos cidadãos nos conselhos de políticas públicas, em audiências públicas ou na definição das escolhas alocativas em orçamento participativo, além de implicar cumprimento do ideal democrático, ainda possibilita que o próprio MP tenha informações sobre o cumprimento da lei e sobre a (in)adequada execução das políticas públicas, de forma que essa participação deve ser estimulada.

Apesar da ampla gama de atribuições conferidas ao Ministério Público, em razão do escopo desta pesquisa, a partir de agora será enfocada a atribuição para o ajuizamento da ação pelo cometimento de ato de improbidade administrativa.

¹⁸ No Estado do Rio de Janeiro o inquérito civil é regulamentado pela Resolução GPGJ nº 2.227/18.

¹⁹ V. artigo 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92.

4. A Lei de Improbidade Administrativa

Conforme mencionado por Emerson Garcia em sua obra conjunta com Rogério Pacheco, a preocupação dos governantes com o combate à corrupção e à má-conduta dos membros do governo remonta à antiguidade, havendo menções a punições aos corruptos na Bíblia, na Grécia, em Roma, no Império Bizantino e na Idade Média. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 161-164)

No Brasil, afora as Ordenações Filipinas, que chegaram a vigorar quando da união entre os reinos de Portugal e de Espanha, os Códigos Criminais de 1830 e de 1890 tipificavam a corrupção como crime (no primeiro código com a previsão dos tipos de peita e de suborno e no segundo em seção única).²⁰

Além dos dispositivos previstos nos Códigos Criminais (e mais recentemente no Código Penal de 1940), se seguiram as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58.

Essa breve digressão histórica pretende demonstrar que, apesar da existência de farta legislação visando coibir a prática de atos de corrupção, foi somente com o advento da CRFB/88, regulamentada pela Lei nº 8.429/92 que foi ampliado o conceito de ato de improbidade que passou a abranger não apenas atos de corrupção propriamente ditos, mas também outros atos danosos ao patrimônio público e aos princípios da administração pública (artigos 10 e 11, da Lei de Improbidade).

O conceito amplo de probidade positivado corresponde ao conceito de integridade pública abarcado pela Convenção de Mérida, conforme enfatizado por José Roberto Oliveira e Dinorá Grotti. (2022, p. 50)

Assim, a Lei de Improbidade originalmente previa nos artigos 9º, 10 e 11 três tipologias: a) no artigo 9º os atos que importam enriquecimento ilícito com especificação de condutas em doze incisos; b) no artigo 10 os atos que causam prejuízo ao erário com vinte e uma condutas e c) no artigo 11 os atos que atentam contra os princípios da administração com doze incisos. Todos os artigos eram compostos por rol exemplificativo de condutas proibidas.

Com exceção do artigo 10, que admitia a modalidade culposa, sempre se exigia a comprovação do dolo para a punição do agente, não havendo na lei qualquer previsão de responsabilidade objetiva.

A Lei de Improbidade impunha sanções pesadas aos condenados pela prática de atos de improbidade. Vejam-se as sanções previstas na lei antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230/21:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que

²⁰ Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 161-164.

podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 2021)

Além da perda dos bens e valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, ressarcimento do dano ao erário, perda da função pública, pagamento de multa, proibição de contratar e de receber benefícios fiscais e creditícios, a lei previa a perda dos direitos políticos por um prazo de 3 a 10 anos (a depender do tipo em que incorria o agente).

Apesar da gravidade das sanções patrimoniais cominadas, muitas vezes elas não eram aplicadas pela falta de patrimônio ou pela eventual ocultação do patrimônio existente, mas a sanção de perda dos direitos políticos poderia implicar a “morte política” do ímprobo, de maneira que sempre foi bastante temida.

Assim, depois de quase 30 anos de vigência, a Lei nº 8.429/92 foi substancialmente alterada pela Lei nº 14.230/21,²¹ a ponto de muitos a chamarem de nova lei de improbidade administrativa ou, ainda, nova lei de impunidade administrativa.²² Todavia, as alterações foram promovidas de maneira totalmente assistemática, sem qualquer preocupação com coerência ou técnica legislativa. O professor Emerson Garcia, a respeito dessa falta de cuidado, em palestra promovida sobre a nova lei, comparou as alterações promovidas a uma série de disparos de arma de fogo desferidos contra a lei.²³

Com efeito, como será analisado linhas abaixo nos dispositivos que se aplicam à temática deste artigo, foram feitas inúmeras modificações pontuais na lei com inserção de dispositivos contraditórios entre si, repetitivos, de difícil interpretação/aplicação e de constitucionalidade duvidosa.

A novel legislação andou na contramão da tendência mundial de recrudescimento do enfrentamento à corrupção, descumprindo em parte os compromissos firmados pelo Brasil nas Convenções Internacionais da OCDE, OEA e ONU, assim como muito bem notado por José Roberto Oliveira e Dinorá Grotti. (2022, p. 37)

No tópico seguinte será feita uma comparação entre alguns dispositivos selecionados antes e depois das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, seguida de comentários que reforçam a opinião de que a lei abrandou a repressão aos atos de improbidade.

4.1. Análise comparativa – A Lei de Improbidade antes e depois da Lei nº 14.230/21²⁴

Foram feitas alterações em mais de duzentos dispositivos da Lei nº 8.429/92, dentre alterações de redação, inclusões de parágrafos e revogações de dispositivos. Não se pretende neste tópico repassar todas as alterações (que mereceriam um estudo individualizado), mas apenas listar as mudanças mais significativas, seguidas de breves comentários:

²¹ Houve antes reformas pontuais promovidas pelas Leis nos 11.107/05, 12.846/13, 13.019/14 etc.

²² Cf. MARTINS, Tiago. Nova Lei da Impunidade Administrativa. *AJUFÉ*, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/15791-nova-lei-da-impunidade-administrativa>. Acesso em: 8 nov. 2022.

²³ Palestra proferida virtualmente no Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – IERBB em 16/11/2021.

²⁴ Baseado no quadro comparativo formulado pelo Ministério Público de Santa Catarina. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Quadro Comparativo* (Lei 8.429/92 x Lei 14.230/21). Florianópolis: MPSC, [202-]. Disponível em: www.mpsc.mp.br. Acesso em: 8 nov. 2022.

Quadro 1 – Definição do ato de improbidade

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.</p>	<p>Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta lei.</p> <p>§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.</p> <p>§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente.</p> <p>§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Por meio dessas mudanças, o legislador pretendeu acabar com a possibilidade de punição de condutas culposas, ainda que revestidas de “culpa grave” ou “erro grosseiro”. Além disso, o legislador inseriu em alguns casos o dolo específico, em que se exige prova de que o agente queira praticar o ato visando atingir o resultado ilícito. Essa modificação vai impingir ao autor da ação de improbidade um forte ônus probatório e argumentativo.

No entanto, o dispositivo não teve o condão de extirpar o “dolo genérico” das figuras típicas, não sendo possível interpretar que se vai passar a exigir a comprovação do estado psicológico dos agentes ímprobos. (CONTI *et al.*, 2022, p. 56)

Quadro 2 – Ato de improbidade que causa lesão ao erário

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:</p>	<p>Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:</p> <p>§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.</p> <p>§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

O artigo 10 da Lei de Improbidade previa a possibilidade de imputação de ato de improbidade que causasse lesão ao erário de forma culposa. Tratava-se de previsão salutar, especialmente nos casos de culpa grave ou nos casos de descumprimento evidente de lei que regula profissão ou atividade técnica.²⁵ Assim, além de extirpar a modalidade culposa, a lei “revogou” jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que dispensava a ocorrência de perda patrimonial efetiva para configuração do ato de improbidade, o que possivelmente será objeto de questionamento judicial em função de possível inconstitucionalidade. (AREsp 1461963-SP)²⁶ Da forma em que vigora hoje, além da subsunção da conduta ao tipo, será exigida a prova do dano ao erário (ainda que potencial).

²⁵ Opinião contrária foi esposada por Márcio Cammarosano na obra coletiva de MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 214. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022. “A propósito, é de causar espécie afirmações de não poucos no sentido de que a eliminação da improbidade na modalidade culposa, exigindo-se sempre dolo para sua configuração, implica retrocesso no combate à corrupção [...]. Aprimorar a legislação não se faz, necessariamente, aumentando a relação de tipos penais, mas também reduzindo o que se passa a considerar desarrazoado.”

²⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS.

Quadro 3 – Ato de improbidade que afronta aos princípios da Administração

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:</p> <p>I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;</p> <p>II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;</p>	<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa, que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:</p> <p>I – (Revogado)</p> <p>II – (Revogado)</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Através da modificação legislativa acima, o rol de condutas previsto nos incisos do artigo 11 se tornou taxativo, impossibilitando a punição por condutas não especificadas que também violem os princípios da Administração Pública. Além

25, II E 13 DA LEI N. 8.666/93. AUSÊNCIA DE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. DANO *IN RE IPSA*. PREJUÍZO DECORRENTE DA REDUÇÃO DO AMBIENTE CONCORRENCIAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E PROVER O RECURSO ESPECIAL. I - Trata-se, na origem, de ação de improbidade administrativa fundada na contratação, por município, de escritório de advocacia, sem licitação, para a recuperação de créditos de tributos federais. Por sentença, os pedidos foram julgados improcedentes. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença. Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal. Alega violação dos arts. 25, II, e 13 da Lei nº 8.666/93, bem como dissídio jurisprudencial. II - O recurso especial não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, pois o seu julgamento exige mera reavaliação jurídica das provas e dos fatos. III - É evidente que o escritório contratado pelo município não é o único talhado para a execução dos serviços de recuperação de créditos alusivos a tributos federais, existindo vários outros profissionais jurídicos capacitados para o exercício de tal mister. Naturalmente, existem outras opções igualmente credenciadas que poderiam concorrer para a obtenção do contrato público, quiçá a partir de proposta mais vantajosa e menos custosa aos cofres públicos. Viabilidade da concorrência que afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação. IV - Incorreram os recorridos na conduta tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, cuja caracterização se satisfaz com os elementos subjetivos dolo ou culpa. Na medida em que os recorridos, prefeita e advogados contratados, conhecem - ou deveriam conhecer - a exigência de licitação para a celebração de contratos públicos, agiram com dolo. Por outro lado, é remansoso o entendimento desta Corte no sentido de que, nos casos de dispensa/inexigibilidade de licitação, o dano ao erário é presumido. V - Agravo conhecido para conhecer e dar provimento ao recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer o cometimento, pelos recorridos, da prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92 e determinar a devolução dos autos ao Juízo de primeira instância a fim de que promova a aplicação das sanções previstas no art. 12, II, da Lei de Improbidade. Cf. BRASLIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1461.963/SP*. Agravo em Recurso Especial. Administrativo. Improbidade Administrativa. Contratação de escritório de advocacia. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 19 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859354460>. Acesso em: 8 nov. 2022.

disso, ao revogar os incisos I e II, o legislador fulminou a possibilidade de punição dos agentes públicos por violação ao Princípio da Legalidade. A lassidão na punição de condutas afrontosas à lei também pode ser observada no artigo 17-D e parágrafo único, que serão mencionados linhas abaixo.

O “ataque” ao artigo 11 expressa claramente a intenção das alterações na lei: dificultar ao máximo o enquadramento de condutas censuráveis nos tipos previstos na Lei de Improbidade. A doutrina considerava que o artigo 11 era um “soldado de reserva” que devia ser sempre invocado e que protegia o bem jurídico de maneira subsidiária: ainda que determinada conduta não se enquadrasse na tipologia dos artigos 9º e 10 (enriquecimento ilícito e dano ao erário), poderia encontrar punição por violação aos princípios da Administração Pública.²⁷

Também demonstram uma intenção de engessar a petição inicial as modificações ao artigo 17, com a inserção do §10-D que exige que o autor indique de forma precisa qual dispositivo foi violado, impossibilitando a indicação de mais de um dispositivo, mesmo que a conduta possa ser enquadrada em mais de uma hipótese. Essa necessidade de indicação precisa do dispositivo violado destoa do regramento comumente incidente sobre o Direito Administrativo Sancionador e, até mesmo, sobre o Direito Penal, uma vez que, em regra, o réu se defende dos fatos narrados e não da capitulação provisoriamente conferida pelo autor.

Quadro 4 – Sanções previstas

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).	Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

²⁷ Nesse sentido, Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283-285.

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;</p>	<p>I-na hipótese do art.9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;</p> <p>III – Na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

As alterações nas sanções previstas no artigo 12 e incisos da Lei de Improbidade também demonstram que a intenção do legislador é abrandar as punições e dificultar a aplicação da lei. Em todos os incisos houve supressão do prazo mínimo das sanções. Há quem defenda que, na falta de prazo mínimo, deve ser considerado como mínimo aplicável um ano.²⁸ O problema da falta de previsão de prazo mínimo é exigir do juiz um forte ônus argumentativo cada vez que pretender aumentar em um ano na reprimenda a ser aplicada.

Além da exclusão do prazo mínimo, houve a redução da multa civil e a exclusão da possibilidade de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos no caso de violação aos princípios da administração. (inciso III do artigo 12)

Quadro 5 – Da indisponibilidade de bens

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.	Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito. [...] § 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o <i>caput</i> deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

Fonte: Elaborado pela autora.

²⁸ GARCIA, Emerson. *A Nova Lei de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: MPMG, 2022. 1 vídeo (122 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=seO-D6mBwYA&t=2454s>. Acesso em: 7 nov. 2022.

O artigo 16 regula a medida cautelar de indisponibilidade de bens. A mudança neste dispositivo implica sensível redução da proteção cautelar do erário na medida em que se alterou o regime de tutela de evidência para tutela de urgência. Exige-se agora a comprovação de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo.

Essa alteração legislativa sepultou a jurisprudência pacífica do STJ que pontificava que a decretação de indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública por improbidade administrativa dispensava a demonstração do *periculum in mora*, bastando a configuração do *fumus boni juris*.²⁹

²⁹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO ACIONADO POR IMPROBIDADE. PRETENSÃO DA PARTE IMPLICADA DE NULIFICAÇÃO DO JULGADO, POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ESTA CORTE SUPERIOR, COM A RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR, TEM A DIRETRIZ ACERCA DO PERIGO DA DEMORA PRESUMIDO, QUE DISPENSA A COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DE PATRIMÔNIO PARA QUE OCORRA O BLOQUEIO PATRIMONIAL (RESP 1.366.721/BA, REL. P/ACÓRDÃO MIN. OG FERNANDES, DJE 19.9.2014). O TRIBUNAL DE ORIGEM INDICOU, DE FORMA AMÍUDE, A ALTA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO, CONSISTENTE EM POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDUTAS ÍMPROBAS. NÃO OCORREU VIOLAÇÃO NA ESPÉCIE DO ART. 7º. DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DOS IMPLICADOS DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia em perquirir se estão presentes ou não, no caso, os requisitos materiais e processuais para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens da parte ré na ACP por supostos atos de improbidade administrativa.

2. Sobre o tema, dispõe o art. 7º, parág. único, da Lei nº 8.429/1992, que a indisponibilidade de bens recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

3. Em interpretação ao referido dispositivo, esta Corte Superior firmou o entendimento de que a decretação de indisponibilidade de bens em ACP por Improbidade Administrativa dispensa a demonstração de dilapidação ou a tentativa de dilapidação do patrimônio para a configuração do *periculum in mora*, o qual está implícito ao comando normativo do art. 7º. da Lei nº 8.429/1992, bastando a demonstração do *fumus boni juris* que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp. 1.366.721/BA, Rel. p/acórdão Min. OG FERNANDES, DJe 19.9.2014).

4. Muito embora a parte insurgente alegue que o feito de origem ainda não conte com a devida fundamentação quanto aos tópicos da indicação da aparência do bom direito e da necessidade da medida de disponibilização de informações fiscais do réu, é de se assinalar que a Corte de origem atestou a ocorrência da plausibilidade do direito alegado – consistente em possível prática de atos ímprobos – para além da afirmação acerca do perigo da demora presumido, que dispensa a comprovação de atos dilapidatórios, tópico ao qual este Relator manifesta sua ressalva de entendimento.

5. No caso dos autos, para além da proclamada presunção do *periculum in mora*, nos termos do entendimento desta Corte Superior, não há dispensa para apontamento do *fumus boni juris* e, quanto a esse requisito, a Corte das Alterosas atestou a existência da alta plausibilidade do direito alegado, ao dissertar que, segundo o que foi apurado no procedimento investigativo os agravantes auferiram diárias sem que houvesse comprovação de que havia interesse do Poder Legislativo no deslocamento, haja vista que os relatórios de viagem/prestação de contas não forma instruídos com a comprovação da finalidade ou interesse público do deslocamento ou mesmo que este teria, efetivamente ocorrido (fls. 2.761).

6. Por essa razão, não houve violação alguma dos dispositivos da lei processual referentes à fundamentação das decisões judiciais quanto ao bloqueio patrimonial cautelar, uma vez que as Instâncias Ordinárias apontaram a existência da fumaça do bom direito e do perigo da demora, razão pela qual é autorizada legalmente a medida garantidora de eficácia útil de eventual sentença condenatória, no caso, a indisponibilização patrimonial da parte implicada.

7. Agravo Interno dos Implicados desprovido. Cf. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.367.780/MG*. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Medida Acautelatória de indisponibilidade de bens do acionado por Improbidade. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855190740>. Acesso em: 8 nov. 2022.

Quadro 6 – Questões processuais

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.</p> <p>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, sendo 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.</p> <p>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.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Através da alteração do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 pretendeu o legislador atribuir a legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade exclusivamente ao Ministério Público, afastando a legitimidade da pessoa jurídica de direito público lesada. Tal dispositivo teve a constitucionalidade questionada nas ADIs 7042 e 7043

perante o Supremo Tribunal Federal – STF, que restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o MP e as pessoas jurídicas interessadas.³⁰

Por fim, o artigo 17-D e seu parágrafo único dispõem que a ação de improbidade administrativa é repressiva e de caráter sancionatório, não se prestando ao controle de legalidade de políticas públicas, que deverão ser submetidas à Lei de Ação Civil Pública – ACP. Também neste artigo, tal como já mencionado nos comentários ao artigo 11, o legislador exteriorizou claramente a intenção de afrouxar a punição de agentes públicos que eventualmente descumpram os ditames legais. A afronta à lei, quando não estiver tipificada nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 e não causar dano ao erário, não será passível de punição.

A análise desse dispositivo é de fundamental importância para o estudo que se está realizando neste artigo, uma vez que, *prima oculi*, parece impedir a aplicação da Lei de Improbidade às condutas dos agentes que violem as leis orçamentárias.³¹ No entanto, conforme se discorrerá no próximo tópico, essa primeira interpretação parece estar equivocada.

4.2. Análise dos tipos previstos na Lei de Improbidade relacionados ao descumprimento das políticas previstas nas leis orçamentárias

A leitura da Lei nº 8.429/92, com as alterações procedidas pela Lei nº 14.230/21, permite a intelecção de que o descumprimento das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias poderia ser, em tese, tipificado no artigo 10, incisos IX e XI:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades

³⁰ Decisão (ADIs 7042 e 7043): O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 8 nov. 2022. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7043/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 8 nov. 2022.

³¹ Exatamente esse o posicionamento de José Roberto Oliveira e Dinorá Grotti para quem o artigo 17-D: “Impede o uso da AIA como instrumento desvirtuado de controle de legalidade, como meio de coerção indireta na busca do seu resultado.” (CONTI *et al.*, 2022, p. 59)

referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (*Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021*)

[...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...]

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (BRASIL, 1992)

Muito embora haja outros incisos no artigo 10 que têm relação com a atividade financeira e orçamentária do Estado (a saber: incisos VI, VII, X, XX e XXII), não se vislumbra a possibilidade de aplicação deles no caso de descumprimento das políticas públicas incluídas no planejamento previsto na lei orçamentária anual.

O desatendimento das políticas públicas pode configurar ato de improbidade sempre que se vislumbrar que a conduta se amolda a um dos tipos previstos na lei. Nesse caso é relevante analisar, além das condutas previstas nos incisos IX e XI, as ações de desvio e de dilapidação dos bens e haveres descritas no *caput* do artigo 10.

A análise de uma possível tredestinação dos recursos públicos originalmente previstos para uma finalidade na lei orçamentária poderá ser feita facilmente através dos instrumentos de transparência fiscal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. (RGF, RREO e prestações de contas)³²

Caso haja desvio ou dilapidação dos bens e haveres através das condutas de ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou de liberar verba sem observância das regras pertinentes ou influir para sua aplicação irregular, poderá haver fácil constatação através da análise do RGF, do RREO e das prestações de contas.

Antes do advento da Lei nº 14.230/21, além das condutas previstas no artigo 10 acima mencionadas, a conduta de gestores que descumprissem a lei orçamentária causando prejuízo considerável aos direitos sociais protegidos ou ao patrimônio público poderia ser enquadrada no artigo 11, I, da Lei de Improbidade:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. (BRASIL, 2021)

³² Conforme já mencionado alhures, a partir de janeiro de 2023 se tornará obrigatório o Sifac, previsto no artigo 48, § 1º, III, da LRF.

No entanto, em razão da revogação do dispositivo mencionado, não bastará o descumprimento da lei orçamentária com o contingenciamento injustificado de despesas, ainda que haja prejuízo aos direitos sociais tutelados. Para a punição do agente público por ato de improbidade será necessário que se comprove que houve conduta comissiva com aplicação da verba em finalidade diversa da prevista em lei.

Tratando especificamente dos incisos IX e XI, constata-se que a proibição da efetivação de gastos sem previsão na lei orçamentária decorre em primeiro lugar do artigo 167, incisos I e II, da Constituição da República. Esses dispositivos proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na LOA e a realização de despesas e assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (incluídos os suplementares e os especiais).

A antijuridicidade dos tipos previstos nos incisos IX e XI da Lei de Improbidade também se pode extrair do artigo 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse dispositivo objetiva a proteção do patrimônio público, na medida em que a efetivação de gastos em projetos novos, sem que os anteriores tenham sido concluídos, pode levar à dispersão de recursos sem o atendimento das finalidades eleitas como prioritárias.

Cumpra agora analisar cada um dos incisos e definir em que hipótese seria possível a imputação da conduta ímproba ao agente público.

4.2.1. Ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento

O primeiro tipo, previsto no artigo IX, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa em que o sujeito ativo “ordena ou permite a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”. (BRASIL, 1992) Veja-se que o tipo analisado tipifica como ilícitas duas condutas: ordenar despesas ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

Nesse caso ocorre o atendimento de determinada política pública ou programa não previsto na LOA em detrimento de política pública essencial, por exemplo. No entanto, não basta a subsunção do fato à norma sancionadora para que haja a caracterização do ato de improbidade. A Lei nº 14.230/21 deixou claro em diversos dispositivos que a mera ilegalidade não basta para a configuração do ato de improbidade.³³

Assim, se faz necessário seguir a esteira dos ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco, a fim de verificar se uma determinada conduta se ajusta à tipologia do ato de improbidade. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 283-285) Para tal desiderato, há

³³ Nesse sentido, CF. MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 204. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022.

que se percorrer um *iter* para a individualização do ato. Esse *iter* envolve a análise da conduta em cinco momentos:³⁴

I. DA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA VIOLADORA E DO TIPO: no primeiro momento, deverá ser descrita a conduta violadora da norma e deverá ser feito o enquadramento no tipo previsto no artigo 10, IX. Até poderá ser descrita a violação a algum princípio como argumento de reforço, mas, a partir da Lei nº 14.230/21, não mais se admite a subsunção plúrima (a imputação de determinada conduta como afrontosa a um tipo e também ao artigo 11). Considerando as tipologias de realização das despesas sem que haja previsão legal ou em regulamento, para qualquer circunstância, ordenar (prática do ato orçamentário de autorizar despesa ilegítima) ou permitir (não agir sabendo da irregularidade do gasto), exige-se a comprovação da conduta e caracterização do ato praticado;

II. DA IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS: O segundo momento seria dedicado a analisar as características dos sujeitos ativo e passivo, que estão definidos nos artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade.

III. DA ANÁLISE DO DOLO: No terceiro momento há que ser avaliado o elemento volitivo do agente. Incabível, por óbvio, a responsabilidade objetiva por mera infração da lei. Antes da Lei nº 14.230/21, o artigo 10 admitia a punição por culpa; agora há de ser descrito o dolo do agente. Para a comprovação do dolo não se terá que demonstrar a intenção íntima do agente, mas sim que ele tinha consciência de estar a ordenar ou a permitir a realização das despesas ilegalmente e a vontade de praticar a conduta proibida. No caso do inciso IX não se exige qualquer especial fim de agir, nem mesmo a intenção de prejudicar o direito ou de causar dano ao erário. Em relação à necessidade de demonstração do dolo, cumpre mencionar o recente julgamento do ARE 843989 pelo STF, que decidiu que é necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva com a presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade.

IV. DA COMPROVAÇÃO DO DANO: Passando ao quarto momento, no caso do artigo 10, será necessária a comprovação efetiva ou potencial de dano ao erário. A possibilidade de enquadramento da conduta no artigo 10, ainda que não haja dano efetivo ao patrimônio público decorre da interpretação do § 1º, veja-se sua redação:

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (BRASIL, 1992)

³⁴ Nesse particular, com todas as vênias ao renomado jurista criador da imputação do ato de improbidade seguindo um *iter*, parece mais adequado identificar os sujeitos logo no segundo momento. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 285)

V. DA POTENCIAL IMPROBIDADE MATERIAL: Por fim, o quinto momento seria dedicado a verificar se o ato configura improbidade material. Até o quarto momento se teria caracterizado a improbidade formal, em que se teria feito a subsunção da conduta ao tipo e aos princípios regentes da Administração Pública. Neste quinto momento deverá ser avaliado se o ato de ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas implicou o desatendimento de políticas públicas essenciais, visou beneficiar determinado fornecedor em desvio de finalidade ou implicou gastos antieconômicos.

A análise do ato de improbidade, para que se preste à finalidade de coibir o descumprimento das leis orçamentárias, não pode ser feita isoladamente; há que ser feita sempre através da análise das políticas públicas implementadas, das políticas públicas negligenciadas e da execução do orçamento (com seus remanejamentos, transferências, limitações de empenho etc.). Daí a importância do acompanhamento de todas as fases da lei orçamentária desde sua criação, votação, execução até a prestação de contas. A avaliação isolada não vai permitir a identificação do dolo do agente ou do dano potencial a determinada política.

4.2.2. Liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular

O segundo tipo a ser analisado, previsto no artigo XI, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa em que o sujeito ativo “libera verba sem observância das normas pertinentes ou influi de qualquer forma para sua aplicação irregular”. (BRASIL, 1992) Assim, compreende-se como etapas necessárias para avaliação do descumprimento das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias:

I. DA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA VIOLADORA E DO TIPO: o tipo analisado, tal qual o anterior, também tipifica duas condutas como ilícitas: liberar verbas ou influir para sua aplicação irregular. Nesse tipo se poderia vislumbrar a realização de atos distintos, como, por exemplo, a abertura de crédito adicional ilegal ou irregular, a fim de promover a realização de licitação posterior ilegítima, contingenciar (limitar empenho) com o propósito de não promover a aplicação em finalidade prevista, ou ainda descentralizar os créditos para outra finalidade ou para reforço de dotação em programa diverso do originalmente previsto na LOA;

II. DA IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS: do mesmo modo, após a identificação da conduta e do tipo, deve-se caracterizar a prática do ato em consonância com o agente público responsável pela “liberação” ou “influência”, direta ou indiretamente, tendo em vista a possibilidade de delegação das competências orçamentárias;

III. DA ANÁLISE DO DOLO: no terceiro momento, também há que ser avaliado a intenção de liberar ou de influenciar na aplicação dos recursos públicos pelo agente responsável;

IV. DA COMPROVAÇÃO DO DANO: passando ao quarto momento, no caso do artigo 10, inciso XI, será necessária a comprovação efetiva ou potencial do dano ao erário, em especial, sob a perspectiva do desvio causado (por meio de remanejamentos, transposições ou transferências) nas dotações orçamentárias, a fim de liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular delas. Para a comprovação, importante se valer das informações inseridas no Siafic, bem como nas prestações de contas (de gestão ou de governo) e nos relatórios fiscais exigidos pela LRF (RREO e RGF).

V. DA POTENCIAL IMPROBIDADE MATERIAL: por fim, o quinto momento seria dedicado a verificar se o ato configura improbidade material. A mera ilegalidade, sem que haja gravidade ou potencial lesivo importante não pode caracterizar improbidade administrativa, sob pena de banalizar a aplicação do instituto. Com efeito, ainda que seja liberada ou aplicada verba de maneira irregular, não haverá ato de improbidade administrativa se não houver prejuízo aos cofres públicos ou a determinado programa de governo que tenha sido preterido no caso de contingenciamento.

A grande dificuldade para a aplicação dos dispositivos mencionados será a prova. O autor deverá demonstrar que era do conhecimento do sujeito ativo a possibilidade de provocar os danos, dito de outra forma, tinha ciência de que ao ordenar aquela despesa ou liberar a verba irregularmente poderia causar prejuízos a determinada política/direito.

Competirá aos órgãos de controle maior eficiência no acompanhamento da execução das políticas públicas. Vislumbrada possível irregularidade pelo MP, por exemplo, poderá ser utilizado o instrumento da recomendação, que marcará a ciência do agente público sobre a possível ilegalidade.

Outra possibilidade de atuação é o acompanhamento da execução de Termo de Ajustamento de Conduta em que uma das cláusulas preveja a obrigação de implementar determinada política pública através da sua inserção no orçamento.

Também se pode vislumbrar a possibilidade de “marcar” a ocorrência do dolo através de decisão judicial que determine, de igual forma, a implementação da política pública. Eventual descumprimento, através da prática dos atos previstos no artigo 10, IX e XI, poderá ensejar a responsabilização do gestor recalcitrante no cumprimento da ordem judicial.

Mais importante que a aplicação da sanção é a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição. Dessa maneira, há que ser abordada a possibilidade de solução consensual, que se aborda no próximo tópico.

4.3. Possibilidade de conversão em ação civil pública e de entabulação de acordo de não persecução cível

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 não havia dúvidas sobre a possibilidade de cumulação de pedidos de condenação por atos de improbidade com pedidos de condenação de obrigação de fazer ou não fazer referentes a outros direitos difusos e coletivos. Entendia-se que a ação de improbidade administrativa era também uma ação civil pública.

Apesar da redação do artigo 17-D, que dispõe que a ação de improbidade não constitui ação civil e não se presta ao controle de legalidade de políticas públicas nem para a proteção do patrimônio público e social e outros direitos difusos e coletivos, há quem entenda que a ação continua tendo natureza civil e que é possível a cumulação de pedidos.

Walber Agra, discorrendo sobre o tema, afirma que o autor da ação de improbidade poderá cumular os pedidos comumente feitos na ação civil pública genérica (condenação em dinheiro, obrigação de fazer ou não fazer) com a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. (AGRA, 2022, p. 307)

Tal entendimento efetivamente parece ser mais consentâneo com o princípio da economia processual, principalmente pelo fato de que, se ajuizadas duas demandas com a mesma causa de pedir mediata, havendo risco de decisões contraditórias, fatalmente haveria conexão e reunião de processos, de maneira que o ajuizamento de única demanda parece ser mais lógico.

Assim sendo, na mesma demanda se poderia pleitear a correção da ilegalidade vislumbrada e a punição do sujeito responsável pelo ato de improbidade. Caso ao final se conclua que não cabe punição pelo ato de improbidade, permanece a possibilidade de restaurar o *status quo ante* seja com a desconstituição do ato seja com a reparação do dano.

A Lei de Improbidade ainda previu uma outra possibilidade de resguardar os direitos coletivos violados: caso o magistrado identifique ilegalidades ou irregularidades que não configurem atos de improbidade poderá, ouvido o autor da ação e o Ministério Público, a teor do artigo 17, § 16, converter a ação de improbidade em ação civil pública.

Outra maneira de desconstituir ilegalidades e reparar eventuais danos ao erário é o acordo de não persecução cível – ANPC. Sendo o acordo um ato negocial, possuem as partes certa liberdade para inserir cláusulas que excedam os pedidos podendo incluir obrigações de fazer e não fazer relacionadas a políticas públicas inseridas ou não inseridas no orçamento.

Nas três hipóteses mencionadas nesse tópico (cumulação de pedidos, conversão da ação em ACP e ANPC) se pode verificar que é possível a utilização da ação de improbidade para discutir a legitimidade e a economicidade de políticas públicas, bem como meio de reparar eventual dano ao erário.

Além disso, ao contrário do que pode parecer pela leitura apressada do artigo 17-D, pode ser discutida a legalidade de determinada política pública em caso de

conexão com suposto ato de improbidade. Obviamente não é essa a principal finalidade da ação de improbidade, mas, especialmente pela gravidade de suas sanções e repercussão negativa de seu ajuizamento, poderá ter um efeito dissuasório de práticas contrárias à lei.

5. Conclusão

Em termos conclusivos deste breve artigo, pode-se afirmar que é plenamente aplicável a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle preventivo e repressivo do descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas na Lei Orçamentária, especialmente quando comprovados o desvio e a dilapidação de bens e haveres do erário.

Conforme foi discorrido na seção 2, a Lei Orçamentária possui visceral importância para a efetivação dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição da República na medida em que através dela são previstas dotações orçamentárias para programas relacionados a políticas públicas essenciais definidas como prioritárias pelo Poder Executivo no Plano Plurianual.

Apesar de ainda haver vozes que apregoam a possibilidade de livre alteração da LOA pelo Executivo, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não mais comporta esse entendimento devendo o orçamento ser modificado apenas justificadamente, sob pena de responsabilização do gestor.

Para avaliar o regular exercício do Poder Executivo, compreendida a avaliação do cumprimento do planejamento previsto na LOA, a Constituição da República prevê a existência de variadas formas de controle. Na seção 3 se discorreu sobre o controle interno, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, diretamente e com o auxílio do Tribunal de Contas, o controle social, o controle judicial e o controle exercido pelo Ministério Público. Todos esses mecanismos são fundamentais e complementares.

A avaliação da execução do orçamento deve, na medida do possível, ocorrer de maneira concomitante a sua própria execução. Dessa forma, eventuais descumprimentos podem ser identificados e corrigidos antes da ocorrência de prejuízos. De igual forma, pode-se alertar o gestor sobre a possibilidade de responsabilização de maneira a prevenir danos e, eventualmente, comprovar a ocorrência do dolo.

A Lei de Improbidade, após a modificação implementada pela Lei nº 14.230/21, ainda possui tipos que possibilitam a responsabilização do gestor pelo descumprimento da lei orçamentária, desde que satisfeitas algumas condições: a conduta deve se adequar ao tipo, deve haver dano efetivo ou potencial ao erário ou ao patrimônio público e deve haver comprovação do dolo.

Satisfeitas essas condições, será possível ajuizar a ação de improbidade, que poderá: gerar a punição do gestor ímprobo por sentença, culminar com a aplicação de sanções através de ANPC ou, ainda, ser convertida ação em ação civil pública por decisão do juiz, ouvido o Ministério Público.

Para garantir a efetividade dos direitos sociais através das políticas públicas previstas no orçamento, mais importante que a punição é a existência da possibilidade de punição como instrumento dissuasório. Infelizmente, como sociedade ainda não atingimos a maturidade necessária para agir corretamente sem que a “espada de Dâmocles”³⁵ esteja a postos. E compete ao Ministério Público e às demais Instituições de controle a nobre e difícil tarefa de empunhá-la.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4133>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1323>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. [Constituição (1988b)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Governo Federal. PPA 2020-2023. Gov.br, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/transparencia-e-prestacao-de-contas/planejamento-1/ppa-2020-2023>. Acesso em: 8 nov. 2022.

³⁵ A história teria sido criada por Cícero, político e filósofo romano da escola estoica, para difundir a moral de que o exercício do poder traz riscos e demanda cautela do detentor de posição de mando. Invoca-se a lenda neste caso para aludir ao respeito que os poderes constituídos devem ter à lei.

_____. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1950. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1079-10-abril-1950-363423-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957*. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958*. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1958. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001*. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10180.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019*. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13971.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 14.303, de 21 de janeiro de 2022*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.303-de-21-de-janeiro-de-2022-*-375541502. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial do Tesouro e Orçamento. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual Técnico de Orçamento – MTO 2022*. 15ª ed. Brasília, DF: 2022b. Disponível em: <https://www1.siop.planejamento.gov.br/mto/lib/xe/fetch.php/mto2022:mto2022-atual.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.367.780/MG*. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Medida Acautelatória de indisponibilidade de bens do acionado por Improbidade. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855190740>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7043/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1461.963/SP*. Agravo em Recurso Especial. Administrativo. Improbidade Administrativa. Contratação de escritório de advocacia. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 19 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859354460>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Recurso Especial n. 581.352/AM*. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24205269>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CONTI, José Maurício. Flexibilidade Orçamentária deve ser usada com moderação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-20/contas-vista-flexibilidade-orcamentaria-usada-moderacao>. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. *et al. Responsabilidade do Gestor na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4465>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CUNHA, Milene. O controle da execução orçamentária como meio garantidor de direitos fundamentais. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coord.). *Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo – Estudos de Ministros e Conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 187-216. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1484/1538/2595>. Acesso em: 19 out. 2022.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. *Natureza Jurídica do Orçamento e Flexibilidade Orçamentária*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Mínimo Existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1346>. Acesso em: 1 nov. 2022.

FELIPE, Renata Ribeiro. *Novos Meios de Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3910>. Acesso em: 19 out. 2022.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3929>. Acesso em: 21 out. 2022.

GARCIA, Emerson. *A Nova Lei de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: MPMG, 2022. 1 vídeo (122 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=seOD6mBwYA&t=2454s>. Acesso em: 7 nov. 2022.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle Compartilhado das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1690>. Acesso em: 18 out. 2022.

LE MOS, Rubim. *O Papel do Ministério Público na Concretização Democrática do Orçamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4229>. Acesso em: 28 out. 2022.

MARTINS, Tiago. Nova Lei da Impunidade Administrativa. *AJUFE*, Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/15791-nova-lei-da-impunidade-administrativa>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Quadro Comparativo* (Lei 8.429/92 x Lei 14.230/21). Florianópolis: MPSC, [202-]. Disponível em: www.mpsc.mp.br. Acesso em: 8 nov. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 7 nov. 2022.

MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Deve o orçamento ser cumprido? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 672, maio 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6698>. Acesso em: 29 set. 2022.

PINTO, Élda Graziane *et al.* *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1759>. Acesso em: 19 out. 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1301>. Acesso em: 19 out. 2022.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Quanto à insuficiência do direito para a correta averiguação de políticas públicas: interdependência com outras disciplinas e limitações ao controle exercido pelo Poder Judiciário. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 264, set./dez. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/326/3001>. Acesso em: 28 out. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1405>. Acesso em: 19 out. 2022.

Quem tolera a litigância de má-fé com ela se compadece? Um réquiem ao combate ao *improbus litigator*¹⁻²

Márcio Carvalho Faria*

Sumário

1. Introdução. 2. A tolerância abusiva com as atitudes desleais dos litigantes. 3. Como evitar uma “caça às bruxas”? Um dever e três sugestões. 3.1. O dever judicial de engajamento. 3.2. A fixação, em capítulo à parte, de forma devidamente fundamentada, da condenação ao litigante de má-fé. 3.3. A adoção, com maior largueza, do dever de advertência, decorrente do princípio da cooperação. 3.4. A utilização da técnica da tutela antecipada sancionatória. 4. Considerações conclusivas. Referências.

1. Introdução

Em obra específica destinada ao estudo da lealdade,³ foram demonstradas a fundamentação constitucional do tema, bem como sua indispensável observância por todos aqueles que, de algum modo, participam do processo e, em especial, pelos julgadores, sob pena de se incorrer em abusos jurisdicionais.

Na oportunidade, foram apontadas algumas atitudes jurisdicionais desleais, como, por exemplo, o apego ao formalismo excessivo (notadamente, em relação à chamada “jurisprudência defensiva”),⁴ o desprestígio para com as audiências judiciais,⁵ a “síndrome dos modelos pré-concebidos”,⁶ entre outros.

Um desses abusos – que, diante de sua importância, merece ser lembrado no presente texto – relaciona-se com a falta de efetivo controle (preventiva ou

¹ Artigo em singela homenagem póstuma ao Professor Michele Taruffo, reconhecidamente uma das maiores autoridades do mundo no estudo do tema do abuso de direito processual.

² Colaboraram, cada um à sua maneira, André Chaves, Douglas Resende, Eduardo Rezende, Fábio Garcia, Fátia Yasbeck, Giovani Morelli, Helena Carelli, Isabel Jardim, João Marcelo Oliveira, Lúcio Facci, Luis Gustavo Lazzarini, Mateus Coelho, Meire Matos, Thayna Machado, pelo que registro os devidos agradecimentos.

* Pós-doutor (Universidade Federal da Bahia-UFBA), Doutor e Mestre (Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ) em Direito Processual. Professor Adjunto de Direito Processual Civil (Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Grupo de Trabalho sobre Execução Civil do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Advogado.

³ Sobre o tema, remete-se o leitor interessado: FÁRIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017.

⁴ FÁRIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional* (...), ob. cit., p. 366-374.

⁵ FÁRIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional* (...), ob. cit., p. 334-340.

⁶ FÁRIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional* (...), ob. cit., p. 322-330.

repressivamente), pelos magistrados, da atuação desleal das partes, bem como essa lacuna pode incentivar, ainda que indiretamente, a prática de atos de litigância de má-fé.⁷

É o que se verá.

2. A tolerância abusiva com as atitudes desleais dos litigantes

Como já se afirmou em outra seara,⁸ não é possível falar em processo justo sem a participação proba, íntegra e leal de todos os sujeitos do processo, sob pena de a demanda se tornar um jogo de espertezas ou um “malabarismo processual”, a contribuir para aumentar a já elevada taxa de ineficiência da justiça, incrementando o descrédito do Poder Judiciário.⁹

No atual estágio do estudo do processo, não há – ou não deveria haver – lugar para formalismos vazios, utilização de expedientes burocráticos, prática de chicanas e artimanhas processuais, emprego de “técnicas” duvidosas voltadas à procrastinação da lide e ao atraso no reconhecimento do direito de outrem.

Não se deve permitir, dessa feita, que o processo sirva como instrumento de dificuldade ou entrave à satisfação do direito material, através do manejo, por um causídico mais bem preparado¹⁰ de expedientes obscuros que não se referem à efetiva solução do conflito posto sob análise.

O processo, por conseguinte, não pode ser um palco de horrores, no qual tudo seja permitido, a fim de que o litigante mais hábil, mais perspicaz ou até mesmo mais ardiloso saia vitorioso.

Ademais, o processo não pode ser mais entendido como mera *coisa das partes*; suas funções de dirimir conflitos, de fazer atuar a tutela jurisdicional e, principalmente,

⁷ Não é o escopo deste texto discorrer sobre o instituto da litigância de má-fé em si. Sobre o tema, remete-se o leitor interessado: ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de Má-Fé*. São Paulo: Dialética, 2004; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in agendo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011; GOUVEA, Lúcio Grassi. *A litigância de má-fé no processo civil brasileiro*. 2002. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002; ITOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1ª ed. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011; OLIVEIRA, Ana Lúcia Luckner Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000; SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008; SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de má fé: colectânea de sumários de jurisprudência*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2005; STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2002.

⁸ FÁRIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência. In FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 729-770.

⁹ Em Portugal, António Menezes Cordeiro relata que “o prestígio dos tribunais, muito elevado há algumas décadas, tem vindo, segundo as sondagens à opinião pública, a cair permanentemente, ficando abaixo do dos deputados (...)”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé* (...), ob. cit., p. 27).

¹⁰ “(...) *la abogacía es un arte en el cual el conocimiento escolástico de las leyes sirve muy poco, si no va acompañado de la intuición psicológica necesaria para conocer a los hombres, y los múltiples expedientes y maniobras mediante los cuales tratan ellos de plegar las leyes a sus finalidades prácticas*. En vano se espera que los códigos de procedimiento, aun los mejores estudiados teóricamente, sirvan verdaderamente a la justicia si no son sostenidos en su aplicación práctica por la lealtad y la corrección del juego por el *fair play*, cuyas reglas no escritas están principalmente encomendadas a la conciencia y a la sensibilidad de los órdenes forenses (...)” (SOLIMINE, Omar Luis Días. La buena fe en la estructura procesal. In CORDOBA, Marcos M. [Director]. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 862, Tomo I).

de servir como mecanismo de concretização de direitos, tornam-no *res publica*, e que por isso mesmo não pode ser deixado, livremente, ao talante das partes.¹¹

Não mais se tolera, portanto, que as regras processuais sejam utilizadas ao bel-prazer de seus operadores, sem que se sejam respeitadas as garantias e, principalmente para o que aqui interessa, o *fair play processual*;¹² só assim se pode falar em processo justo.¹³

Não é por outra razão, aliás, que boa parte dos ordenamentos mundiais¹⁴ têm se preocupado, em maior ou menor escala, em tentar combater a deslealdade

¹¹ "(...) *Per questo è opportuno aggiungerne altre, concentrando maggiormente l'attenzione sul tema più specifico da trattare, quale l'acquisita consapevolezza che il processo non è solo 'cosa' dei soggetti che vi fanno ricorso per ottenere tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive lese, ma è anche e prima di tutto una risorsa a disposizione della collettività e quindi espressione di un bene che si può utilizzare senza esaurirne le potenzialità, che devono restare ad appannaggio di tutti coloro che abbiano ugualmente bisogno di tale strumento per risolvere le liti tra loro inserite (...)*" (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 22-23).

¹² "[É] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares." (MILMAN, Fabio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32-33)

¹³ Nesse sentido, e fazendo referência a Comoglio, Humberto Theodoro Júnior asseverou: "(...) Das garantias mínimas de um processo justo, idealizado pela ciência processual de nossos tempos, COMOGLIO extrai as seguintes consequências, tendo em consideração a valorização do papel ativo confiado ao juiz: a) a "moralización" del proceso, en sus diversos componentes éticos y deontológicos, constituye, hoy más que nunca, el eje esencial del fair trial o, si se prefiere, del 'proceso equo e giusto'; b) El control, bajo el perfil ético y deontológico, de los comportamientos de los sujetos procesales en el ejercicio de sus poderes, ingresa en el área de inderogabilidad del llamado 'orden público procesal', legitimando en tal modo la subsistencia de atribuciones y de intervenciones ex officio del juez; c) El rol activo de este último encuentra una justificación suplementaria, de carácter político y constitucional, en los sistemas judiciales en los que no vengan debilitados, sino más bien se vengán consolidando, el sentido de la confianza y las garantías de credibilidad del aparato jurisdiccional público." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior(3)formatado.pdf), acesso em: 22 jun. 2021)

¹⁴ De igual modo, conforme bem ressaltou Michele Taruffo, o problema do abuso do processo é mundial e, embora seja, em maior ou menor intensidade, previsto na grande maioria dos ordenamentos, as soluções estão longe de serem encontradas. Veja-se: "(...) *Se si volge uno sguardo 'a volo d'uccello' al panorama dei principali ordinamenti processuali, l'impressione generale che se ne ricava è che il problema dell'abuso del processo sia presente dovunque. Sarebbe tuttavia errato derivare dall'esistenza di una diffusa percezione del problema la conseguenza che esista anche una comune e profonda sensibilità verso gli abusi nell'amministrazione della giustizia, o il convincimento che tutti i sistemi condividano idee comuni e coerenti intorno al significato e all'importanza dell'abuso del processo. Ancora più infondato sarebbe il convincimento che ovunque siano disponibili rimedi efficienti per prevenire e sanzionare gli abusi. In realtà le cose sono -come spesso accade -molto più complicate. Si potrebbe probabilmente dire che nessun ordinamento è completamente indifferente all'abuso del processo, ma questo è soltanto l'inizio del problema, non la soluzione, poiché i modi in cui la questione viene affrontata sono numerosi e diversi. (...) Di conseguenza, il panorama complessivo dell'abuso del processo è complesso e variegato: l'idea generale è probabilmente presente dappertutto, poiché in ogni ordinamento esiste la tendenza a ritenere che i processi dovrebbero essere condotti in modo onesto e corretto, secondo criteri generali di buona fede e onestà. Peraltro, questa idea emerge in forme molto diverse ed in dimensioni differenti e qualche volta frammentate. Non si tratta quindi di un panorama classico e tranquillo, con linee chiare, colori*

processual, seja disciplinando sanções para os que incorrem nas práticas expressamente vedadas, seja se valendo de normas-conduta, as quais, nos casos concretos, devem ser utilizadas pelo julgador não só como meio de repressão,¹⁵ mas, e principalmente, como prevenção ao abuso.¹⁶

Ocorre, porém, conforme observou Michele Taruffo,¹⁷ que a incidência de tais regras, em vários países do globo, não tem se mostrado eficaz, na medida em que, muitas vezes, por se tratarem de normas múltiplas, confusas, dispersas e dúbias, acabam sendo aplicadas de formas variadas, díspares e com pouca (ou nenhuma) preocupação com o jurisdicionado e com a tutela jurisdicional efetiva.

Em verdade, o que se experimenta, lamentavelmente, principalmente nos países da *civil law*, é um processo moroso, intrincado, rebuscado e repleto de incontáveis chicanas e armadilhas processuais, as quais, nas mãos de grandes réus, representados muitas vezes pelos mais habilidosos causídicos, têm funcionado como um “salvo-conduto” para a odiosa prática da litigância de má-fé.

A ineficiência no controle da litigância ímproba é tão grande que Antonio do Passo Cabral¹⁸ chega a comparar o processo a um “verdadeiro carnaval procedimental”, “onde os foliões, com insaciável volúpia por vitória a qualquer custo, desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos”.

Assim, embora existam realmente normas brandas, lacunosas e de difícil aplicação,¹⁹ há que se frisar – e *aí se insere o cerne deste texto* – que existem magistrados

luminosi e prospettive razionali. Piuttosto, si ha un paesaggio moderno ed in alcune parti astratto o informale, con linee e piani che si intersecano, con variazioni e contrasti, forme e toni di colore diversi, tutti all'interno del medesimo contesto (...).” (TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 96, p. 150-169, 1999, especialmente p. 150-151)

¹⁵ Paula Costa e Silva, em sua magistral tese sobre a litigância de má-fé, abordou as mais diversas formas de tutela do assunto, como, por exemplo, o sistema italiano da responsabilidade agravada, o sistema inglês embasado nas custas processuais, o português da cláusula geral de abuso de direito, entre outros. Veja-se: SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé (...)*, ob. cit., especialmente p. 293-ss.

¹⁶ No Brasil, a situação não é diferente, como relata Petrônio Calmon Filho, onde “não se percebe que haja confiança no sistema, pois não se leva a sério o tema do abuso processual” e, continua dizendo que “as disposições legislativas aparentam ser suficientes e perfeitas, mas não são aplicadas na medida da necessidade”, já que, “para ser suficiente, o sistema normativo deveria ser melhor, mas a verdadeira solução está no desenvolvimento de uma cultura favorável”. (CALMON FILHO, Petrônio. *Abuso do processo: informe de Brasil in XIX Jornadas Iberoamericanas – V Congreso Venezolano de Derecho Procesal*, 2004, Caracas. *Temas de Derecho Procesal*. Caracas: Invedepro, 2004. Vol. 1. p. 249-261)

¹⁷ TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici (...)*, ob. cit., p. 150. Do mesmo modo, MILMAN, Fabio. *Improbidade processual (...)*, ob. cit., p. 2.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 126, p. 59-ss., 2005, p. 70.

¹⁹ Judith Martins-Costa traça relevante panorama histórico da “crise da lei”, asseverando que “as leis se multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem ‘múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática’ está, enfim, completamente esquecida do desejo voltairiano da lei *‘claire, uniforme et précise’*. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura (...).” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. 282)

que, seja por questões culturais, seja por infeliz desconhecimento, seja por manifesta e cômoda omissão, seja por desprestígio da jurisprudência dos Tribunais Superiores, seja, enfim, por abuso jurisdicional, não fazem valer seus poderes contra os abusos processuais, malferindo, dessa forma, a própria realização da justiça.²⁰

Vale dizer: muitos julgadores, mesmo diante de situações claríssimas de litigância de má-fé (arts. 77 a 81 do CPC), preferem ignorá-las ao argumento de que o seu respectivo reconhecimento judicial poderia gerar efeitos ainda mais negativos para o bom andamento do direito, já que tal cominação faria nascer, para o litigante ímprobo, um infundável número de recursos exatamente para rediscutir essa condenação, o que acabaria por favorecer o próprio infrator.

Além disso, a postura condescendente dos tribunais, que muito frequentemente reformam as decisões singulares favoráveis ao reconhecimento da litigância de má-fé, faz com que os magistrados de primeiro grau se sintam desincentivados a continuar a sancionar os litigantes ímprobos.²¹

Ademais, deve-se mencionar o manifesto desprestígio que as decisões judiciais têm para com o enfrentamento da questão da litigância de má-fé, não sendo raras as situações em que o julgador sequer se dispõe a fundamentar adequadamente sua posição sobre o tema.

Sem fundamentação específica – no mais das vezes, o que se vê é uma mera repetição de termos padronizados, que poderiam facilmente se encaixar em qualquer decisão judicial –, o controle e a repressão às condutas ímprobos acabam por se tornar uma verdadeira loteria judicial.

Tudo somado, o resultado é, infelizmente, um completo desdém, de boa parte dos magistrados, para com o rechaço à litigância de má-fé, descaso esse que tem consequências nefastas ao processo.

Basta se pensar, por exemplo, nos casos em que o advogado mais experiente, conhecedor de todo esse cenário, aproveita-se das lacunas deixadas pelo desinteressado juiz para protelar o máximo possível, porquanto sabe que raramente será sancionado e, mesmo se o for, prosseguirá no caminho da deslealdade, vez que é ínfimo o risco de que tal condenação não seja reformada em grau recursal.

É chegada a hora de se mudar radicalmente esse triste cenário: a prática do abuso de direito processual não pode ser encarada como um jogo em que o litigante desleal nunca perde: ou “ganha” (quando o abuso gera efeitos maléficos à contraparte e/ou à efetividade da prestação jurisdicional) ou “empata” (quando o abuso não

²⁰ “(...) Impõe-se tomada de posição a respeito, afastando-se o mal maior que é a apatia no ofício judicante; impõe-se atuação rigorosa em tais casos, acionando-se os arts. 14, 16, 17 e 18 do CPC, no que, em linha adotada pela legislação comparada, rechaçam a litigância de má-fé.” (MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. O Judiciário e a litigância de má-fé. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, vol. 101, p. 206-ss., 2001.)

²¹ Veja-se, por exemplo, recentes decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3, 7ª Turma, Processo n.º 05-25.2021.5.03.0006, Rel. Flávio Wilson da Silva Barbosa, j. 18/06/21, DJ 22/06/21) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, 6ª Câmara Cível, Processo n.º 1.0408.11.001006-8/002, Rel. Audebert Delage, j. 27/02/18, DJ 07/03/18), em que as sanções aos litigantes ímprobos tinham sido fixadas pelos respectivos juízes de primeiro grau, mas que foram reformadas exatamente neste aspecto em grau de recurso.

consegue gerar consequências negativas, mas a falta de punição à litigância ímproba faz com que ele “deixe o campo” exatamente como entrou).

Nesse contexto, a litigância de má-fé passa a ser interessante àqueles que, por razões diversas, almejam desprezear a lealdade; sem o efeito preventivo e intimidador da sanção, a burla às regras se mostra compensadora.

Assim, o descontrole deontológico do processo por boa parte dos juízes acaba por funcionar como inequívoco incentivo aos abusos; onde não há autoridade, recrudescer a impunidade e fenece a efetividade da prestação jurisdicional.

Por outro lado, um processo verdadeiramente cooperativo compele o *juiz leal* a adotar uma postura mais ativa e rigorosa na observância fiel dos limites da litigância responsável.

Para que não restem dúvidas: o respeito à lealdade processual impõe aos órgãos jurisdicionais, quando da identificação do abuso de direito processual, a competente cominação das sanções previstas no sistema, evitando que sua omissão possa ser entendida como beneplácito à improbidade processual. Nesse sentido, embora se referindo ao direito espanhol, aduz António Maria Lorca Navarrete:²²

Pero, una conclusión no se hace esperar: el respeto a las reglas de la buena fe no le resulta indiferente al órgano jurisdiccional civil; pues conjuntamente con la reacción frente a la parte que no respeta las reglas de la buena fe, los órganos jurisdiccionales deben rechazar fundadamente – claro está – las peticiones e incidentes que se formulan con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. En el caso de los profesionales intervinientes el órgano jurisdiccional puede actuar dando traslado de la actuación contraria a la buena fe a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

Há, desse modo, um dever jurisdicional de repressão às condutas processuais abusivas; afinal, em uma verdadeira comunidade de trabalho²³ (Arbeitsgemeinschaft ou comunione del lavoro), eventuais desvios de conduta não podem ser premiados com

²² LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesales, in *Estudios sobre Garantismo Procesal: El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, p. 71-79, especialmente p. 78-79.

²³ “(...) A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar numa comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual.” (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 168); no mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 14.

um “cheque em branco”, que somente serviria para incentivar o *improbus litigator* a persistir em seu intento abusivo.²⁴

Se as razões acima expostas já não fossem suficientes para se justificar a necessária atuação judicial, cumpre recordar que a posição passiva do julgador na repressão às condutas desleais malferia a efetividade da prestação jurisdicional, funcionando, aliás, como um dos fatores que prejudicam a duração razoável do processo.²⁵ Nesse sentido, ainda no final da década de 1990, Miguel Teixeira de Sousa²⁶ já asseverava:

A lentidão processual encontra causas endógenas e exógenas. Como causas endógenas podem ser referidas, tomando como parâmetro o processo civil português no seu estado anterior à reforma, as seguintes: *a excessiva passividade – se não legal, pelo menos real – do juiz da acção; a orientação da actividade das partes, não pelos fins da tutela processual, mas por razões frequentemente dilatórias*; alguns obstáculos técnicos, como atrasos na citação do réu e a demora no proferimento do despacho saneador devida às dificuldades inerentes à elaboração da especificação e do questionário.

É exatamente por esse motivo, aliás, que a Corte de Cassação italiana já decidiu que “o respeito do direito fundamental a uma duração razoável do processo impõe ao juiz evitar e impedir comportamentos que sejam obstáculo a uma rápida resolução do litígio”.²⁷

A fim de assegurar, portanto, um “leal desenvolvimento do processo” – continua a Corte de Cassação italiana –, o juiz deve exercitar um controle sobre as atividades

²⁴ “(...) *El libre ejercicio de un derecho de contenido procesal no puede denegarse bajo la excusa del retraso que ello provocará para la resolución del litigio. Cuando un justiciable ejercita un derecho legalmente previsto, el juez debe limitarse a analizar la concurrencia de los requisitos previstos para su ejercicio y, en consecuencia, permitir su realización, al margen de que ello dilate la duración del proceso, ya que el juez no puede irrogarse atribuciones legislativas. Sin embargo, el uso de ciertas instituciones procesales puede no tener por objeto el legalmente previsto, sino tan solo retrasar el curso normal de las actuaciones.* En estos casos, más o menos excepcionales, de intervención maliciosa de alguna de las partes, el juez debe rechazar la petición que se le formule si no quiere infringir a la parte contraria su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (...). En este sentido, nuestro TS utiliza el criterio de la ‘buena fe procesal’ en numerosas ocasiones para proteger el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...). Finalmente, debemos destacar la doctrina del TC y del TEDH que consideran la actuación negligente o maliciosa de las partes como uno de los elementos fundamentales para estimar la falta de vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...). En consecuencia, si desea protegerse este derecho fundamental, es exigible que las partes actúen de acuerdo con el principio de la buena fe procesal.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2ª ed. Barcelona: J. J. Bosch, 2013, p. 89-91; destaques acrescentados).

²⁵ No mesmo sentido: SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 40, p. 9-ss., 2009.

²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: LEX, 1997, p. 49; destaques acrescentados.

²⁷ Cass. civ., Sez. Un. 3 novembre 2008, n. 26373, citada por GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni* (...), ob. cit., p. 42-43, notas de rodapé n.º 86 e 87; tradução livre.

das partes, em uma forma de “poder de polícia moralizante”, para prevenir ou impedir qualquer atitude desleal ou incorreta de uma parte contra a outra.

Tudo isso se justifica porque, como bem leciona Luigi Paolo Comoglio,²⁸ o controle da atuação ética e deontológica dos comportamentos dos sujeitos processuais se afigura uma matéria de “ordem pública processual”,²⁹ a ser exercida, portanto, *ex officio*.

Semelhante opinião tem Pedro de Albuquerque,³⁰ para quem há relação direta entre a proibição da litigância de má-fé e a própria preservação da “soberania dos tribunais, o respeito às suas decisões e o prestígio da justiça”.

Apesar de toda essa relevância do controle deontológico do processo, a verdade é que, no cotidiano forense, percebe-se uma inaceitável intolerância dos juízes para com os abusos cometidos pelas partes e/ou seus procuradores, em uma demonstração inequívoca de lamentável desinteresse do próprio Poder Judiciário para com o processo, seu principal meio de efetivação de direitos.³¹

²⁸ “(...) *In secondo luogo, la valorizzazione del ruolo attivo del giudice -pur nell'ambito di un processo fondamentalmente basato sul principio dispositivo 32-comporta questi ulteriori corollari: a) la 'moralizzazione' del processo, nelle sue diverse componenti etiche e deontologiche, costituisce, oggi più che mai, il fulcro essenziale del fair trial o, se si preferisce, del 'processo equo e giusto'; b) il controllo, sotto il profilo etico e deontologico, dei comportamenti tenuti dai soggetti processuali nell'esercizio dei loro poteri, rientra nell'area di inderogabilità del c.d. 'ordine pubblico processuale', legittimando in tal modo la sussistenza di attribuzioni e di interventi ex officio del giudice; (...).*” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 112, p. 159-ss., 2003; destaques acrescentados).

²⁹ “(...) A litigância de má-fé surge, por tudo quanto foi apontado, como um instituto processual, de tipo público e que visa o imediato policiamento do processo. Não se trata de uma manifestação de responsabilidade civil, que pretenda suprimir danos, ilícita e culposamente causados a outrem, através de situações processuais. Antes corresponde a um sub-sistema sancionatório próprio, de âmbito limitado e com objetivos muito práticos e restritos. Trata-se de uma realidade técnica e historicamente explicável.” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé* (...), ob. cit., p. 59).

³⁰ “(...) a litigância de má fé se configura como um instituto em que o pretendido não é, ou não é predominantemente, o acautelar das posições privadas e particulares das partes, *mas sim um interesse público de respeito pelo processo*, pelo tribunal e pela própria justiça. Conforme referia a propósito Paulo Cunha, num passo recordado também por Luso Soares e Menezes Cordeiro, *todo o processo tende à obtenção de uma decisão donde resulta que em última análise o sujeito passivo da má fé será sempre o tribunal. A proibição de litigância de má fé apresenta, assim, como um instituto destinado a assegurar a moralidade e eficácia processual, porquanto com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça*. O dolo ou má fé processual não vicia vontades privadas nem ofende meramente interesses particulares das partes envolvidas. Também não se circunscreve a uma violação sem mais do dever geral de actuar de boa fé. A virtualidade específica da má fé processual é outra diversa e mais grave: a de transformar a irregularidade processual em erro ou irregularidade judicial.” (ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. O dolo ou má fé processual não vicia vontades privadas nem ofende meramente interesses particulares das partes envolvidas. Também não se circunscreve a uma violação sem mais do dever geral de actuar de boa fé. A virtualidade específica da má fé processual é outra diversa e mais grave: a de transformar a irregularidade processual em erro ou irregularidade judicial.* (ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. O dolo ou má fé processual não vicia vontades privadas nem ofende meramente interesses particulares das partes envolvidas. Também não se circunscreve a uma violação sem mais do dever geral de actuar de boa fé. A virtualidade específica da má fé processual é outra diversa e mais grave: a de transformar a irregularidade processual em erro ou irregularidade judicial.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 55-56; destaques acrescentados).

³¹ Nesse sentido, manifesta-se Humberto Theodoro Júnior: “(...) Infelizmente, a prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a frequência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte dos juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual (...).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-131, especialmente p. 117).

Mal comparando, essa situação de *desprezo deontológico* se mostra tão esdrúxula como se um motorista passasse a não se preocupar com o combustível de seu carro ou, ainda, um médico negligenciasse a higiene de seus utensílios cirúrgicos e, ainda assim, desejasse obter bons resultados em suas respectivas atuações.

É verdade, todavia, que o problema não é exclusivamente brasileiro. Como relatam Antônio Menezes Cordeiro³² e Michele Taruffo,³³ a leniência dos juízes para com os abusos processuais também se verifica em terras estrangeiras, fato que chega, a um só tempo, a levar a parte vítima dessas deslealdades à exaustão e a prejudicar o bom funcionamento do processo. Essa “globalização”, todavia, não pode servir de escudo ou atenuante para os juízes nacionais.

Afinal, como já prescrevia José Olympio de Castro Filho,³⁴ ainda em 1955, em matéria de abusos processuais, “(...) o papel mais difícil, e por isso mesmo, o mais edificante e o mais belo, cabe aos juízes”, qual seja:

Não tolerar, nem admitir o abuso do direito. Não permitir, com ânimo forte e sem tibieza, que o processo se converta em oportunidade para prejudicar a outrem, fazendo reparar, com equilíbrio e bom senso, os prejuízos causados injustamente. Mas, ao mesmo tempo, precaver-se contra o excesso de autoridade, a mania de enxergar em tudo e em todos uma intenção de prejudicar, ou de mentir, o vexo de encarar cada incidente ou o conjunto dos atos como demonstração de improbidade.

³² “(...) Perante os abusos de toda a ordem perpetrados nos processos (excessos de linguagem; desconsiderações dirigidas a testemunhas; atos inúteis; diligências dilatórias; enxerto de questões artificiais; discussões sobre pontos que nada têm a ver com a causa; agressividade gratuita), a coberto do garantismo, cabe ao tribunal intervir. Com demasiada frequência, isso não sucede. O juiz deixa arrastar a causa, levando as partes à progressiva exaustão, em vez de, como muitas vezes se impunha, usar o seu poder legítimo para decidir, com justiça, o que lhe seja colocado. Insistimos: nenhum verdadeiro profissional do foro, quando consciencioso, ficará jamais ofendido por o Tribunal decidir, cortando a palavra, recusando expedientes e (re)colocando a lide nos carris que lhe compitam (...)” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé* (...), ob. cit., p. 25; destaques acrescentados).

³³ “(...) Sin embargo, en un ambiente cultural que parece tener como máxima preocupación no la obtención de grados aceptables de eficiencia en la administración de justicia civil, sino la reducción substancial de los poderes del juez, una evolución en esta dirección no es ciertamente previsible. No debe olvidarse, además, que desde la entrada en vigor del Código de los años 1940-1942, los jueces han subutilizado o no han utilizado en ningún caso los poderes con los cuales estaban – e están – investidos. Entre los poderes olvidados, se incluyen ciertamente los de procurar un desarrollo solícito y leal del proceso, así que es muy difícil establecer si la responsabilidad de que haya procesos lentos y no siempre leales – que representan un fenómeno frecuente, por no decir normal – se adscribe más a los abogados, que se benefician de una justicia ineficiente y de una ética profesional vaga, o a los jueces, que no se preocupan por ejercer con la efectividad necesaria los poderes dirigidos a asegurar un buen funcionamiento del proceso.” (TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de “abuso del proceso”. In *Páginas sobre Justicia Civil*. (Trad.) Maximiliano Aramburro Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309, especialmente p. 309; destaques acrescentados).

³⁴ CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 199-200; destaques acrescentados.

Certo é, portanto, que não se mostra *leal* – e consequentemente *justo* – imaginar que questões dessa importância sejam deixadas de lado pelo Judiciário: *omissões dessa natureza configuram, lamentavelmente, inequívocos abusos jurisdicionais*.

Noutro tom: *seja para evitar o aumento de seu trabalho* (como ter de diagnosticar o abuso, trazê-lo aos autos para permitir e fomentar o debate, reconhecer a sua incidência e fundamentar a decisão que condena o litigante de má-fé), *seja para não se indispor com advogados públicos ou privados, defensores públicos ou promotores* (profissionais que, a despeito da opção do sistema processual brasileiro, são no mais das vezes os reais responsáveis – e não as partes – por boa parte dos atos processuais de má-fé), o juiz, em evidente desvio de finalidade, deixa de exercer seu poder-dever de controle deontológico do processo, tolerando que a litigância ímproba alcance seus objetivos.³⁵

Tal indiferença, a rigor, além de significar uma inequívoca demonstração de desprestígio para com o próprio Poder Judiciário,³⁶ aproxima o juiz do ato de litigância de má-fé, como uma espécie de partícipe, algo com o que o processo justo não pode coadunar.

3. Como evitar uma “caça às bruxas”? Um dever e três sugestões

Uma das principais preocupações quando se fala em controle à litigância de má-fé, diz respeito ao receio de se cercear demasiadamente a atuação das partes, prejudicando-lhes o direito constitucional de acesso à justiça.

O desassossego é pertinente, especialmente em um país em que, lamentavelmente, são corriqueiros os casos de abuso de autoridade.³⁷

A despeito disso, deve-se deixar claro que não se está aqui a pregar uma *caça às bruxas*; o controle ético da atuação dos sujeitos parciais deve ser ponderado o suficiente para evitar excessos de formalismos, cerceamentos de defesa ou violações

³⁵ Nesse sentido, também a reconhecer abuso do juiz quando do não exercício de seus poderes de prevenção e repressão, veja-se lição de Michele Taruffo: “(...) È altrettanto chiaro, peraltro, che se il giudice non provvede in proposito si verifica davvero l’abuso in senso oggettivo, in quanto il procedimento si prolungherà per il tempo necessario per sentire i 200 testimoni, ma in questo caso si potrebbe dire che a commettere l’abuso è – in realtà – anche il giudice, poiché egli non esercita adeguatamente i suoi poteri e – così facendo – permette che la parte consegua il fine dilatorio che si proponeva di raggiungere. (...)”. (TARUFFO, Michele. *L’abuso del processo: profili generali*. In *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale* – Urbino, 23-24 Settembre 2011. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47, especialmente p. 42; destaques acrescentados).

³⁶ Nesse sentido, já decidiu o STF, conforme se confirma a partir de trecho do voto do Min. Relator Cezar Peluzo: “(...) Ao presente recurso, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há, aqui, além de violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo (...)”. (STF, 2T., AgRg no Al n.º 770.181/RS, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 02/03/10, DJe 26/03/10; destaques acrescentados).

³⁷ A edição da recente Lei n.º 13.869/2019 e todas as discussões dela decorrentes demonstram a relevância da preocupação. Sobre o tema, que foge dos contornos do presente texto, recomenda-se: BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDA, Juliano (Coord.). *Comentários à lei de abuso de autoridade*. São Paulo: RT, 2020.

das prerrogativas dos mais diversos profissionais envolvidos na demanda; como preceitua a conhecida máxima aristotélica, *a virtude está no meio-termo*.

Portanto, o magistrado leal deve, a um só tempo, preocupar-se com o seu papel constitucional de guardião das liberdades³⁸ e, ainda, combater diligentemente a litigância de má-fé.

E como isso, concretamente, pode se dar? É o que se verá nos quatro tópicos a seguir.

3.1. O dever judicial de engajamento

Inicialmente, é imperioso que o juiz seja efetivamente engajado.

Segundo Pontes de Miranda,³⁹ um dos deveres essenciais de todo magistrado é o de *obrar* ou, nas precisas palavras de Antonio do Passo Cabral, *de se engajar*.⁴⁰

³⁸ "(...) De outra parte, cabe ao juiz 'participante' reprimir a litigância de má-fé, pois, prevalecendo no processo o interesse público na realização da justiça, é dever do juiz evitar que procedimentos escusos tentam alterar o seu destino ou protelar o seu fim. Como é sabido, a evolução da teoria do abuso do direito no processo sofreu um golpe com o advento do liberalismo. Prova disso é ter o Código de Processo Civil francês, de 24 de abril de 1806, deixando de reproduzir as disposições sobre o abuso de direito que o precederam. Atualmente, o art. 18 do CPC dá expressamente ao juiz o poder de condenar, de ofício, a litigante de má-fé. O juiz que não penaliza aquele que mal procede está, na realidade, penalizando aquele que bem procede, o que não só faz desmoronar a ideia de que o processo é um instrumento ético como, também, coloca em risco o princípio da isonomia no tratamento das partes." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 424).

³⁹ "(...) Os juízes são juizes do Estado, funcionários como todos os que exercem função estatal permanente. Não existe, hoje, jurisdição privada, como a da Igreja, a dos 'senhores', a dos Estados estrangeiros a respeito dos seus nacionais, o que feriria a independência do país. (...) Enquanto os outros sujeitos da relação processual têm interesse dependente dos resultados do processo, o juiz não tem interesse próprio, qualquer que seja. O seu interesse é transindividual, identifica-se com a missão social que lhe confiou o Estado: realizar o direito objetivo e pacificar, dirimindo contendas. Porque o juiz não tem interesse próprio no processo, de modo que lhe coubesse atuar ou abster-se, a lei fixou-lhe, com toda a precisão, as pautas e os conteúdos de sua atividade, de feição tal que, ocorrendo certas condições, lhe toque executar determinado ato, ato não seu, mas estatal, com o conteúdo que convenha ao caso. Toda sua atividade é ordenada no sentido de que, através dêle, seja o Estado que exerce o ato. *Daí o seu dever formal de obrar* (...) [que] é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente mais tranqüilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade. A lei pune-o por parar, por suspender ou retardar atos e diligências, marca-lhe horas certas, prazos restritos, poda-lhe convicções individuais, força-o a mover-se, na sua atuação profissional, por entre linhas que textos miúdos lhe traçam." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 408, vol. I; destaques acrescentados).

⁴⁰ "(...) Além da obrigação das partes de contribuir eticamente para a resolução do conflito, o contraditório impõe ainda deveres ao juiz. O principal deles reside na obrigação de instalar e promover verdadeiro debate sobre as questões discutidas no processo, o que poderíamos denominar de *dever de engajamento*. Sem embargo, atualmente ganhou vigor e foi vitoriosa a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O magistrado deve criar as condições para o desenvolvimento de uma ampla discussão entre os demais sujeitos, velando por iguais oportunidades de manifestação, pela sua correta notificação etc., conclamando e incentivando os demais sujeitos a aderirem e participarem. A partir das premissas referentes à democracia deliberativa, o processo passou a ser concebido como um palco deliberativo, um cenário de interações dialéticas que viabilizem o discurso argumentativo dos sujeitos envolvidos. O princípio do contraditório deixa de ser meio de luta egoísta entre as partes (visão privatista), para significar, nesse panorama de cooperação, um pressuposto do próprio julgamento no cenário democrático. Sendo o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, o contraditório cria um mandamento constitucional do diálogo (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo. Mas o debate judicial deve ser uma obrigação

Isso significa que o magistrado não pode, como bem delineou José Carlos Barbosa Moreira,⁴¹ ser um “juiz glacial”, calado, impassível ou um “convidado de pedra”, que deve apenas assistir ao jogo das partes, naquilo que pode ser explicado pela *sporting theory of justice*,⁴² intervindo apenas para evitar abusos das partes, decidir questões incidentes e, obviamente, proferir a decisão final.

Em outros termos, e com o apoio de Michele Taruffo,⁴³ considera-se que não é mais possível se vislumbrar o processo sob uma concepção “puramente competitiva”, na qual apenas os interesses tidos por relevantes são os das partes; como direito fundamental que é, a efetividade da prestação jurisdicional e o bom funcionamento do sistema judiciário são fundamentais para a produção de resultados justos.

Nesse sentido, até mesmo por imposição constitucional – seja por força do art. 5º, LXXVIII, que preserva a duração razoável do processo como direito fundamental, seja por força do art. 37, que impõe a eficiência da prestação jurisdicional⁴⁴ –, o julgador tem o dever de se engajar, evitando que a atuação desleal cause prejuízos ao bom andamento da causa.

autorregulativa, voltando-se também para o juiz e, em geral, para todos os agentes estatais no processo. O princípio da cooperação transforma o magistrado em ‘agente-colaborador do processo’, obrigando-o não só a fomentar o debate e proteger as condições para seu desenvolver, mas também e principalmente impondo-lhe o dever de inserir-se neste diálogo. O contraditório participativo não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. E essas reflexões já encontram guarida na legislação estrangeira. O novo Código de Processo Civil francês (art. 16) estabelece um dever do magistrado de observar e *observar ele mesmo* o contraditório. Este deve ser o norte para os sujeitos estatais: incentivar o discurso, mas estar também imerso no debate. Embora não com esta amplitude, esta vem sendo a orientação processual brasileira ao juiz, como percebemos em inúmeros momentos processuais: quando preside a conciliação, quando esclarece as partes sobre os ônus probatórios ou quando as adverte acerca das consequências que podem ter certas condutas processuais. O dever de engajamento é, ainda, um dever que se poderia definir como *originário*, porque é dessa ideia-mãe que outros deveres do magistrado serão extraídos. Com efeito, para o juiz, a máxima da participação gera outras obrigações processuais, denominadas deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção (...).” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234-236).

⁴¹ “(...) No universo anglo-saxônico – ressaltado o poder disciplinar de que o órgão judicial dispõe sobre os próprios advogados – é o juiz calado, impassível, para não dizer glacial, que melhor encarna a filosofia do ordenamento. Lá, decididamente não se vê com bons olhos a quebra do silêncio, reveladora da inquirição do julgador acerca de tópicos relevantes, sobre os quais não se haja projetado a necessária luz (...).” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65).

⁴² Fazendo alusão ao processo como um “duelo”, José Carlos Barbosa Moreira explica que “(...) A locução ‘sporting theory of Justice’, de cunhagem atribuída a Roscoe Pound, em conferência de 1906, sobre as *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, tornou-se encontrada na literatura de língua inglesa”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 116, p. 313-ss., 2004. Vide especificamente a nota de rodapé n.º 5).

⁴³ TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili generali. In *L’abuso del processo*: Atti del XXVIII Convegno Nazionale (...), ob. cit., p. 29-31.

⁴⁴ Nesse sentido: JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2018.

Vale dizer, aliás, que não é apenas no Brasil⁴⁵ que se verifica uma relação direta entre a deslealdade processual e a demora na tramitação dos processos.

Apenas a título de exemplo, veja-se conclusão da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ),⁴⁶ que vislumbra uma correlação entre a má gestão do processo pelos juízes e a demora processual desmedida, havendo expressa menção à necessidade de que o juiz adote uma postura proativa em situações como a busca da verdade e o controle deontológico estrito como demonstração de autoridade da corte.⁴⁷

Na França, conforme relatam Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand,⁴⁸ a partir da análise de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos envolvendo o estado francês, também se percebe indissociável relação entre os comportamentos dos requerentes e das autoridades competentes para a caracterização de *un procès dans un délai raisonnable*.⁴⁹

Na Espanha, por sua vez, o Tribunal Constitucional, embora reconheça que a análise da demora processual deva ser analisada casuisticamente, já entendeu⁵⁰ a atitude processual do recorrente e a atitude dos órgãos judiciais são critérios indispensáveis a se verificar se o processo demorou mais que o devido.

⁴⁵ Para Nelson Nery Jr., só é possível dizer que determinado processo teve ou não uma duração razoável se, além de outros critérios (como a natureza do processo a sua complexidade), for investigada a atuação das partes e seus procuradores, bem como o trabalho desenvolvido pelo juiz e por todo o aparelho estatal. (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 315).

⁴⁶ "(...) 4.4. Active case management role by judges. Judges are the "third impartial player" in a conflict resolution process. They are the only ones able to set the pace of litigation independent of the parties' interests. Therefore, they should have a pro-active role in case management in order to guarantee fair and timeliness case processing, accordingly to timeframes. It must also be noted that the jurisprudence of the ECHR says that "court inactivity", "judicial inertia in producing evidence" and the "complete inaction by the judicial authorities" have been causes of violation of the reasonable time clause (CEPEJ(2006)15; para 29, 30, 36). Example. § Ireland (Dublin Commercial Court) – a system of intensive case management with a view to reducing timeframes is in place, It is possible to strike out cases or impose cost penalties for non-compliance with the Court's directions. The drafting of Court rules ensures a speedy appeals procedure (...)". Disponível: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6), acesso em 03 jun. 2021.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 146.

⁴⁸ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile*: Droit interne et droit de l'Union européenne. 31ª ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 521-523.

⁴⁹ Entre outros, veja: CEDH, caso Frydlander c. France [GC], nº 30979/96, § 43, CEDH 2000-VII.

⁵⁰ "(...) Pero según el artículo 24.2 el proceso debe ser público y sin dilaciones indebidas. La expresión dilaciones indebidas configura lo que en Derecho se denomina un concepto jurídico indeterminado, que de forma casuística deben ir precisando los tribunales. En una variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los criterios específicos que en cada caso concreto han de aplicarse para determinar si ha habido o no dilación indebida son los siguientes: 1. Las circunstancias del proceso; 2. La complejidad objetiva del mismo; 3. La duración de otros procesos similares; 4. La actitud procesal del recurrente; 5. El interés que en el litigio arriesga éste; 6. La actitud de los órganos judiciales; y 7. Los medios de que disponen éstos. Estos siete criterios se han extraído del contraste entre las siguientes Sentencias del T. Constitucional 36/1984, 5/1985, 152/1987, 223/1988, 28/1989, 50/1989, 81/1989, 224/1991, 215/1992, 69/1993, 179/1993, 197/1993, 313/1993, 8/1994, 35/1994, 324/1994, 144/1995, 10/1997. Jurisprudencia más reciente en el mismo sentido la conforman, entre otras, las SSTC 220/2004, 63/2005 y 5/2010 (...)", in: <www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>. Acesso em: 7 jun. 2021.

Em síntese, como bem constata José Carlos Barbosa Moreira,⁵¹ "(...) nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção".

E de que modo, concretamente, esse juiz engajado deve atuar?

Não obstante a ausência de um bom regramento legal, certo é que, mesmo no ordenamento jurídico vigente, é possível, com certa dose de boa técnica processual,⁵² conjugar o julgamento da causa com a apuração e punição das condutas atentatórias à lealdade processual a impedir que tais atitudes venham a atrasar o feito.

Senão, veja-se, a partir de três propostas, todas *de lege lata*.

3.2. A fixação, em capítulo à parte, de forma devidamente fundamentada, da condenação ao litigante de má-fé

Uma primeira sugestão que poderia trazer resultados interessantes ao controle da lealdade processual diz respeito à criação de um capítulo em separado na decisão a ser proferida, unicamente destinado à apreciação da ocorrência de litigância de má-fé, no qual o magistrado apresentaria, de forma clara e devidamente fundamentada, as razões pelas quais determinada conduta deveria (ou não) ser sancionada.

Isso porque, nas pouquíssimas vezes em que há condenações por litigância de má-fé, essas se dão usualmente ao fim da decisão, acompanhadas de uma ou duas linhas de tênue fundamentação. Sem motivação minimamente suficiente, os mesmos habilidosos advogados que conseguiram protelar a demanda até aquele momento, acabam se valendo desse déficit garantístico (e, porque não dizer, dessa ofensa ao art. 93, IX, CF/88) para conseguir, posteriormente, fazer cair por terra as sanções cominadas pela decisão judicial.

Diferentemente, um capítulo próprio, acompanhado de robusta fundamentação, além de lançar luzes no ato processual desleal, permitiria o exato enquadramento legal e, demais disso, faria com que todos os sujeitos do processo tivessem inequívoca ciência da atuação judicial a esse respeito.

Como se isso não fosse suficiente, a adoção de um capítulo à parte para enfrentar a litigância de má-fé também surtiria efeitos positivos após a prolação da decisão, vez que, em caso de recurso parcial destinado unicamente a impugnar tal capítulo, facilitado estaria o reconhecimento do trânsito em julgado e/ou da preclusão quanto às demais partes da decisão.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27, especialmente p. 26.

⁵² "(...) a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29, especialmente p. 28).

Assim, por exemplo, se em uma sentença o juízo *a quo* constatasse que o réu deduziu defesa contra fato incontroverso, deveria, em capítulo próprio, reconhecer a prática de ato de litigância de má-fé, na forma do art. 80, II, do CPC, impondo-lhe as sanções do art. 81, CPC.

Posteriormente, no caso de interposição de apelação somente contra essa parcela do julgamento, a boa técnica manda que o juiz, em vez de mecanicamente determinar o envio dos autos ao juízo *ad quem*, deve analisar a decisão recorrida e o recurso respectivo para, se for o caso, determinar o envio ao tribunal somente daquilo que foi alvo de impugnação, consignando o trânsito em julgado da parcela não recorrida e, fomentando, desse modo, o adiantamento da futura execução do julgado.

A afirmação parece um tanto óbvia, em decorrência das limitações naturais do efeito devolutivo (art. 1008, CPC), mas a prática mostra que, após proferir a sentença, o magistrado parece se esquecer daquele processo, transferindo a sua responsabilidade às próximas instâncias.

Veja-se: não se desconhece que, a partir da vigência do CPC, a competência para a admissão da apelação já é do juízo *ad quem*; nada impede, entretanto, que no caso de interposição de recurso parcial, em que se discute apenas a condenação por litigância de má-fé, o juízo *a quo* consigne e certifique, desde logo, o trânsito em julgado parcial da sentença.

Demais disso, por força dos arts. 5º, 6º e 139, III, todos do CPC, o magistrado deve prevenir e/ou reprimir as práticas meramente protelatórias, pouco importando que já tenha proferido sentença, desde que, obviamente, os autos ainda estejam sob seus cuidados.

Desse modo, enquanto os autos ainda estiverem sob sua chancela, caso o julgador verifique que o recurso de apelação se mostre procrastinatório, afigura-se imperiosa a utilização de seu poder-dever de controle e repressão, a fim de se evitar que o *improbis litigator* venha a ser recompensado pela demora da tramitação do feito junto aos tribunais.

Atitudes dessa natureza certamente serviriam para desincentivar atitudes eminentemente protelatórias, pois assim que o ato procrastinatório viesse a ser praticado, logo em seguida viria – desde que respeitado o devido processo legal, por óbvio – a respectiva sanção.

Lado outro, como infelizmente hoje acontece, se o magistrado adota a postura burocrática de, após a prolação de sua sentença, simplesmente lançar o feito às instâncias recursais, o *improbis litigator*, ciente desse mau hábito do julgador, vê-se premido a continuar recorrendo, já que sabe que seu apelo, embora manifestamente protelatório, terá, via de regra, força para suspender o cumprimento da sentença (art. 1012 do CPC) e procrastinar a entrega do bem da vida ali tutelado.

Dito de modo diverso: se os juízes exercessem de forma escorreita o controle da lealdade processual mesmo após a prolação de suas decisões, incontáveis recursos manifestamente protelatórios sucumbiriam logo em seus primeiros dias de vida ou,

ainda, sequer seriam interpostos, já que os litigantes habituais, acostumados com o cotidiano forense, ver-se-iam desestimulados a recorrer.

Seria imperioso que o mesmo ocorresse, *mutatis mutandis*, com o controle de petições iniciais, incidentes e defesas. Conforme assevera José Carlos Barbosa Moreira,⁵³ um olhar inicial atento, próximo e comprometido do magistrado poderia eliminar – ou, pelo menos, reduzir – a imensa “carga podre” de processos que passa diariamente pelas mãos de julgadores, assessores e servidores da justiça em geral.

Vale dizer: se o magistrado acompanhasse de próximo o processo, velando por sua tramitação proba e regular, certamente teria muito mais chances de perceber, logo de início, a prática de atos manifestamente procrastinatórios das partes e de seus procuradores e poderia, o quanto antes, impedir que os nefastos efeitos da litigância ímproba se manifestassem.

Essa, aliás, é a orientação do STF,⁵⁴ que determina que a conduta do litigante de má-fé, seja ele parte pública ou parte privada, deva ser “sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juizes e tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”.

3.3. A adoção, com maior largueza, do dever de advertência, decorrente do princípio da cooperação

Como se sabe, uma das normas fundamentais do processo é a cooperação, prevista no art. 6º, CPC, e que deve nortear não apenas a atuação das partes, mas todos aqueles que, de algum modo, laboram no processo.

Especificamente em relação ao juiz, que aqui mais importa, a cooperação lhe impõe um duplo papel: *isonômico* na condução do processo, para favorecer o diálogo com os demais sujeitos processuais e, com isso, permitir-se influenciar e formar seu convencimento; e *assimétrico* na decisão, a fim de que o litígio possa ser resolvido e os direitos fundamentais daquele que tem razão, enfim, sejam tutelados.⁵⁵

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual* (...), ob. cit., p. 23-24.

⁵⁴ EMENTA: (...) PODER PÚBLICO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé (*improbis litigator*) – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juizes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado. - Hipótese dos autos que não revela dolo processual, embora evidencie precipitação, por parte da União Federal, quanto à utilização do instrumento constitucional da reclamação, eis que a decisão do STF, supostamente desrespeitada, somente veio a ser pronunciada em momento posterior ao da prolação do ato judicial reclamado. (STF, Tribunal Pleno, Rcl 1723 AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/02/01, DJ 06/04/01; destaques acrescentados).

⁵⁵ “(...) O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. É paritário, porque o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando, assim, a influência delas na formação do contraditório. É assimétrico, porque, ao decidir as questões do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja

Para que seja possível se falar em um juiz cooperador (ou colaborador), o magistrado deve se valer do poder-dever de diálogo, o qual, segundo Miguel Teixeira de Souza, desdobra-se em quatro deveres essenciais. São eles:⁵⁶

- um é o *dever de esclarecimento*, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. art.º 266º, nº 2) [= art. 7º, n. 2, CPC/PT/2013], de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada;
- um outro é o *dever de prevenção*, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cfr. arts. 508º, nº 1, al. b); 508º-A, nº 1, al. c); 690º, nº 4; e 701º, nº 1) [que correspondem, respectivamente, aos arts. 590, nº 2, al. a); 591º, n. 1, al. c); tendo sido os dois últimos artigos revogados pelo CPC/PT/2013];
- o tribunal tem também o *dever de consultar as partes*, sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de pronunciarem (cfr. art. 3º, nº 3) [=art. 3º, n. 3, CPC/PT/2013], porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer officiosamente certo facto relevante para a decisão da causa;
- finalmente, o tribunal tem o *dever de auxiliar as partes* na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais (cfr. artº 266º, nº 4) [=art. 7º, n. 4, CPC/PT/2013].

Um dos mais importantes deveres decorrentes da cooperação, o dever de prevenção ou de advertência tem vastíssima aplicação,⁵⁷ valendo “genericamente

existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes (...)” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 115).

⁵⁶ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo (...)*, ob. cit., p. 65.

⁵⁷ Contra, entendendo que, no direito português, o dever de prevenção não pode ser visto como uma cláusula geral, estando limitado à hipótese prevista no art. 508º, nº 1, al. b), CPC/PT/1961 [atual art. 2º, nº 1, al. b), CPC/PT/2013], Paula Costa e Silva: “O dever de prevenção não foi consagrado como cláusula geral, tendo sido previsto para uma situação específica: a complementação ou clarificação na exposição da matéria de facto. O legislador não previu sequer este dever para a complementação ou clarificação da matéria de direito. Talvez por ter entendido, numa perspectiva que já vimos responder insuficientemente às eventuais necessidades do caso concreto, que a matéria de direito é da competência do tribunal. Da mera previsão do dever de prevenção no art. 508/1/b) do CPC não podemos inferir um dever geral de prevenção, que rasgue os limites para ele traçados pelo legislador. Muito gostaríamos que esta inferência tivesse suporte legal. Pois, como afirmamos, este tipo de dever aproxima a decisão da justiça do caso concreto. Mas também neste ponto o legislador se limitou a dar um pequeno passo na desformalização da decisão que pode decorrer do processo. Não previu o dever de prevenção como cláusula geral de segurança contra a falência da acção por má aplicação do direito pela parte (...)”. (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 593-594).

para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.⁵⁸

Ao contrário do dever de esclarecimento, o dever de prevenção se manifesta em *mão única*, porquanto se dirige do juiz para as partes, não agindo reciprocamente. Na espécie, incumbe ao magistrado emitir “alertas” (*Hinweispflicht*) ou “convites” às partes, a fim de que essas possam, se assim o entender, corrigir ou adequar suas manifestações, ainda que em grau recursal.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa, são quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: “a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação”.⁵⁹

Para o Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, seriam exemplos do referido dever a obrigação de o tribunal “sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado”, assim como a “de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”.⁶⁰

Previsto atualmente no art. 6º, n.º 2, do Código de Processo Civil Português, o dever de advertência se relaciona com a própria noção de boa gestão processual e, de certo modo, denota a abertura a sentimento de enfraquecimento nas preclusões e, conseqüentemente, à desformalização do processo, vez que, ao permitir às partes adequarem suas alegações, o sistema favorece o andamento do feito em direção a uma decisão meritória.⁶¹

Trata-se, conforme relato de Peter Murray e Rolf Stürner⁶² a respeito do direito alemão, *de uma obrigação de lealdade do juiz para com as partes*, a qual determina que ele as advirta acerca de seu processo decisório, evitando surpreendê-las e prevenindo injustiças.

Nesse sentido, o juiz deve, por exemplo, chamar a atenção das partes para determinadas questões de fato ou de direito que, eventualmente, não tenham sido por elas devidamente debatidas, fato que, a um só tempo, (i) assegura o direito de a parte ser efetivamente ouvida, consagrando o contraditório participativo; (ii) favorece

⁵⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre (...)*, ob. cit., p. 66.

⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre (...)*, ob. cit., p. 66.

⁶⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre (...)*, ob. cit., p. 66.

⁶¹ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo (...)*, ob. cit., p. 589.

⁶² “(...) *While the court’s obligation to give hints and feedback seems largely to be founded in considerations of fairness to the parties and preservation of their right to be heard, it can be argued that intelligent dialogue between the court and counsel leads to a better quality of judicial product overall. Sometimes the courts can get the wrong slant on a case because it has mis-perceived or ignored some important fact or inference. Alerting the parties and their lawyers to the court’s direction of reasoning gives them a chance to disabuse the court of misconceptions before they erroneous judicial decisions. (...)*” (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 170-171).

o diálogo inteligente entre os sujeitos do processo, em uma postura colaborativa; o que, conseqüentemente, (iii) auxilia na obtenção de um “produto judicial” de melhor qualidade; (iv) diminui o número de recursos, pois eventual percepção equivocada do magistrado acerca de determinado ponto de fato ou de direito poderá ser corrigida *antes* do seu pronunciamento e não apenas de modo repressivo e por outro julgador, à custa de muito tempo e dinheiro e, por fim, que aqui mais interessa, (v) reduz a prática de atos ofensivos à lealdade processual.

É bem verdade, contudo, que o dever acima comentado não tem, nem no Brasil nem em Portugal, a elasticidade que apresenta no direito alemão, onde o juiz pode, inclusive, sugerir a alteração dos limites do pedido.⁶³ Aqui, assim como em terras lusitanas, tal atitude, a par de ilegal, violaria o princípio da inércia e a própria autonomia da vontade das partes. (cf. arts. 2º, 141 e 492, CPC)

Feita tal observação, sobreleva considerar que o *Hinweispflicht* germânico – mesmo antes da consagração expressa da cooperação como norma fundamental no direito brasileiro⁶⁴ – já encontrava repouso no direito brasileiro, estando concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC/73 (cuja redação foi aprimorada no art. 321, CPC), que garantia ao autor, como ainda hoje garante, o direito de ser advertido pelo juiz a emendar a petição inicial, caso ausente algum requisito.⁶⁵

Aliás, tamanha é a importância do dispositivo que doutrina e jurisprudência, eram uníssonas quanto à existência de um verdadeiro direito do autor à emenda, salvo nas hipóteses de improcedência liminar ou de manifesta inépcia, de modo que somente se possa decretar o fim do processo se, após a intimação do autor, este se quedar inerte. (art. 330, IV, CPC)⁶⁶

Também reforçam a importância desse dever de advertência previsto no art. 321, CPC, entendimentos do STJ que (i) consideram que o prazo para a emenda tem natureza judicial, ou seja, pode ser, se as circunstâncias concretas assim o exigirem, dilargado⁶⁷ e (ii) que a emenda pode ser feita, inclusive, após a citação do réu e a

⁶³ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo (...)*, ob. cit., p. 593-599.

⁶⁴ Vide, por exemplo, o art. 77, § 1º, do CPC/73.

⁶⁵ “(...) 1. Apelante que não instrui a inicial com documento essencial à propositura da demanda. 2. Princípio da Cooperação. A cooperação processual traduz-se na atuação do juízo visando evitar a decretação de nulidades e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. 3. Princípios do devido processo legal e da economia processual. 4. Sentença anulada para permitir ao autor a juntada do documento que comprove a propriedade do imóvel em questão. Recurso Provido.” (TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0480349-97.2012.8.19.0001, Des. Rel. Fernando Cerqueira Chagas, j. 03/09/14, DJ 08/09/14, fls. 225/229).

⁶⁶ “(...) O descumprimento, pela parte autora, de determinação judicial para a emenda da inicial impõe o indeferimento da petição, com a extinção do processo sem a resolução do mérito. Inteligência da regra do art. 284, parágrafo único, do CPC. (...)” (STJ, 4T., AgRg no REsp 1181273/PB, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 08/05/2014, DJe 29/05/2014).

⁶⁷ (...) O indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC [1973], quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor. Precedentes desta Corte: REsp 951.040/RS (DJ de 07.02.2008); REsp 901.695/PR (DJ de 02.03.2007); REsp 866.388/RS (DJ de 14.12.2006); REsp 827.289/RS (DJ de 26.06.2006) (...) (STJ, 1T., AgRg no REsp 1.089.211/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/12/10, DJe 21/02/11). No mesmo sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 1.133.689/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.03.2012, DJe de 18/05/2012.

apresentação de contestação, desde que, obviamente, assegure-se o posterior direito de defesa.⁶⁸

De igual modo, a doutrina também enumera outras hipóteses expressas em que o CPC se preocupou em positivar o dever de advertência. Nesse sentido, conforme bem leciona Leonardo Carneiro da Cunha, reforçam o modelo processual cooperativo os arts. 76, 317, 932, parágrafo único, 1017, § 3º e 1029, § 3º,⁶⁹ todos do CPC.

No que aqui mais interessa, cabe destacar o art. 772, II, CPC, que expressamente prevê a possibilidade de o juiz, em qualquer momento do processo, “advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça”, até mesmo para precaver – e, posteriormente, legitimar⁷⁰ – a futura fixação das sanções previstas no art. 774, CPC.

Nessa toada, e, retomando-se o raciocínio, percebe-se que um juiz realmente presente, engajado e cooperativo conseguiria, valendo-se do dever de advertência, alertar as partes acerca da possibilidade de determinado ato por elas praticado vir a ser enquadrado como manifestação de litigância de má-fé, por analogia com o já mencionado art. 772, II, CPC.

Ao assim proceder, dois benefícios são simultaneamente alcançados: *um*, pois a advertência pode servir para cortar o mal pela raiz, fazendo com que aquele que busca de valer dos benefícios da litigância improba venha, desde logo, a repensar seu ato; *dois*, pois ainda que a advertência se mostre infrutífera no intento de impedir a litigância de má-fé, tal alerta servirá, posteriormente, para legitimar, ainda mais, a imposição de sanções àquele que litigou de forma irresponsável.

Um alerta, porém, antes de prosseguir, mostra-se imprescindível: afirmar que o juiz deva impedir, o quanto antes, o manejo de instrumentos procrastinatórios, não significa que ele deva se mostrar aprioristicamente desconfiado ou até mesmo preconceituoso a respeito do trabalho das partes e, sobretudo, dos advogados.

⁶⁸ “(...) 1. O fato de a emenda à inicial ter se dado após a contestação do feito não inviabiliza, por si só, a adoção da diligência corretiva prevista no art. 284 do CPC. 2. *Em observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, esta Corte vem admitindo a emenda da petição inicial, ainda que já contestada a ação. (...)*” (STJ, 4T., AgRg no AREsp 196.345/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014; destaques acrescentados). Vale mencionar, todavia, a existência de decisões que vedam tal emenda após a contestação se ela envolver alteração de causa de pedir, sob pena de malferir o princípio da estabilização da demanda. Nesse particular, veja-se julgado do STJ, de lavra da 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05/11/13, DJe 11/11/13.

⁶⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 6º, in STRECK, Lenio Luiz et al. [Orgs.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

⁷⁰ Para boa parte da doutrina brasileira, não há obrigatoriedade para a fixação das sanções previstas no art. 774, CPC, da prévia advertência do juiz, sendo, todavia, como aduz Luiz Guilherme Marinoni, atitude deveras “aconselhável, à luz da regra da cooperação, que o juiz intime a parte advertindo-a de seu comportamento inadequado antes de aplicar qualquer sanção processual”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, versão online).

Afinal, como bem lembram Leonardo Greco⁷¹ e Piero Calamandrei,⁷² o juiz deve, *concomitantemente*, cumprir seu ofício de preservar a lealdade processual sem molestar os direitos constitucionais da ação e da ampla defesa, sob pena de, não o fazendo, o processo “se transformar em instrumento de iniquidade, de surpresa e de maldade”.⁷³

3.4. A utilização da técnica da tutela antecipada sancionatória

Outra saída para combater as chicanas processuais – e que infelizmente é pouco aplicada pela maioria dos magistrados – está prevista no ordenamento brasileiro desde a Lei nº 8.952/94⁷⁴ (que alterou a redação do art. 273, inciso II, do CPC/73) e que restou mantida no CPC, especificamente no inciso I do art. 311.

Como aduz Luiz Guilherme Marinoni,⁷⁵ esse dispositivo dá ao magistrado a possibilidade (*rectius*, o poder-dever) de, verificando abuso de direito de defesa do réu, antecipar os efeitos da tutela de mérito, evitando, com isso, que o bem da vida alvo de disputa permaneça com aquele que procrastina.

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a norma autoriza a concessão da tutela de evidência “quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência”⁷⁶ ou, ainda mais concretamente, conforme Rogéria Dotti, “quando

⁷¹ “(...) Ainda que se acredite que a parte sempre queira vencer, não pode o juiz preconceituosamente presumir que para alcançar esse objetivo ela venha a contrariar comandos éticos e jurídicos. A crença na boa-fé das partes é um fator importante no respeito aos direitos subjetivos processuais das partes e na busca da justiça substantiva. Para efetivá-la é fundamental a colaboração dos advogados. Calamandrei, mais do que qualquer outro, exaltou a importância para a administração da justiça da presença de advogados competentes, independentes, honestos e dedicados, que exerçam a plenitude de defesa dos interesses dos seus clientes com absoluta lealdade e respeito ao princípio da boa-fé.” (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 164, p. 29-56, 2007, versão online).

⁷² CALAMANDREI, Piero. Carácter dialéctico del proceso. In *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 147-174, especialmente p. 164-165.

⁷³ “(...) a pretexto de reprimir o abuso, o processo não deve se transformar em instrumento de iniquidade, de surpresa e de maldade.” (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil* (...), ob. cit., p. 198)

⁷⁴ Comentando, à época, a reforma, escreveu Cândido Rangel Dinamarco: “(...) A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da cautela consiste no ‘abuso do direito de defesa’ ou no ‘manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, inc. II). Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista!) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé (art. 17 e esp. inc. IV). Ao sancioná-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a *probabilidade do direito* nesses casos (exigência geral no *caput*), mas confirmou a dispensa de situações de perigo *para o direito* como supostos requisitos da antecipação. A celeridade na tutela é em si mesmo um bem”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 148)

⁷⁵ “(...) a técnica antecipatória não tem apenas o objetivo de repartir o tempo do processo entre o autor e o réu, mas, antes de tudo, o escopo de inibir o exercício abusivo do direito de defesa. Ora, caso a realização do direito tivesse que ser protelada em virtude de uma defesa indireta infundada, o réu estaria com o campo aberto para abusar do seu direito de defesa (...).” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 119).

⁷⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18ª ed. São Paulo: RT, edição online.

deixa de conter uma relação instrumental apropriada entre o ato processual e os fins dele extraídos”.⁷⁷

Trata-se de uma inteligente alternativa prevista pelo legislador que se funda, basicamente, na noção de que os ônus do tempo do processo devem ser suportados por aquele que não tem razão e, sobretudo, por quem se vale de meios ilegítimos para retardar a prestação jurisdicional.

Cumprido, ainda, que a conjugação desse dispositivo com o disposto no art. 1012, inciso V, do CPC, permite inclusive que a apelação interposta pelo réu improbo seja recebida somente em seu efeito devolutivo, algo que, se efetivamente aplicado, serve como desestímulo à atuação recursal desleal.

4. Considerações conclusivas

Como se viu, o descumprimento do *dever de engajamento* denota inegável *desinteresse* do julgador para com o processo, que pode se materializar, entre outros aspectos, na cúmplice e irresponsável tolerância com a litigância de má-fé, medida essa que, em maior ou menor escala, além de atrapalhar a esmerada entrega da prestação jurisdicional, serve para abalar a legitimidade e a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Por tal razão, considera-se que, para além da indispensável preservação da norma fundamental da lealdade, deve o magistrado efetivamente se engajar, valendo-se das melhores técnicas processuais para verdadeiramente assegurar a observância do *devido processo legal*.

Nesse sentido, sugere-se, *de lege lata*, como medidas necessárias ao controle do *improbus litigator*:

(i) a fixação, em capítulo à parte, de forma devidamente fundamentada, da condenação ao litigante de má-fé (arts. 77 a 80 c/c art. 489, CPC);

(ii) a adoção, com maior largueza, do dever de advertência, decorrente do princípio da cooperação (art. 6º c/c art. 772, II, do CPC); e

(iii) a utilização da técnica da tutela antecipada sancionatória, inclusive em sua manifestação em grau recursal (art. 311, I, c/c art. 1012, V, ambos do CPC).

Referências

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos practicados no processo. O abuso de direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de Má-Fé*. São Paulo: Dialética, 2004.

⁷⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: RT, 2020, p. 239.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BRENDA, Juliano (Coord.). *Comentários à lei de abuso de autoridade*. São Paulo: RT, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 116, p. 313-ss., 2004.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19-30.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 126, p. 59-ss, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Carácter dialéctico del proceso. In *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1960, p. 147-174.

CALMON FILHO, Petrônio. Abuso do processo: informe de Brasil in XIX Jornadas Iberoamericanas – V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, 2004, Caracas. *Temas de Derecho Procesal*. Caracas: Invedepro, 2004. vol. 1. p. 249-261.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 112, p. 159-ss, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 6º, in STRECK, Lenio Luiz et al. [Orgs.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 23ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: RT, 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017.

_____. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. *Revista de Processo*, vol. 230. São Paulo: RT, 2014, p. 369-396.

_____. As funções das cortes superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte um). *Revista de Processo*, vol. 247. São Paulo: RT, 2015, p. 265-297.

_____. As funções das cortes superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte dois). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: RT, 2015, p. 161-184.

_____. O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência. In FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 729-770.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012.

GOUVEA, Lúcio Grassi. *A litigância de má-fé no processo civil brasileiro*. 2002. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 164, p. 29-56, 2007.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31ª ed. Paris: Dalloz, 2012.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1ª ed. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2018.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesuales. In *Estudios sobre Garantismo Procesal: El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado "Derecho de la garantía de la función jurisdiccional*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, p. 71-79.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, versão online.

_____. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. O Judiciário e a litigância de má-fé. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, vol. 101, p. 206-ss, 2001.

MILMAN, Fabio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Processo civil*. São Paulo: RT, 2021.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18ª ed. São Paulo: RT, edição online.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2ª ed. Barcelona: J. J. Bosch, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. I.

SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 40, p. 9-ss., 2009.

SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. O abuso do direito de acção e o art. 22º do CIRE. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, vol. III, p. 157-166, 2011.

SOLIMINE, Omar Luis Días. La buena fe en la estructura procesal. In CÓRDOBA, Marcos M. [Director]. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 862, Tomo I.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: LEX, 1997.

SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de má fé: colectânea de sumários de jurisprudência*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2005.

STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2002.

TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de "abuso del proceso". In *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309.

_____. L'abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 96, p.150-169, 1999.

_____. L'abuso del processo: profili generali. In *L'abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale –Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47.

_____. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. In *Páginas sobre Justicia Civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-76.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-131.

_____. *Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>, acesso em: 22 jun. 2021.

O Brasil e a transferência de pessoas condenadas

(Note: transfer of sentenced persons in Brazil)¹

Rodrigo de Abreu Fudoli*

Sumário

1. Introdução. 2. Objetivos da transferência. 3. Parâmetros jurídicos aplicáveis à transferência de condenados no Brasil. 4. Requisitos legais. 4.1. Pedido baseado em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento. 4.2. Vínculo pessoal. 4.3. Trânsito em julgado da condenação. 4.4. Restante da pena a cumprir igual ou superior a um ano. 4.5. Dupla incriminação. 4.6. Manifestação expressa de interesse. 4.7. Concordância de ambos os Estados. 5. Tópicos variados abordados nos tratados. 5.1. Pagamento de multas, custas processuais e indenização. 5.2. Penas de morte e de prisão perpétua. 5.3. Revisão da sentença, anistia, perdão ou comutação. 5.4. Investigações e processos em andamento, adolescentes infratores, inimputáveis por doença mental. 5.5. Duplo risco e regra da especialidade. 6. Aspectos procedimentais. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo examina a base jurídica para a transferência de pessoas condenadas no Brasil, à luz da Lei de Migração (Lei Federal n. 13.445/2017), dos tratados celebrados pelo País, de informações fornecidas por agências governamentais, dos objetivos do instituto e de contribuições da doutrina especializada e organizações internacionais.

Abstract

This note addresses the legal basis for the transfer of sentenced persons in Brazil in the light of the Migration Law (Federal Statute n. 13.445/2017), the treaties signed by the State, data provided by governmental agencies, the purposes of the practice, and the contributions of the specialised literature and international organisations.

¹ Agradeço ao Prof. Neil Boister, ao Prof. Thiago Pierobom e ao *peer reviewer* pelos comentários e observações sobre o texto. Traduzido do artigo redigido em inglês, publicado originalmente sob o título "Note: transfer of sentenced persons in Brazil", na *Transnational Criminal Law Review*, 2022, 1(1), 84-95. Disponível em: <https://doi.org/10.22329/tclr.v1i1.7484>. Adaptado para atender às regras editoriais desta Revista. Ampliado e atualizado à luz de novos tratados celebrados pelo Brasil sobre o tema e da adesão à Convenção de Estrasburgo de 1983.

* Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Aluno do curso de Doutorado da Universidade de Canterbury (Nova Zelândia). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional. Direito. Processo penal. Execução penal. Transferência de pessoas condenadas. Brasil.

Keywords: *Mutual Legal Assistance. Criminal matters. Transfer of sentenced persons. Brazil.*

1. Introdução

Este artigo examina as principais regras nacionais e tratados internacionais sobre a transferência de pessoas condenadas. As previsões de cada uma serão comparadas, à luz da doutrina e de informações fornecidas pelo Governo brasileiro (Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, Ministério da Justiça e da Segurança Pública e Ministério das Relações Exteriores), inclusive em resposta a requerimentos formulados pelo autor, com base na Lei de Acesso à Informação.

O principal argumento é o de que a prática sob enfoque poderia ser potencializada a partir de intensificação de contatos com brasileiros presos no exterior e padronização de cláusulas existentes em tratados celebrados pelo Brasil.

Inicialmente, o trabalho analisa os objetivos da transferência de pessoas condenadas para outro Estado, abordando algumas diferenças entre este e outros instrumentos de cooperação jurídica internacional e de remoção forçada de uma pessoa de um Estado. Na parte seguinte, descrevem-se os principais documentos jurídicos internacionais e nacionais, especialmente os requisitos da Lei de Migração brasileira e dos tratados. A próxima seção aponta as etapas processuais para a transferência. Na conclusão, apresentam-se sugestões para consideração em futuros tratados, com vistas à intensificação do instituto da transferência.

Um efeito colateral da globalização das relações humanas e do crime é o número considerável de pessoas presas por crimes em Estados estrangeiros. Em 2020, por exemplo, 13 países (Mônaco, Emirados Árabes Unidos, Catar, Luxemburgo, Suíça, Macau, Andorra, Gâmbia, Liechtenstein, Guiana Francesa, Samoa Americana, Grécia e Malta) tinham entre 50% e 100% de sua população prisional composta por estrangeiros. Estrangeiros representavam entre 30% e 50% da população na prisão em outros 17 Estados.² Em dezembro de 2019, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro registrava 4.982 nacionais sob custódia fora do País; em dezembro de 2020, o número era de 3.138; em dezembro de 2021, a quantidade saltou para 6.364 (mais do que o dobro do ano anterior). Aproximadamente metade deles estavam presos

² INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. World Prison Brief. *Highest to Lowest – Foreign prisoners (percentage of prison population)*, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

em quatro Países: nos Estados Unidos da América, na Espanha, no Paraguai e em Portugal.³ Por outro lado, em 2021, havia 2.104 estrangeiros presos no Brasil.⁴

Embora a transferência tenha relevância prática e seja uma ferramenta importante de cooperação jurídica internacional, com literatura abundante em outros Países, os estudos sobre a transferência são escassos no Brasil, predominando textos anteriores à edição da Lei Federal n. 13.445/2017 – Lei de Migração.⁵ De 1998 a 2021, o País implementou 404 transferências de condenados, das quais 176 foram transferências passivas (para outro País) e 228 ativas (para o Brasil). Os números mais altos foram detectados entre 2011 e 2016. A Espanha lidera, numericamente, tanto a origem como o destino dessas transferências.⁶

Justificam o estudo da transferência de pessoas condenadas: i) a constatação de que é significativo o número de brasileiros presos no exterior, se comparados ao baixo número de transferências implementadas ao longo dos anos; ii) a insuficiência de material acadêmico sobre o assunto.

2. Objetivos da transferência

A transferência de uma pessoa condenada do Estado da condenação (ou “remetente”) para cumprimento da pena no Estado da execução (ou “recebedor” ou “da administração”) é um mecanismo de cooperação jurídica internacional desenhado para auxiliar a reabilitação do condenado e satisfazer funções humanitárias.

Em primeiro lugar, a transferência de pessoas condenadas fortalece a cooperação jurídica internacional, contribuindo para a adequada administração da Justiça⁷ e, permitindo ao Estado da execução o adequado planejamento da chegada e da vida do condenado depois do cumprimento da pena.⁸ Além disso, há,

³ De acordo com um relatório intitulado *Presos Brasileiros no Exterior – Ano 2020 – Compilação*, 1.817 pessoas estavam cumprindo suas penas. Os demais estavam em prisão preventiva (984) ou aguardando deportação (337). “E-mail” do Ministério das Relações Exteriores ao autor, datado de 1º de fevereiro de 2022. Vide ainda <https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/brasileiros-presos-no-exterior-de-2010-a-2021/>, Acesso em: 22 de dezembro de 2022.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *População de Estrangeiros*, 2021. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYzJjNWUzNDMtNTM1OC00ZWY5LTNmNTItZjc4N2I1MjA3YmNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

⁵ Vide as contribuições de SOUZA, Arthur de Brito Gueiros de. *Presos estrangeiros no Brasil*, 2007; LEÃO, André Carneiro. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana*, 2013; ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*, 2013; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Cooperação internacional na execução da pena*, 2008; GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado*, 2017 e CARNEIRO, Tácio Muzzi Carvalho e. *Os mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova lei de migração*, 2017.

⁶ “E-mail” do Ministério da Justiça e da Segurança Pública ao autor, datado de 26 de janeiro de 2022. (Informação n. 2/2022/CETPC/DRCI/SENAJUS)

⁷ FINKELSTEIN, David S. *Ever Been in a [Foreign] Prison?*, 1997, p. 127.

⁸ Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, 2012, 13-14.

na transferência, um sentido prático: reduzem-se os custos administrativos adicionais decorrentes do encarceramento de muitos prisioneiros estrangeiros.⁹

Diferentemente do que ocorre com a deportação, a expulsão, a proibição de reingresso e a extradição, a prática da transferência também atende a metas de reabilitação e humanitárias. A retribuição proporcional à ofensa já terá sido alcançada por meio da sentença no processo de conhecimento, abrindo espaço para a reabilitação.¹⁰ Nesse sentido, a transferência permite ao condenado buscar a reconstrução de sua vida após a execução da pena, em um local no qual possua laços sociais, culturais e familiares.

O procedimento ainda evita a detenção em um ambiente potencialmente hostil e discriminatório, onde é possível que o preso fique impedido de se beneficiar de direitos penitenciários e pós-penitenciários disponíveis aos condenados nacionais do Estado da execução.¹¹ Transferir uma pessoa condenada para o seu local de origem também viabiliza a sua empregabilidade futura – um potencial atalho para o livramento condicional ou a progressão de regime – e acesso a aconselhamento jurídico.¹²

Ademais, a reintegração social de um condenado estrangeiro (oriundo do Estado diverso daquele que o condenou) pode se revelar uma meta inatingível, já que, uma vez cumprida a pena, a pessoa provavelmente será deportada, cessando sua conexão com aquele ambiente social.¹³ E o condenado estrangeiro pode ser duplamente estigmatizado: por ter sido condenado criminalmente e por ser considerado um indivíduo que desrespeitou as regras básicas da comunidade em que vivia, na qualidade de forasteiro. A reabilitação e a verificação das necessidades do condenado fora de seu próprio País podem se mostrar difíceis, em virtude do risco de as autoridades não analisarem os casos à luz das especificidades do caso concreto.¹⁴

Por isso, para além do objetivo de reintegração social, existem também fundamentos humanitários para a transferência de criminosos. Os considerandos do Acordo-Modelo das Nações Unidas sobre a Transferência de Presos Estrangeiros mencionam as “diferenças relacionadas à língua, à cultura, aos costumes e à religião” entre os fatores com potencial impacto no agravamento das condições de cumprimento da pena, amplificando as restrições deletérias decorrentes do encarceramento. Isso é especialmente verdadeiro: i) em prisões precárias e em regimes severos de cumprimento de pena; ii) sob condições como gravidez, doença ou higiene

⁹ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 15; PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. *The United States treaties on transfer of prisoners*, 1986, p. 859.

¹⁰ UNODC. *Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners*, 2006, p. 9-10. Veja ainda a Decisão-Quadro do Conselho da Europa 2008/909/JHA sobre a aplicação do princípio do mútuo reconhecimento de decisões em matéria criminal na União Europeia, preâmbulo, item 9. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806f3dfd>>.

¹¹ GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 169; FARALDO-CABANA, Patricia. *Transferring non-consenting prisoners*, 2020, p. 62.

¹² FINKELSTEIN, David. Ob. cit., p. 127; ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 358.

¹³ SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 256–258.

¹⁴ MARTUFI, Adriano. *Assessing the resilience of “social rehabilitation” as a rationale for transfer*, 2018, p. 45.

inadequada nas instalações carcerárias e iii) nos casos em que o condenado sustentava financeiramente membros da família que permaneceram no País de origem.¹⁵

3. Parâmetros jurídicos aplicáveis à transferência de condenados no Brasil

A Constituição da República de 1988 lista a dignidade humana entre os fundamentos do Estado¹⁶ e reputa os direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dois de seus princípios referentes às relações internacionais.¹⁷ Instrumentos da Organização das Nações Unidas (ONU) que recomendam a transferência de pessoas condenadas foram incorporados à lei brasileira.¹⁸ Entretanto, foi apenas em 2017 que a transferência de presos foi plenamente regulamentada em lei, com a edição da Lei de Migração,¹⁹ à qual se seguiram o Decreto n. 9.199/2017²⁰ e a Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Antes de 2017, no entanto, a transferência já era possível, com base em tratados unilaterais ou multilaterais. O Brasil celebrou, desde a década de 1990 até o final de 2022, 19 tratados bilaterais (com Argentina, Bélgica, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Holanda, Índia, Japão, Marrocos, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Reino Unido/Irlanda do Norte, Suíça, Suriname, Turquia e Ucrânia).²¹

O primeiro desses tratados foi assinado em 1992 com o Canadá, sob forte controvérsia. Em 1989, dois canadenses e outros estrangeiros praticaram extorsão mediante sequestro contra Abílio Diniz, conhecido empresário brasileiro, e foram condenados criminalmente. Depois de pressões políticas e diplomáticas do Canadá, esse Estado concluiu com o Brasil tratado de transferência de sentenciados. A opinião pública brasileira enxergou na transferência uma forma de libertar prematuramente os condenados. O então Presidente da República, Itamar Franco, se recusou a confirmar a validade do tratado. Seu sucessor, Fernando Henrique Cardoso, assinou o documento,²²

¹⁵ UNODC. *Handbook*, ob. cit. p. 11-12. Vide também SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 256-258 e FARALDO-CABANA, ob. cit., p. 6.

¹⁶ Art. 1º, § 3º.

¹⁷ Art. 4º, § 2º e 9º.

¹⁸ Vide o § 1º da Resolução 13, Transferência de sentenciados, 6º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime Tratamento de Criminosos, 1980, A/CONF.87/14/Rev.1; o art. 6º, item 12, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – 1582 UNTS 95 (adotada em 20 de dezembro de 1988 e em vigor em 11 de novembro de 1990, sendo ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 154/1991); os arts. 57-60 do Acordo-Modelo das Nações Unidas sobre a Transferência de Presos Estrangeiros, de 1985 – A/CONF.121/22; o art. 17 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – 2225 UNTS 209 (adotada em 15 de novembro de 2000 e em vigor em 29 de setembro de 2003, ratificada pelo Brasil via Decreto n. 5.015/2004) e o art. 45 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – 2349 UNTS 41 (adotada em 31 de outubro de 2003, em vigor a partir de 14 de dezembro de 2005, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006).

¹⁹ Lei Federal n. 13.445/2017, arts. 103-105.

²⁰ Vide arts. 285-299.

²¹ Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 26 de abril de 2022. Outros tratados, anteriormente assinados com Portugal, Moçambique e Angola, foram substituídos pelo tratado multilateral com os países de língua portuguesa. (art. 19, I)

²² ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 362; GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 199-204.

que foi incorporado ao Direito interno em 1998. Pode-se presumir que o que levou o Brasil a se opor inicialmente ao tratado foi a presunção de que as sanções criminais têm natureza retributiva.²³

Além dos tratados já citados e vigentes, vários pactos bilaterais (com Equador, Benim, Itália, Alemanha, Emirados Árabes Unidos, China, Camarões, Cazaquistão, Irã, Venezuela e Síria) estão em diferentes estágios de negociação diplomática.²⁴ Outros (El Salvador e Lituânia)²⁵ aguardam aprovação do Congresso Nacional.

Acrescenta-se que, até 2022, o Brasil era signatário de quatro tratados multilaterais, vigorando sobre o tema: a Convenção Interamericana Sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, de 1993 (Convenção de Manágua);²⁶ a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, de 2005 (Convenção de Praia);²⁷ o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul, de 2004 (Acordo de Belo Horizonte) e o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul com a República da Bolívia e a República do Chile, de 2004 (Acordo de Belo Horizonte).²⁸

A esses quatro tratados multilaterais somou-se um quinto. O Brasil recebeu convite do Conselho da Europa para aderir à Convenção de Estrasburgo sobre Transferência de Pessoas Condenadas (adotada em 28 de março de 1983 e em vigor desde 1º de julho de 1985). O convite foi aceito e, com a aprovação pelo Congresso Nacional, por meio da edição do Decreto Legislativo n. 134/2022, a Convenção de Estrasburgo entrará em vigor, no Brasil, no primeiro dia do mês seguinte ao termo final do prazo de três meses após a data do depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral do Conselho da Europa. É importante destacar que, no âmbito europeu, a Convenção de Estrasburgo foi substituída pela Decisão-Quadro 2008/909/

²³ FINKELSTEIN, David. Ob. cit., p. 159, nota que o argumento mais forte contra os tratados de transferência é a relevância dada ao papel retributivo da sanção penal. Nesse contexto, a transferência removeria a relevância do Estado da condenação na execução da punição aplicada, em detrimento dos interesses da população local, especialmente quando se trata de um criminoso eventual condenado por crimes hediondos. No entanto, o autor discorda dessa perspectiva, seja porque tais crimes muito graves são menos comuns, quer porque o órgão responsável pela decisão sobre a transferência pode indeferir-la sob o fundamento da necessidade de execução da pena na região da própria comunidade que sofreu o impacto do crime.

²⁴ Informações extraídas de Castilho, Ela Wiecko Volkmer de. Ob. cit., p. 239, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, disponíveis em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560776578.09>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022 e do Ministério das Relações Exteriores, dados disponíveis em: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12516?tipoPesquisa=2&TituloAcordo=transfer%C3%Aancia&TipoAcordo=BL>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

²⁵ Informações disponíveis em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificca=true&q=transfer%C3%Aancia%20de%20pessoas%20condenadas&tipos=PDL>>. Acesso em: 2 de janeiro de 2022.

²⁶ Celebrada em 9 de junho de 1993, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 293/2006, ratificada pelo Brasil em 2001, em vigor no País desde 26 de maio de 2001 e promulgada pelo Decreto n. 5.919/2006.

²⁷ Celebrada em 23 de novembro de 2005, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 174/2009, em vigor no Brasil desde 1º de agosto de 2009 e promulgada pelo Decreto n. 8.049/2013.

²⁸ Celebrados em 16 de dezembro de 2004, aprovados pelo Congresso Nacional pelos Decretos Legislativos n. 291/2007 e n. 148/2011 e promulgados pelos Decretos n. 8.315/2014 e n. 9.566/2018.

JHA, do Conselho da Europa,²⁹ que se aplica apenas aos cidadãos da União Europeia e a estrangeiros residindo nos Estados-Membros. Assim, conforme o art. 26, item 1, da referida Decisão-Quadro, a Convenção de Estrasburgo permanece aplicável nas relações entre os Estados-Membros da União Europeia e terceiros, caso do Brasil.

Esses tratados tipicamente obrigam cada Estado-parte à cooperação mútua, sob as condições pactuadas, para viabilizar a transferência da pessoa condenada. Como o Brasil integra múltiplos tratados, é possível que haja mais de um deles em vigor com o mesmo Estado, o que, no entanto, não é considerado problemático pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). Isso porque os Estados podem eleger a aplicação de um acordo em detrimento do outro, especialmente os tratados bilaterais (mais específicos) em prevalência sobre as convenções multilaterais (mais amplas e flexíveis).³⁰

A análise técnica dos processos de negociação e de expansão da rede de tratados internacionais sobre a transferência de sentenciados é conduzida pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública e pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme o Decreto n. 9.199/2017 (art. 285, § 3º).

Para vigorar no Brasil, o tratado de transferência de condenados precisa ser assinado pelos Estados envolvidos, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado e promulgado pelo Presidente da República.³¹ O Supremo Tribunal Federal entende que tratados internacionais sobre direitos humanos – é o caso dos tratados de transferência de sentenciados, na nossa concepção – ostentam “status” normativo supralegal,³² hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais, caso aprovadas por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (art. 47 da Constituição da República). Os tratados atualmente em vigor no Brasil seguiram esse trâmite legislativo, razão pela qual têm o “status” supralegal. Portanto, prevalecerão em caso de aparente conflito de normas com a Lei de Migração.

4. Requisitos legais

4.1. Pedido baseado em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento

Este requisito consta do art. 103, *caput*, da Lei de Migração; dos arts. 285, *caput*, e 294, do Decreto n. 9.199/2017 e do art. 3º, da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

²⁹ EUROPEAN JUDICIAL NETWORK. *Handbook on the Transfer of Sentenced Persons and Custodial Sentences in the European Union*, 2019. Disponível em: <<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/3118>>.

³⁰ Manual do UNODC, ob. cit., p. 21.

³¹ Art. 84, VIII, da Constituição da República.

³² Recurso Extraordinário n. 466.343, j. 03.12.2008. Rel. Min. Cezar Peluso.

O pedido de transferência pode se basear em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento. O Brasil já prometeu transferir condenados sob o regime de reciprocidade, sem tratado, com a Alemanha, Israel, Noruega, Hong Kong, Geórgia e Jordânia.³³ Nesses casos, o Ministro das Relações Exteriores requer a reciprocidade, a pedido do Ministro da Justiça.

De maneira similar, também são válidos os tratados formalizados antes da Lei de Migração (2017).³⁴

4.2. Vínculo pessoal

O requisito aparece na Lei de Migração (art. 104, I; art. 293, I e art. 298, I); no Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, I e art. 298, I) e na Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8º, I e art. 16, I). A maioria dos tratados celebrados pelo Brasil exige que o sentenciado seja nacional do Estado que o receberá. No entanto, embora os arranjos para a transferência sejam idealizados, considerando o retorno do estrangeiro ao seu Estado,³⁵ o termo “nacional” tem sido estendido por instrumentos normativos do Direito Internacional para incluir não nacionais que possuam laços fortes ao Estado da execução da pena ou residência nesse Estado.

Por exemplo, o tratado com o Panamá, a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, os Acordos dos Países do Mercosul e desses com a Bolívia e o Chile e o Acordo-Modelo das Nações Unidas permitem que o sentenciado seja transferido a um País onde tenha residência permanente e habitual ou vínculos familiares.

Nesse mesmo sentido, a Lei de Migração não estabelece como requisito para a transferência que o condenado ostente a nacionalidade do Estado em cujo território ele pretenda cumprir a pena: basta a *residência habitual* ou *vínculo pessoal (...)* que *justifique a transferência*.

Ilustrando como o termo “nacional” pode ter distintos significados, no cenário europeu, alguns Estados, fazendo uso da prerrogativa prevista na Convenção de Estrasburgo,³⁶ optaram por adotar a definição de nacionalidade de seu Direito local; ou então alargaram a definição para incluir o cônjuge de cidadãos do Estado da administração da pena; ou com vínculos tidos com aceitáveis por aquele Estado; ou ainda que fossem nacionais ao tempo do cometimento do delito; ou com dupla nacionalidade – se uma delas é do Estado da execução da pena; ou que perderam a nacionalidade em decorrência de guerra; ou mesmo apátridas.³⁷

³³ “E-mail” do Ministério da Justiça e da Segurança Pública ao autor, cit.

³⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Ob. cit., p. 242, argumenta que a falta de previsão do Código Penal não constitui obstáculo para a transferência de pessoas condenadas, já que a base formal para a adoção de tal prática é a existência de tratados internacionais (ou, acrescentamos, a promessa de reciprocidade).

³⁵ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 9.

³⁶ Art. 3º, item 4.

³⁷ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 29-30.

A Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa (que substituiu a Convenção de Estrasburgo), de forma similar, refere-se ao lugar ao qual o condenado é vinculado em razão de residência habitual, existência de laços familiares ou vínculos profissionais.³⁸

O tratado entre Brasil e Japão também autoriza transferência sempre que a lei japonesa a permitir,³⁹ independentemente da nacionalidade do condenado.

Aderindo à posição externada por alguns autores, defende-se, aqui, para fins da transferência, a concepção alargada da nacionalidade, baseada na ligação afetiva do condenado com o país em que ele tem a intenção de cumprir a pena. Tal interpretação permite até mesmo que os apátridas se beneficiem da transferência.⁴⁰ Além disso, se o condenado estrangeiro tiver raízes em outro Estado com uma ocupação estável e uma família, a imposição do critério da nacionalidade seria discriminatória e contrária aos objetivos da realocação.⁴¹ Conseqüentemente, nada deveria impedir o Estado de levar em conta a “nacionalidade sociológica” para fins de transferência de pessoas condenadas.

No procedimento administrativo que precede a transferência, é necessário apresentar documentos, demonstrando a nacionalidade ou, conforme o caso, a residência habitual ou outra forma de vínculo. O Ministério da Justiça poderá auxiliar o condenado a produzir tal prova.⁴²

4.3. Trânsito em julgado da condenação

A exigência consta da Lei de Migração (art. 104, II; art. 293, II e art. 298, II), do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, II e art. 298, II) e da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8º, II e art. 16, II).

A imutabilidade da sentença condenatória como requisito para a transferência deriva da obediência ao princípio da presunção da não culpabilidade. Trata-se de princípio constitucional, no Brasil⁴³ e em outros países. Todos os tratados bilaterais a quase todos os multilaterais (exceto um) assinados pelo Brasil repetem a exigência, assim como o faz o art. 10, do Acordo-Modelo das Nações Unidas. Uma cópia da sentença e o certificado do trânsito em julgado devem ser apresentados para demonstrar que a sentença é irrecorrível. Se ainda não houve julgamento definitivo, o procedimento para a transferência será suspenso.⁴⁴

No entanto, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior exige apenas que não haja pendência de recursos ordinários contra

³⁸ Art. 4º.1 e Considerando n. 17.

³⁹ Art. 3º, item 1.

⁴⁰ GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 258-62.

⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, 2001, p. 37.

⁴² Portaria n. 89/2018, arts. 7º, II, 15, II, e 16, I.

⁴³ Constituição da República, art. 5º, LVII.

⁴⁴ Decreto n. 9.199/2017, arts. 293, II, e 298, II.

a condenação.⁴⁵ Naqueles Estados que não observam os padrões internacionais do devido processo legal, impedir a transferência enquanto recursos extraordinários ainda não tiverem sido apreciados pode constituir uma armadilha para o condenado interessado na transferência,⁴⁶ porque o sentenciado poderia ser induzido a abrir mão do direito recursal para se beneficiar, desde logo, com a transferência. Além do mais, ao menos no Brasil, se apenas o condenado interpuser o recurso, a sentença condenatória não pode ser agravada (*non reformatio in pejus*).⁴⁷ Sendo assim, à luz dos propósitos de reabilitação da transferência de prisioneiros, propõe-se que a transferência não seja obstaculizada pela falta de trânsito em julgado final, porque ela não é capaz de ameaçar o “*status*” jurídico do condenado.⁴⁸

4.4. Restante da pena a cumprir igual ou superior a um ano

Trata-se de exigência da Lei de Migração (art. 104, III); do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, III e art. 298, III) e da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8º, III e art. 16, III).

Estipular um período mínimo para a transferência tem um duplo objetivo. Em primeiro lugar, permite-se a adoção de um programa prisional idôneo a induzir a reintegração social do ofensor da norma penal. Além disso, transferências para cumprimento de penas de pequena duração são operações economicamente custosas para os Estados envolvidos e, devido ao tempo gasto com a burocracia, não acarretam vantagens significativas.⁴⁹ O limiar de um ano, além de estar previsto na Lei de Migração, é adotado em vários dos tratados assinados pelo Brasil.

No entanto, alguns desses tratados autorizam a transferência, excepcionalmente, em relação a sentenças que tenham aplicado penas abaixo do patamar de 1 ano. Às vezes, exige-se pena residual de no mínimo seis meses (essa é a recomendação do Acordo-Modelo das Nações Unidas). Em um caso, autoriza-se até mesmo a transferência quando a pena é inferior a seis meses. (Convenção de Estrasburgo, art. 3º, item 1, “c”, c/c item 2)

Quanto aos aspectos práticos, uma certidão que ateste a duração da pena remanescente para cumprimento deve ser apresentada para permitir a análise da elegibilidade para a transferência.⁵⁰

⁴⁵ Arts. 1º, item 3, e 3º, item 1.

⁴⁶ Vide RUEBNER, Ralph; CARROLL, Lisa. *The finality of judgment and sentence requisite in the United States-Peru bilateral prisoner transfer treaty*, 2000, p. 1089. Os autores citados propõem a exclusão dos tratados, da exigência de trânsito em julgado da condenação, evitando-se que julgamentos excessivamente lentos e injustos minem os objetivos da transferência de pessoas condenadas.

⁴⁷ Código de Processo Penal, art. 617.

⁴⁸ Na mesma linha: GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 263 e LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 207.

⁴⁹ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 26.

⁵⁰ Arts. 7º e 15 da Portaria n. 89/2018 do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

4.5. Dupla incriminação

A Lei de Migração dispõe sobre esse requisito no art. 104, IV (vide ainda o Decreto n. 9.199/2017, art. 293, IV, e art. 298, IV, e a Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, art. 8º, IV, e art. 16, IV).

Embora com raízes na reciprocidade exigida na extradição (assegurando o equilíbrio jurídico entre os dois Estados que cooperam mutuamente),⁵¹ a dupla incriminação é prevista para a transferência de sentenciados na lei brasileira e na maioria dos tratados de transferência de condenados. A exigência não aparece de forma expressa nos tratados celebrados com a Argentina e a Bolívia. Baseada no princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, a dupla incriminação significa que o crime ensejador da sanção no Estado que impôs a pena deve ser também crime no Estado que administrará a execução. Não há necessidade de correspondência exata da denominação dada aos delitos. É suficiente que os elementos básicos do crime sejam compatíveis em ambos os Estados,⁵² permitindo-se flexibilidade na interpretação. Diferenças no *nomen iuris*, no fraseado ou na classificação jurídica não são relevantes.⁵³

Discute-se, no entanto, se haveria exceções possíveis à aplicação da regra da dupla incriminação ao tema da transferência. Tem-se argumentado que tal exigência poderia ser abandonada, por exemplo, em se tratando de crimes ambientais ou sexuais praticados no Estado da sentença, mesmo se tais condutas forem permitidas no Estado em que se pretende executar a pena.⁵⁴ Mais amplamente, o Estado da execução – embora não considere crime o ato ilegal praticado – pode ter razões para considerar melhor deixar o seu nacional cumprir a pena ali, ao invés de fazê-lo no Estado da imposição da pena.⁵⁵

Há fundamentos humanitários para que a garantia da dupla incriminação seja afastada, quando se trata da transferência de sentenciados.⁵⁶ Sabe-se que a garantia em questão é um componente importante da extradição (que é uma forma coercitiva de cooperação jurídica internacional que atende aos interesses dos Estados e não dos indivíduos). No entanto, a transferência de sentenciados em geral exige o

⁵¹ PLACHTA, Michel. *The role of double criminality in international cooperation in penal matters* (1989), p. 106.

⁵² UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 27; PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 109.

⁵³ Vide art. 3º, item 3, do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul e do Acordo de tais Estados com a Bolívia e o Chile. No mesmo sentido, o art. III, item 3, da Convenção Interamericana, e o Art. 3º, item 1, "e", da Convenção de Estrasburgo.

⁵⁴ Exemplos apresentados por TRÁSKMAN, Per. *Should we take the condition of double criminality seriously?*, 1989, p. 136-137. O referido autor cita um intenso debate na Suécia na década de 1960, sobre se mulheres suecas que fizeram aborto na Polônia (e com respeito à lei polonesa, mas contra a lei sueca) deveriam ser punidas. Nessa situação específica do aborto, o Código Penal da Suécia foi alterado, introduzindo a dupla incriminação. Mas, como o autor salienta, há outros cenários em que seria no mínimo plausível admitir a execução de uma sanção criminal, mesmo na ausência de dupla incriminação. Nesse trecho do artigo é que o autor exemplifica com os casos de pessoas envolvidas, no estrangeiro, em caçada a espécies animais ameaçadas de extinção (ainda que a conduta seja permitida na lei doméstica), envolvidas em condutas sexuais consideradas crimes no estrangeiro (embora sejam atípicas, no País de origem) ou grupos de pessoas idosas ou com doenças incuráveis excursionando em certo Estado para fins de eutanásia.

⁵⁵ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 35.

⁵⁶ TRÁSKMAN, Per. Ob. cit., p. 154.

consentimento do condenado (salvo casos excepcionais, como é o caso do contexto europeu, após as alterações introduzidas pela Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa), tratando-se de prática que o beneficia; assim, a exigência da dupla incriminação pode ser anômala (ressalte-se que essa exigência é dispensada na extradição consentida). No limite, a exigência da dupla incriminação pode culminar na negativa de transferência de um condenado por um delito menos grave ou menos por um fato que não é crime no Brasil, ao passo que pode ser concedida a um brasileiro que tenha cometido um crime mais grave no Estado da sentença, desde que se trate de fato também criminoso no Brasil.⁵⁷ Pode também sabotar o objetivo de reabilitação social do condenado⁵⁸ e constituir um retrocesso na cooperação jurídica internacional.⁵⁹

Por fim, a Lei de Migração e os tratados empregam a expressão “infração penal”, limitação a crimes (que, de acordo com a legislação de alguns Estados, são meramente uma das espécies de infração penal). Assim, se um fato é considerado crime no Brasil, mas uma contravenção penal em outro País, ainda assim se viabiliza a transferência, pois não há violação à dupla incriminação.

4.6. Manifestação expressa de interesse

No Brasil, exige-se o consentimento do condenado (art. 103, § 1º, e art. 104, V, art. 293, V, e art. 298, V, da Lei de Migração; art. 285, § 1º, do Decreto n. 9.199/2017 e art. 8º, V, e art. 16, V, da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública).

No Direito europeu, a Convenção de Estrasburgo, à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto Legislativo n. 134/2022, exigia o consentimento do condenado (Art. 3º, item 1, “d”). Em 1994, com o Protocolo Adicional à Convenção, e especialmente a partir de 2008 (conforme Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa), a transferência passou a não depender, salvo algumas exceções, desse consentimento.

A alteração para o sistema da transferência compulsória se justificou: i) pela importância que, naquele continente, é dada ao princípio do “reconhecimento mútuo”, ou seja, a confiança que um Estado deposita no sistema jurídico dos outros Estados-Membros. O reconhecimento mútuo é um dos pilares da cooperação judicial na União Europeia;⁶⁰ ii) no entendimento de que o consentimento é inconveniente e prejudicial ao esquema de transferência de presos e ao funcionamento do sistema que rege a cooperação jurídica internacional⁶¹ e iii) na falta de laços de muitos prisioneiros estrangeiros com o Estado em que eles estão detidos.⁶² Daí em diante, se o Estado da condenação inicia o processo de transferência, o Estado requerido somente pode se recusar a executar a sentença com base em fundamentos limitados e específicos.

⁵⁷ PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 131.

⁵⁸ ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 363; TRÄSKMAN, Per. Ob. cit., p. 137-138.

⁵⁹ PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 130.

⁶⁰ UNODC. *Handbook*, ob. cit., Framework, Introduction and General Legal Context, 1, Considerando n. 5, art. 6º, item 2, e art. 9º, p. 20-21.

⁶¹ FARALDO-CABANA, P. Ob. cit., p. 66, nota de rodapé 14.

⁶² “UK government explanatory memorandum on the transfer of sentenced persons treaty with Uganda”, citado por MUJUZI, Jamil Ddamulira. *Implementing Article 45 (Transfer of Sentenced Persons) of the UN Convention against Corruption in Africa*, 2013, p. 444.

No entanto, a lógica da reabilitação pode ser colocada em risco no caso de transferência involuntária, o que parece violar, entre outros, o direito do condenado de estar próximo à sua família. E, não obstante a tendência de se abolir a necessidade de consentimento, a lei brasileira ainda exige que o sentenciado concorde com a transferência, para que ela ocorra. Finalmente, mesmo com a adesão do Brasil à Convenção de Estrasburgo, a Decisão-Quadro do Conselho da Europa que a substituiu não se aplica aos Estados convidados, mas apenas aos 27 Estados da União Europeia.⁶³ De fato, a Convenção de Estrasburgo e seu Protocolo Adicional ainda se aplicam a estrangeiros não residentes na Europa.⁶⁴

Voltando à realidade brasileira, a busca pela reabilitação e o direito do condenado de estar próximo da família seriam ameaçados se a transferência internacional fosse involuntária. A exigência de consentimento tem raízes humanitárias e se relaciona com a ressocialização do condenado. Evita-se o conflito com o melhor interesse do condenado, impedindo-se que a transferência se consubstancie em uma forma indireta de extradição ou deportação nos casos em que tais medidas são proibidas.⁶⁵ Minimiza-se ainda o risco de que a condenação seja executada em um Estado incapaz de garantir as condições básicas de humanidade na prisão. O princípio do *non-refoulement* (não retorno), pelo qual uma pessoa não será enviada a um Estado onde tem chances de submissão à tortura, é previsto no art. 3º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e em outros atos normativos internacionais.⁶⁶ No continente americano, o *non-refoulement* foi incluído na Convenção Interamericana para Prevenção e Punição à Tortura, de 1985 (art. 13, item 4), e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 22, item 8). Tal princípio se presta a frear a remoção de uma pessoa de um Estado para outro não apenas quando se trata de indivíduo que busca asilo ou refúgio, ou é ameaçada de expulsão, deportação ou extradição, mas também para fins de transferência de pessoas condenadas.⁶⁷

A manifestação de interesse também é exigida pelo Acordo-Modelo das Nações Unidas e na maioria dos tratados de transferência celebrados pelo Brasil, embora em alguns casos apenas de forma implícita (permitindo-se que o condenado solicite o início dos procedimentos administrativos para transferência). O tratado entre o Brasil e o Canadá não exige a aquiescência do condenado em relação à transferência, mas permite que o sentenciado requeira a transferência e viabiliza que o Estado em que se pretende a execução da pena verifique, antes da transferência, a existência de consentimento do prisioneiro. Os arts. 6º, 7º e 15 da Portaria n. 89/2018 do Ministério da Justiça e da Segurança Pública listam, entre os documentos que devem instruir o pedido, o consentimento escrito do condenado, seu representante legal, advogado

⁶³ UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 20.

⁶⁴ European Judicial Network, *Handbook*, ob. cit., Introduction and General Legal Context.

⁶⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *United States Policies and Practices on Execution of Foreign Sentences*, 2008, p. 588.

⁶⁶ Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – 1465 UNTS 85 (adotada em 10 de dezembro de 1984, em vigor desde 26 de junho de 1987, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 40/1991).

⁶⁷ Vide, em geral, DROEGE, Cordula. *Transfers of Detainees*, 2008, p. 669.

ou familiar. Uma vez dado o consentimento, alguns tratados (Brasil/Chile e Brasil/Suriname) autorizam que a pessoa condenada volte atrás e o retire, mas apenas até o momento da transferência.

Algumas situações podem desencorajar o condenado de concordar com a transferência: i) a existência de concordância do condenado em apresentar informações sobre outros membros de uma associação criminosa, o que poderia colocá-lo em risco, caso transferido ao seu País de origem; ii) o temor de que uma transferência ao Estado de nacionalidade possa resultar na perda da primariedade, um “status” que tende a ser mantido no Estado da condenação, tendo em vista a falta de integração dos registros prisionais entre os Estados;⁶⁸ iii) o medo de perda de benefícios carcerários já obtidos ou submissão a regime prisional mais duro, em caso de transferência; iv) o risco de rompimento dos laços com a família, caso o condenado reside no Estado da condenação, aumentando a probabilidade de recidiva;⁶⁹ v) o vislumbre de dano potencial à empregabilidade do condenado ou aos seus direitos civis, a depender das leis do seu Estado de origem⁷⁰ e vi) as diferenças no sistema que será aplicado para a execução da pena (conversão da sentença ou execução continuada).⁷¹

Para garantir que o preso tome uma decisão baseada em informações concretas, é conveniente que as autoridades consulares intensifiquem os contatos com todos os nacionais custodiados no estrangeiro, informando-lhes sobre a possibilidade de transferência, à luz de tratados ou de promessa de reciprocidade.

4.7. Concordância de ambos os Estados

Dada a necessidade de concordância dos dois Estados envolvidos e do condenado, a transferência é um “ato trilateral”.⁷² Os tratados assinados pelo Brasil geralmente mencionam a (soberana) legitimidade dos Estados envolvidos no requerimento para início dos procedimentos administrativos que visam à transferência. Quanto a isso, vide exigências da Lei de Migração (art. 104, VI) e do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, VI, e art. 298, VI). A dupla autorização pode ser obtida após a análise da admissibilidade do pedido (Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, art. 4º).

Diversos fatores influenciam a decisão dos Estados sobre a transferência. A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (art. V, item 6) cita a possível contribuição para a reabilitação; a gravidade do crime; o passado delituoso do condenado; os problemas de saúde que o condenado possa ter e os vínculos familiares e sociais que o sentenciado mantém nos Estados envolvidos.⁷³ O

⁶⁸ LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 167-168.

⁶⁹ MARTUFI, Adriano. Ob. cit., p. 52.

⁷⁰ PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. Ob. cit., p. 849.

⁷¹ MUJUZU, Jamil Ddamulira. *Implementing Article 45 (Transfer of Sentenced Persons) of the UN Convention against Corruption in Africa*, 2013, p. 456.

⁷² SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 33.

⁷³ Fatores similares são listados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Vide o documento “Guidelines for the Evaluation of Transfer Requests Submitted by Foreign Nationals”, 2018.

tratado do Brasil com a Ucrânia acrescenta outros possíveis fundamentos: o potencial descumprimento de condições estipuladas em tratados e a insuscetibilidade de execução da pena no Estado que administrará a pena, em caso de transferência.⁷⁴

Alguns dos tratados de transferência celebrados pelo Brasil exigem do Estado que recuse a transferência e a apresentação das razões para tanto.⁷⁵ Entretanto, o mais comum é uma mera recomendação de que o Estado requerido comunique sua decisão ao Estado requerente tão logo seja possível ou “sem nenhum atraso”, independentemente de apresentação de justificativas.

5. Tópicos variados abordados nos tratados

5.1. Pagamento de multas, custas processuais e indenização

A lei brasileira e a maioria dos tratados assinados pelo Brasil não listam, entre os requisitos para o deferimento da transferência, a reparação do dano causado à vítima ou o pagamento de multas penais e custas processuais. Ocorre que os arts. 5º e 8º da Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Básicos para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, de 1985, protegem as vítimas de crimes e recomendam que não lhes sejam impostos procedimentos onerosos.⁷⁶ Sendo assim, sugere-se que os tratados de transferência de condenados que venham a ser futuramente celebrados, assegurem sempre o acesso das vítimas à adequada reparação por ocasião da transferência de prisioneiros, para se evitar que os ofendidos tenham que lidar com os obstáculos da distância e dos custos envolvidos em litigar em juízos estrangeiros.⁷⁷ Por sua vez, o pagamento prévio de custas processuais por parte do condenado deve ser evitado, pois poderia constituir uma discriminação injustificada contra os presos estrangeiros.⁷⁸

Alguns tratados exigem a reparação civil ou uma garantia de que a reparação será feita.⁷⁹

O art. 20 do Acordo-Modelo das Nações Unidas dispõe que, em regra, os custos da transferência e do transporte do condenado serão suportados pelo Estado da execução da pena, ao passo que a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior⁸⁰ e a Convenção sobre a Transferência de Pessoas

Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-oia/guidelines-evaluation-transfer-requests-submitted-foreign-nationals>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

⁷⁴ Arts. 9º e 10, item 2.

⁷⁵ Panamá, art. 7º, item 2; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 5º, item 2; Convenção Interamericana, art. VI; Acordo dos Países do Mercosul e Acordo de tais países com a Bolívia e o Chile, art. 8º, item 1.

⁷⁶ 29 de novembro de 1985, A/Res/40/34.

⁷⁷ A adoção de tal cláusula é defendida também por ALDERETE LOBO, Ruben A. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, 2004, p. 283; MARCÓ DEL PONT, Luis. *Intercambio de presos*, 1982, p. 261-266 e SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 281.

⁷⁸ PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. Ob. cit., p. 847.

⁷⁹ Panamá (art. 3º), Argentina (art. 4º), Paraguai (art. 3º), Bolívia (art. IV), Ucrânia (art 5º, item 6), Acordo dos Países do Mercosul (art. 3º) e Marrocos (art. 5º, “a”).

⁸⁰ Art. V, itens 9 e 10.

Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa⁸¹ preveem que o Estado da condenação arcará com os custos até que a transferência se concretize, após o que o Estado da execução se responsabilizará por tais expensas. O Relatório Explicativo do Conselho da Europa sobre a Convenção de Estrasburgo⁸² e os tratados do Brasil com a Índia,⁸³ Polónia⁸⁴ e o Reino Unido permitem que o Estado da execução cobre do condenado o reembolso de tais gastos.⁸⁵

5.2. Penas de morte e de prisão perpétua

Em geral, o Estado da condenação impõe formas alternativas de homologação da sentença no Estado da execução: execução continuada da pena ou conversão da pena.⁸⁶ A execução continuada se dá após uma decisão judicial ou administrativa. A pena aplicada pelo Estado da condenação é incorporada pelas regras jurídicas do Estado da execução da pena.⁸⁷ O Estado recebedor (da execução da pena) não faz modificações (ou as faz em grau mínimo) na natureza (qualidade) e duração (quantidade) da pena. A conversão, por sua vez, envolve a substituição da pena para viabilizar a sua execução. Uma nova sentença judicial ou decisão administrativa altera a natureza ou a duração da pena, embora o conteúdo da sentença adaptada deva ser preservado tanto quanto seja possível. Não pode haver agravamento da pena imposta pelo estado da condenação, mas o tempo de pena cumprido deve ser deduzido, via detração. A sentença não pode ser revisada nem a pena privativa de liberdade convertida em multa criminal.⁸⁸

Se um condenado for transferido para o Brasil, a execução da pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, banimento ou de natureza cruel não será admitida, já que são proibidas pela Constituição da República – exceto em tempo de guerra, no caso específico da pena de morte.⁸⁹ As penas aplicadas por outros Estados só poderão ser executadas no Brasil até o limite de 40 anos, imposto pelo Código Penal.⁹⁰

⁸¹ Art. 15.

⁸² Considerando n. 77 do *Council of Europe. Explanatory Report to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons*, Strasbourg, 1983. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16800ca435>>.

⁸³ Art. 9º, item 2.

⁸⁴ Art. 15, item 2.

⁸⁵ Art. 12.

⁸⁶ Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 14.

⁸⁷ Manual do UNODC, ob. cit., p. 6-7; MARTUFI, Adriano. Ob. cit., p. 47; LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 113. Apenas incidentalmente, salienta-se que, no contexto europeu, baseado na confiança mútua de um Estado-Membro em relação ao sistema jurídico dos demais e no dever de reconhecimento da sentença do Estado sentenciante, a execução continuada há de ser observada, a menos que exista incompatibilidade da pena (natureza e duração) com as leis do Estado que executará a sentença, caso em que a adaptação da sentença será permitida. (Decisão-Quadro 2008/909/JHA, art. 8º)

⁸⁸ Vide o Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 19 e LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 113-114.

⁸⁹ Art. 5º, XLVII.

⁹⁰ Art. 75, *caput*, cuja redação foi alterada pela Lei n. 13.964/2019 (o limite, na redação original do Código Penal, era de 30 anos).

Em termos práticos, o pedido de transferência precisa ser acompanhado de cópia do texto da lei aplicável ao crime, permitindo às autoridades do Estado da execução a análise da viabilidade jurídica da transferência.⁹¹

Se o Estado da sentença condenatória tiver aplicado uma das penas vedadas no Brasil, a solução será a adaptação da sanção criminal para se adequar à legislação brasileira. Os tratados com o Canadá,⁹² a Espanha,⁹³ o Reino Unido⁹⁴ e a Turquia,⁹⁵ além da Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa,⁹⁶ exigem que a sentença condenatória seja exequível no Estado da administração da pena, autorizando, para tal, a sua conversão. Os tratados com o Chile, o Paraguai, o Japão, a Polônia, os Países Baixos e o Suriname não estabelecem restrições quanto à severidade ou ao tipo de pena imposta, mas fica implícito que, se o condenado for transferido para o Brasil, a sanção penal precisará ser adaptada para a execução. Essa adaptação é mencionada no tratado com a Bélgica e nos Acordos sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados do Mercosul⁹⁷ e entre tais Estados e a Bolívia e o Chile.⁹⁸

Alguns tratados celebrados pelo Brasil somente permitem a transferência se a sentença não tiver imposto a pena de morte ou a pena de prisão perpétua (por exemplo, os Acordos dos Estados do Mercosul e com a Bolívia e o Chile⁹⁹ e a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior)¹⁰⁰ ou quando a sentença não supere a duração máxima prevista na lei do Estado da execução da pena (tratado com a Ucrânia).¹⁰¹ Nessas situações, à primeira vista, a única solução seria o indeferimento do pedido de transferência para o Brasil. Entretanto, para que o condenado não seja impedido de se beneficiar com a transferência, propõe-se que as penas vedadas sejam adaptadas para adequação à legislação do Estado recebedor.¹⁰² A adaptação é mais compatível com os propósitos humanitários da transferência. Resulta daí um sistema híbrido: a pena executada é aquela aplicada pelo Estado da condenação e a lei do Estado recebedor é aplicada para a execução da pena.¹⁰³

5.3. Revisão da sentença, anistia, perdão ou comutação

A revisão das provas que embasaram a condenação fica reservada ao Estado sentenciante, de acordo com o Acordo-Modelo das Nações Unidas e todos os tratados

⁹¹ Portaria n. 89/2018, arts. 7º e 15.

⁹² Art. V, item 7.

⁹³ Art. 7º.

⁹⁴ Art. 8º, item 2.

⁹⁵ Art. 10, item 1.

⁹⁶ Art. 9º, item 1.

⁹⁷ Art. 3º, item 2.

⁹⁸ Art. 3º, item 5.

⁹⁹ Art. 3º.

¹⁰⁰ Art. III, item 5.

¹⁰¹ Arts. 9º e 10.

¹⁰² Vide o Acordo-Modelo do UNODC e GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 269-270.

¹⁰³ SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 292; ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 363-365.

celebrados pelo Brasil.¹⁰⁴ O Estado da condenação mantém sua autoridade sobre a existência e a duração da sentença condenatória. De acordo com a lei brasileira,¹⁰⁵ o Estado recebedor não pode agravar, de qualquer maneira, a sanção criminal imposta pelo Estado sentenciante, que se submete à lei de tal Estado. No entanto, tanto o Acordo-Modelo das Nações Unidas quanto à Lei de Migração brasileira dispõem que a execução continuada da pena deve ser governada pelas leis do Estado recebedor,¹⁰⁶ que delibera sobre incidentes de execução, tais quais progressão a regimes mais brandos, regressão a regimes mais gravosos e remição pelo trabalho.¹⁰⁷ Em geral, os tratados de transferência assinados pelo Brasil incluem uma cláusula, permitindo que, à luz de informações enviadas pelo Estado da condenação, o Estado da execução¹⁰⁸ autorize o livramento condicional, o que deve ser seguido de notificação ao Estado da condenação.

Embora o art. 22 do Acordo-Modelo da Organização das Nações Unidas e a Convenção de Estrasburgo (art. 12 – vide também a Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa) assegurem a ambos os Estados o poder de perdoar ou conceder anistia, todos os tratados de transferência envolvendo o Brasil estipulam que apenas o Estado da condenação possa fazê-lo.¹⁰⁹ Mesmo nos casos em que tal regra não seja explícita, trata-se de conclusão a que se chega a partir da constatação de que o Estado da condenação deve ser informado pelo Estado da execução sobre qualquer decisão que represente a não incidência da sentença condenatória: fica implícito que apenas o Estado da condenação tem autoridade sobre tais matérias.¹¹⁰ É também comum que o tratado permita ao Estado da execução da pena requerer ao Estado da condenação, fundamentadamente, autorização para conceder perdão ou comutação.¹¹¹

5.4. Investigações e processos em andamento, adolescentes infratores, inimputáveis por doença mental

Os tratados com a Índia¹¹² e o Reino Unido¹¹³ contêm a exigência de que não haja inquéritos ou processos pendentes envolvendo o condenado no Estado da condenação. Vários tratados, como a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior,¹¹⁴ a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas

¹⁰⁴ Acordo-Modelo, art. 17, e, exemplificativamente, a Convenção Interamericana, art. VIII e a Convenção de Estrasburgo (art. 13).

¹⁰⁵ Decreto n. 9.199/2017, art. 289.

¹⁰⁶ Decreto n. 9.199/2017, arts. 286 e 288.

¹⁰⁷ Vide ainda LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 117.

¹⁰⁸ Por exemplo, vide a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 14.

¹⁰⁹ Vide a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. VIII.

¹¹⁰ Um exemplo é a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 12.

¹¹¹ É o caso do Acordo dos Países do Mercosul e do Acordo de tais Países com a Bolívia e o Chile, art. 10.

¹¹² Art. 3º, item 1.

¹¹³ Art. 3º.

¹¹⁴ Art. IX.

entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa¹¹⁵ e a Convenção de Estrasburgo¹¹⁶ admitem a transferência de adolescentes infratores, que, no Brasil, são pessoas com menos de 18 anos de idade que praticaram atos infracionais, análogos a delitos,¹¹⁷ e de pessoas a quem foram impostas medida de segurança após reconhecimento de inimizabilidade por doença mental.¹¹⁸ Em ambos os casos, o consentimento do representante legal é normalmente exigido.

O tratado com a Índia prevê que a transferência não se dará se a condenação tiver natureza militar.¹¹⁹

5.5. Duplo risco e regra da especialidade

A Lei de Migração brasileira não regula os temas do *ne bis in idem* e da regra da especialidade quanto à transferência de sentenciados. No entanto, a regra que impede o duplo risco (*double jeopardy*) – protegendo a pessoa sob transferência de enfrentar uma nova persecução penal no Estado da execução por crime pelo qual já houve punição no Estado sentenciante e que serviu de base para a transferência – consta da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior e do Acordo-Modelo das Nações Unidas e é, assim, aplicável.¹²⁰⁻¹²¹ Os tratados assinados pelo Brasil albergam expressamente essa regra. Embora os tratados celebrados com o Peru e o Reino Unido sejam omissos quanto à aplicação do princípio, isso não exime o Brasil de seguir a regra do *ne bis in idem* prevista no art. 8º, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).¹²²

Por sua vez, a regra da especialidade impede que a pessoa condenada seja presa ou alvo de persecução penal por um ato diverso daquele que motivou o pedido de transferência. Há uma lacuna na lei brasileira a esse respeito: a regra da especialidade encontra previsão legal quanto à extradição,¹²³ mas não quanto à transferência de pessoas condenadas.

6. Aspectos procedimentais

Alguns autores que escrevem sobre o tema argumentam que a transferência deve ser sujeita à chancela judicial, evitando-se a transferência para um Estado onde exista um risco real de violação de direitos ou transferência de pessoas condenadas por crimes políticos, assegurando-se ainda que a transferência possa ser contestada perante o Poder Judiciário.¹²⁴ Entretanto, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a

¹¹⁵ Art. 3º.

¹¹⁶ Art. 3º, item 1, “d”.

¹¹⁷ Art. 228 da Constituição da República.

¹¹⁸ Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. IX.

¹¹⁹ Art. 3º.

¹²⁰ Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. VII.

¹²¹ Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 13.

¹²² LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 131.

¹²³ Lei de Migração, art. 96, I.

¹²⁴ MUJUZU, Jamil Ddamulira. Ob. cit., p. 440-441.

intervenção judicial é desnecessária,¹²⁵ dada a importância da celeridade impressa na análise do pedido de transferência, o que se relaciona com o caráter humanitário do procedimento em questão.¹²⁶ Não obstante, quando o Brasil é o Estado da sentença condenatória (transferência passiva), antes da decisão administrativa, a Justiça Federal brasileira será ouvida sobre a matéria; da mesma forma, quando o Brasil é o Estado da execução (transferência ativa), o juízo federal, por razões práticas e logísticas, será provocado para a alocação do condenado em um estabelecimento penal adequado. Em consequência, não é inteiramente correto afirmar que o procedimento dispensa envolvimento judicial. O que é desnecessário, em realidade, é o *exequatur* (ou “cumprase”, referente à homologação de uma sentença estrangeira).¹²⁷

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, recebe, processa e instrui os pedidos.¹²⁸ O Departamento atua em colaboração com o Poder Judiciário, os estabelecimentos penais e autoridades diplomáticas e consulares para obter informações e documentos complementares, caso isso se mostre necessário. Entre esses documentos, podem ser mencionados: cópia da sentença condenatória; cópia dos textos legais aplicáveis; registros sobre comportamento carcerário e comprovação de tempo já cumprido de pena.

Após a análise dos requisitos de admissibilidade, a Secretaria Nacional de Justiça, também vinculada ao Ministério da Justiça, decidirá sobre os pedidos de autorização de transferência. Depois disso, obtém-se o consentimento do Estado receptor para a transferência, via diplomática ou por meio da autoridade central. Quando o pedido é rejeitado devido ao não cumprimento das exigências, o condenado e o Estado envolvido são notificados.¹²⁹

Quando se tratar de transferência de pessoa condenada no Brasil para outro Estado (transferência passiva), o Departamento solicitará ao juízo brasileiro competente que viabilize a liberação para a transferência e buscará a concordância do Estado receptor. Em seguida, a Polícia Federal providencia junto à sua contraparte a remoção do condenado, comunicando a implementação da medida ao tribunal competente e ao Estado receptor. A partir daí, o Ministério da Justiça passa a manter contato com os Tribunais competentes, para monitorar periodicamente a continuidade da execução da sentença, até que esta tenha sido cumprida ou extinta por outros meios.¹³⁰

¹²⁵ STJ. Homologação de Sentença Estrangeira, HDE n. 2.436, j. 17.12.2018. O texto do art. 105, III, da Lei de Migração, tal qual aprovado pelo Congresso Nacional dava ao Superior Tribunal de Justiça o poder de confirmar a sentença estrangeira nos casos de transferência. No entanto, o Presidente da República vetou essa previsão, alegando que a transferência é voluntária e benéfica ao condenado.

¹²⁶ ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 367.

¹²⁷ O art. 9º do Código Penal somente exige o *exequatur* para cumprimento de sentenças estrangeiras pelo Judiciário brasileiro para execução de reparação de danos causados pelo delito e para permitir a restituição de coisas apreendidas (efeitos secundários e civis da condenação).

¹²⁸ Detalhes para contato: <<https://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-recuperacao-de-ativos-e-cooperacao-juridica-internacional>>.

¹²⁹ Decreto n. 9.199/2017, arts. 293-298.

¹³⁰ Portaria n. 89/2018, arts. 10-12.

Quando o condenado é transferido para o Brasil (transferência ativa), o Ministério da Justiça e Segurança Pública solicitará ao juízo federal mais próximo de onde a pessoa tem raízes sociais e familiares que providencie vaga em um estabelecimento penal para execução da pena.¹³¹ Uma vez que o local de execução da pena esteja definido, a Secretaria Nacional de Justiça se manifestará pelo Estado brasileiro, decidindo se autoriza a transferência.¹³² A Polícia Federal, a pessoa condenada, o Estado da condenação e o juízo federal competente no Brasil serão notificados. A documentação comprobatória da nacionalidade brasileira, da residência habitual ou do vínculo pessoal do condenado no território nacional e os textos legais aplicáveis ao crime serão enviados ao Estado da condenação para a decisão final. Se o Estado remetente autorizar a transferência para o Brasil, o DRCL solicitará à Polícia Federal o início dos procedimentos operacionais da transferência com sua contraparte. Assim que a pessoa tiver sido enviada ao Brasil, o Ministério da Justiça notificará a Corte competente e o Estado remetente. Depois disso, o DRCL monitorará a execução da sentença e solicitará ao tribunal brasileiro competente que informe ao Ministério da Justiça sobre o fim da sentença ou a extinção da sanção penal, com posterior comunicação ao estado de sentença. A Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa também prevê esta comunicação.¹³³

Depois da transferência, o Estado sentenciante deve cessar a execução da pena e não poderá retomar essa execução, ainda que o condenado volte ao seu território após cumprir integralmente a pena no Estado da execução.¹³⁴

7. Conclusão

A transferência de pessoas condenadas ainda é incipiente no Brasil. O acompanhamento da prática apresenta dificuldades, dados os poucos casos registrados. Com base nas regras de tratados celebrados pelo Brasil e nos propósitos de reintegração social e humanitários que revestem a transferência, além de seu potencial para incrementar a cooperação jurídica internacional, sugere-se a adoção de certas medidas para consideração por parte das autoridades brasileiras.

Primeiramente, sugerem-se a intensificação das negociações sobre novos tratados e o empreendimento de esforços legislativos para incorporar tais tratados à lei local.

Algumas cláusulas de tratados deveriam ser padronizadas. Penas privativas de liberdade superiores a seis meses – e sentenças com pena mínima indeterminada – poderiam autorizar a transferência. Além dos nacionais, as condenações de estrangeiros com vínculos sociais ou residência habitual no Estado deveriam ser permitidas. Para

¹³¹ Lei de Migração, art. 105, I; Decreto n. 9.199/2017, art. 298, I.

¹³² Naturalmente, como salienta ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 361-362, o condenado tem apenas o direito de ver seu pedido analisado, sem garantia de que será acatado pelos Estados envolvidos.

¹³³ Art. 12.

¹³⁴ Decreto n. 9.199/2017, art. 286; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 8°.

proteger os interesses das vítimas, uma regra prevendo a reparação dos danos causados pelo crime poderia ser inserida nos acordos. A obrigação de pagar as custas processuais e a multa penal imposta também poderia ser incluída, mas com a observação “salvo em caso de demonstração de impossibilidade de fazê-lo”. A dupla incriminação não deveria ser um requisito, mas o consentimento expresso do condenado deve sempre ser exigido, assim como a observância ao princípio *ne bis in idem*.

Por fim, propõe-se que as autoridades consulares brasileiras situadas em 194 cidades espalhadas pelo globo¹³⁵ se valham, de forma proativa, da prerrogativa da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963 (Organização das Nações Unidas),¹³⁶ notificando, de forma clara e rápida, todos os brasileiros presos no estrangeiro, a fim de que sejam informados sobre a possibilidade de transferência ao seu Estado de origem, com base nos tratados analisados ou em promessa de reciprocidade. Munidas de tais informações, tais pessoas teriam melhores condições de decidirem sobre sua situação jurídica.

A adoção dessas recomendações potencializaria, no Brasil, a aplicação dessa importante medida de cooperação jurídica internacional.

Referências

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGÊNCIA FIQUEM SABENDO. *Brasileiros presos no exterior de 2010 a 2021*. Disponível em: <https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/brasileiros-presos-no-exterior-de-2010-a-2021>. Acesso em: 22 de dezembro de 2022.

ALDERETE LOBO, Ruben A. La Transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 9, n. 17, 2004, p. 257-300.

BASSIOUNI, M. Cherif. United States policies and practices on execution of foreign sentences. Em: M. Cherif Bassiouni (Ed.). *International criminal law: multilateral and bilateral enforcement mechanisms*, vol. II, Nijhoff: 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições sobre transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=true&q=transfer%C3%Aancia%20de%20pessoas%20condenadas&tipos=PDL>. Acesso em: 2 de janeiro de 2022.

¹³⁵ De acordo com o Ministério das Relações Exteriores. Informação atualizada em: 17.12.2021 e disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/reparticoes-consulares-do-brasil>. Acesso em: 07.05.2022.

¹³⁶ Arts. 5º e 36, item 1, disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf. Acesso em: 7 de maio de 2022. O “Manual do Serviço Consular e Jurídico” do Ministério das Relações Exteriores, de 2010, dispõe que as autoridades consulares devem manter uma lista de brasileiros presos em cada jurisdição, além de organizar um plano de visitas às instalações carcerárias onde eles estiverem presos – Seção 10, subseções 3.10.2 e 3.10.3. Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Miami/pt-br/file/MSCJ%20completo-1.pdf>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Acordos de transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Brasil finaliza negociação de tratados de extradição e de transferência de pessoas condenadas com a Alemanha*, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560776578.09>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *População de estrangeiros*, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiYzJjNWUzNDMtNTM1OC00ZWY5LTNmNTI0tZj_c4N2I1MjA3YmNmliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Informação n. 2/2022/CETPC/DRCI/SENAJUS*, 2022 (“E-mail” enviado ao autor, datado de 26 de janeiro de 2022).

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Concórdia*: acervo de atos internacionais do Brasil. Disponível em: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12516?tipoPesquisa=2&TituloAcordo=transfer%C3%Aancia&TipoAcordo=BL>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Presos brasileiros no exterior: ano 2020 – compilação, 2022* (“E-mail” do Ministério das Relações Exteriores ao autor, datado de 1º de fevereiro de 2022).

CARNEIRO, Tácio Muzzi Carvalho e. Os Mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova Lei de Migração. *Cooperação em Pauta*, n. 30, 2017, p. 1-9.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Cooperação internacional na execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 16, n. 71, 2008, p. 233-249.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção relativa à transferência de pessoas condenadas*, 1983.

_____. *Decisão-Quadro 2008/909/JHA*, de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia.

DROEGE, Cordula. Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges. *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n. 871, 2008, p. 669-701.

FARALDO-CABANA, Patricia. Transferring non-consenting prisoners. Em: Stefano Montaldo (Ed.). *The transfer of prisoners in the European Union*. Eleven/Giappichelli, 2020, p. 61-78.

FINKELSTEIN, David. Ever Been in a [Foreign] Prison? *Fordham Law Review*, vol. 66, n. 1, 1997, p. 125-163.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado*. Belo Horizonte: UFMG, 2017 (tese de Doutorado).

INSTITUTE FOR CRIME AND JUSTICE POLICE RESEARCH. World Prison Brief. *Highest to Lowest – Foreign prisoners (percentage of prison population)*, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

LEÃO, André Carneiro. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana*. Recife: UFPE, 2013 (dissertação de Mestrado).

MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001.

MARCÓ DEL PONT, Luis. Intercambio de presos. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 19, n. 73, 1982, p. 261-266.

MARTUFI, Adriano. Assessing the resilience of “social rehabilitation” as a rationale for transfer. *New Journal of European Criminal Law*, n. 9, 2018, p. 43-61.

MUJUZI, Jamil Ddamulira. Implementing article 45 (transfer of sentenced persons) of the UN convention against corruption in Africa. *Law and Politics in Africa, Asia, and Latin America*, n. 46, 2013, p. 430-464.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, 1984.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*, 2003.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional*, 2000.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas*, 1988.

_____. *Convenção de Viena sobre relações consulares*, 1963.

_____. *Declaração sobre os princípios básicos para vítimas de crimes e abuso de poder*, 1985.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, 2012.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Model agreement on the transfer of foreign prisoners*, 1985.

_____. Sexto Congresso das Nações Unidas para a prevenção ao crime e tratamento de criminosos. *Resolução n. 13, sobre transferência de sentenciados*, 1980.

PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. The United States treaties on transfer of prisoners. *Pacific Law Journal*, vol. 17, n. 3, 1986, p. 823-862.

PLACHTA, Michel. The role of double criminality in international cooperation in penal matters. *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, vol. 76, n. 5, 1989, p. 84-134.

RUEBNER, Ralph; CARROLL, Lisa. The finality of judgment and sentence prerequisite in the United States-Peru bilateral prisoner transfer treaty. *American University International Law Review*, vol. 15, n. 5, 2000, p. 1071-1100.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TRÄSKMAN, Per Ole. Should we take the condition of double criminality seriously? *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, vol. 76, n. 5, 1989, p. 135-155.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Guidelines for the evaluation of transfer requests submitted by foreign nationals*, 2018.

A atuação do Ministério Público na defesa do direito ao acesso à informação pública como instrumento de combate à corrupção

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. Informação pública. Direito ao acesso à informação pública. Normatização. Natureza jurídica. 3. Transparência e Publicidade. Transparência ativa e transparência passiva. Âmbitos subjetivo e objetivo. 3.1. Transparência ativa. 3.1.1. Âmbito subjetivo. 3.1.2. Âmbito objetivo. 3.2. Transparência passiva. 4. Limites ao direito ao acesso à informação pública. 5. Ministério Público e transparência. Defesa do direito ao acesso à informação pública. Combate à corrupção. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O atual cenário político-institucional nacional revela um quadro crítico de corrupção sistêmica, endêmica e estruturante. Nesse contexto, o domínio e a gestão das informações públicas constituem um fator determinante para a concreção escorreita do princípio da transparência, elemento indispensável à concreção dos objetivos fundamentais da república e do próprio regime democrático, o que, por sua vez, viabiliza a democracia participativa. Ocorre que, muito embora a efetivação do direito ao acesso à informação pública seja mandamento normativo decorrente dos princípios da transparência e da publicidade, também regulados expressamente em norma infraconstitucional, sua concreção por parte do Estado ainda está longe do ideal democrático. O Ministério Público, por sua própria configuração institucional, deve servir de interveniente garantidor e defensor desse direito fundamental. O presente trabalho visa a demonstrar a natureza fundamental do direito à informação, suas formas de expressão e a atuação do Ministério Público em sua defesa e garantia de exercício social, como instrumento eficaz de combate à corrupção.

* Doutorando em *Estado de Derecho y Gobernanza Global*, pela Universidade de Salamanca (USAL), e em Direito de Estado, pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em *Estaregias Anticcoupción y Políticas de Integridad*, pela USAL, reconhecido como Mestre em Direito Público, pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-Graduado em Direito Anticorrupção, pela Universidade Estácio de Sá, e em Direito Privado, pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Abstract

The current national political-institutional scenario reveals a critical framework of systemic, endemic and structuring corruption. In this ndo fr, the domain and the management of public information are a determining ndo for the ndo frente implementation of the principle of transparency, na essential element for the fulfillment of the fundamental objectives of the republindo fof the democratic regime itself, which, in turn, enables participatory democracy. Although the implementation of the right to access public information is a normative mandate derived from the principles of transparency and publicity, which is also explicitly regulated by an infraconstitutional norm, its implementation by the State is still far from the democratic ideal. Public Ministry, by its own institutional configuration, should act as guarantor and defender of this fundamental right. This paper aims at demonstrating the fundamental nature of the right to information, its forms of expression and the performance of the Public Prosecutor's Office in its defense and guarantee of social practice, as an effective instrument to combat corruption.

Palavras-chave: Direito à informação pública. Publicidade. Transparência. Ministério Público. Democracia.

Keywords: *Right to public information. Publicity. Transparency. Public ministry. Democracy.*

1. Introdução

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado,¹ considerado contemporaneamente como instituição política suprema, cuja função é instrumentalizar o bem comum.²

Como instituição fictícia e deontológica de representação e instrumentalização do bem-estar social, o Estado, para a realização de suas atividades, possui o domínio e faz uso de uma enorme coleção de dados e informações³ que, por reconhecimento e determinação normativa, devem, via de regra, ser acessíveis a toda a sociedade, sobretudo, como forma de viabilização da democracia participativa.

¹ Conforme o pensamento de Dalmo de Abreu Dallari, a verificação da evolução histórica do Estado “significa a fixação das formas fundamentais que o Estado tem adotado através dos séculos”, destacando a impossibilidade de se “dispor cronologicamente, em ordem sucessiva apoiada na história os exemplos de Estado que tenham realmente existido uns após os outros”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51)

² PASOLD, Cesar Luiz. *Concepção para o estado contemporâneo*: Síntese. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32816-40672-1-PB.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

³ Cientificamente, podem-se distinguir *dados* de *informação*. Conforme SETZER, *dados* são uma sequência de símbolos quantificados ou quantificáveis, ao passo que *informação* é uma abstração informal (isto é, não pode ser formalizada através de uma teoria lógica ou matemática), que representa algo significativo para alguém através de textos, imagens, sons ou animação. (SETZER, Waldemar W. *Dado, Informação, Conhecimento e Competência*. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/datagrama.html#Autor>>. Acesso em: 3 jun. 2018.)

Ocorre que, em que pese todo o arcabouço normativo internacional e nacional de reconhecimento e regulação do direito à informação, bem como da instrumentalização do acesso individual e coletivo, nem sempre a Administração Pública cumpre eficientemente esse mister, incorrendo em falhas (ou ilicitudes) tanto no armazenamento de dados e informações quanto na garantia do direito individual e difuso de acesso à informação pública.

A configuração institucional do Ministério Público Brasileiro, definido constitucionalmente como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,⁴ confere-lhe a aptidão e o dever-poder, traduzido em função institucional, de realização eficiente da proteção do direito à informação pública, seja em âmbito interno, seja em âmbito externo, a bem do próprio regime democrático.

2. Informação pública. Direito ao acesso à informação pública. Normatização. Natureza jurídica

Apesar da polissemia que se possa (ou se deva) atribuir ao vocábulo *informação*, vale o destaque para a concepção de Sandra Braman, da qual se pode extrair o sentido de informação como uma “força constitutiva na sociedade”.⁵

Sob esse prisma ontológico, unindo-o à concepção pública, Carmem Lúcia Batista⁶ assim define informação pública:

É um bem público, tangível ou intangível, com forma de expressão gráfica, sonora e/ou iconográfica, que consiste num patrimônio cultural de uso comum e de propriedade das entidades/instituições da administração pública centralizada, das autarquias e das fundações públicas. A informação pública pode ser produzida pela administração pública ou, simplesmente, estar em poder dela, sem o status de sigilo, para que esteja disponível ao interesse público/coletivo da sociedade. Quando acessível à sociedade, a informação pública tem o poder de afetar elementos do ambiente, reconfigurando a estrutura social.

Pode-se acrescentar a esse conceito que o conteúdo real das informações detidas pelo Estado (Administração Pública direta e indireta) pertence à própria sociedade, uma vez que as entidades e órgãos do Poder Público somente possuem e

⁴ Cf. art. 127 da CR/88.

⁵ BRAMAN, Sandra. Defining information: an approach for policymakers. *Telecommunications Policy*, v. 13, 1989, p. 233-242.

⁶ BATISTA, Carmem Lúcia. *Informação pública: entre o acesso e a apropriação social*. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 202.

gerenciam as informações que pertencem à coletividade, como patrimônio público, histórico e cultural.

Em um regime democrático e no qual os direitos humanos são internalizados juridicamente, o direito ao acesso à informação pública é a base de sustentação da própria democracia, sendo o Estado obrigado a garantir meios efetivos de acesso aos dados, sejam eles particulares, coletivos ou de interesse geral.

O significado público pode ter uma conotação de distinção entre o que é privado ou o que é acessível a todos, sem a natureza do sigilo.

O direito ao acesso à informação em suas duas vertentes (positiva e negativa) é uma garantia ao livre exercício da liberdade fundamental à informação, a qual compreende “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”.⁷

No plano jurídico internacional, a Suécia foi o primeiro país a estabelecer um marco normativo sobre o direito ao acesso à informação pública, em 1776. Essa linha evolutiva no tratamento da informação pública foi seguida pelos Estados Unidos da América, que em 1966, publicaram seu *Freedom of Information Act* - FOIA.

Na América Latina, a Colômbia foi o primeiro país a fazê-lo, através de um Código que permitia o acesso a documentos do governo em 1988. A legislação mexicana sobre o direito à informação, considerada padrão de referência global, data de 2002.

Estudos realizados por Helen Darbshire⁸ já apontavam que, em 2007, ao menos 75 países em todo o mundo dispunham de normatização expressa sobre o direito ao acesso à informação pública. Na maioria deles, mais de 45, o direito ao acesso à informação é garantido de forma ampla, que supera a simples conotação de informação pública como o conjunto de documentos oficiais em posse do Estado.

No Brasil, seguindo-se o rumo do caminho internacional de aperfeiçoamento da cidadania e de controle social também marcado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19); pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigos 10 e 13); pela Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 19), todos que trazem referências ao direito ao acesso à informação pública, além das disposições expressas da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi publicada, em 18 de novembro de 2011, a Lei nº 12.527 – Lei de Acesso à Informação.

No plano constitucional brasileiro, a normatização foi expressa nos seguintes dispositivos: art. 5º, XXXIII, XXXIV, b, LXXII; art. 37, § 3º, II; e art. 216, § 2º.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 248.

⁸ DARBISHIRE, Helen. *Normativa y realidad europea en el acceso a la información: la evolución del derecho de acceso a la información y su relevancia para España. El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008, p. 44-52.

A chamada Lei de Acesso à Informação surge como importante marco normativo que regula o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CR/88, seguida do Decreto nº 7.724/2012 que a regulamentou.

Antes mesmo da publicação da Lei de Acesso à Informação, com relação aos recursos públicos, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), modificada pela Lei Complementar nº 131/2009, já obrigava os entes federados a facilitar, por meio eletrônico e em tempo real, informações detalhadas sobre sua aplicação orçamentária e financeira (artigo 48, inciso II). São os chamados Portais de Transparência.

Esse reconhecimento normativo de um direito difuso essencial à democracia foi uma conquista nacional, resultado de um longo processo de negação ao acesso às informações públicas de abusos do poder informacional e de manutenção do segredo sobre questões de Estado.

Com base nessas ideias sociopolíticas, introjetadas pelo movimento constitucionalista, o direito ao acesso à informação pública é reconhecido normativamente, por ser decorrência natural e inexorável do Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides,⁹ com distinção, leciona que: “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

A natureza jurídica do direito ao acesso à informação pública é de direito humano e fundamental difuso. Trata-se de direito humano porquanto dotado de dimensão global, traçada em documentos internacionais diversos;¹⁰ é direito fundamental posto que, em dimensão interna da soberania nacional foi reconhecido constitucionalmente em vários dispositivos da Carta Maior de 1988.¹¹

A informação produzida, organizada, armazenada e administrada pelo Estado, em nome da sociedade, é um bem público. Portanto, é direito fundamental do cidadão ter acesso à informação pública, cabendo ao Estado propiciar-lhe toda a gama de instrumentos necessários ao exercício desse direito.

Fundada nessas mesmas ideias de transparência e democracia, Hannah Arendt¹² afirma que o público deve ser compreendido como o que é comum e visível. Continua ela, dizendo que sem o direito à Informação pública (controle, segredo e direito de acesso à informação) não há garantia de sobrevivência da verdade da política, base da interação e do juízo político, o que resulta em suscetibilidade incontrolável à

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19) pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigos 10 e 13), pela Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (artigo 19).

¹¹ Cf. arts. 5º, X, XXXIII, 37, § 3º, II, 129, III e 216, § 2º, todos da CR/88, entre outros dispositivos.

¹² ARENDT, H. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

mentira e aos segredos, conservados pelos detentores do poder, abrindo espaço para a corrupção.

O direito ao acesso à informação decorre da própria concepção do Estado Democrático de Direito e é essencial para a estabilização de uma democracia realmente participativa, posto que encerra, na prática, o ideal de *accountability* e funciona como instrumento de concreção do princípio jurídico da transparência, garantidor do acesso subjetivo e objeto à informação tida como pública, ressalvados os casos de sigilo (direito à privacidade e à informação no interesse da segurança da sociedade ou do Estado).

A noção de *accountability*, como dever democrático-republicano de prestação de contas, de responsabilidade política, especialmente na administração e publicização da informação produzida e armazenada pelo Estado, é muito importante para a compreensão do direito à informação pública e seu exercício.

Em termos simples, Maiolino define a *accountability* como sendo, a um só tempo, a prestação de contas e o controle das atividades político-representativas e traz uma visão contemporânea do tema:¹³

Hodiernamente, no entanto, a *accountability* ganhou novo sentido e extensão. Além da tradicional forma de prestação de contas e controle, hoje ela é considerada como um atributo da democracia conducente à construção de uma representação política responsável e responsiva, sendo colocada, ainda, por certa teoria que hora se adota, como uma dimensão para se aferir qualitativamente a democracia.

(...) podem ser estabelecidas as seguintes dimensões da *accountability*: dimensão de *answerability*, dimensão sancionatória, dimensão argumentativa e dimensão informacional.

Nessa linha de ideias, o direito ao acesso à informação pública significa a materialização do princípio da transparência na gestão pública, sendo, também, decorrente dos princípios republicano e democrático, insculpidos no artigo 1º da CR/88, o que lhe atrai a necessidade da mais ampla proteção, em âmbito coletivo ou individual.

3. Transparência e Publicidade. Transparência ativa e transparência passiva. Âmbitos subjetivo e objetivo

Num contexto de Estado Democrático de Direito, o princípio da transparência administrativa, apesar de não possuir previsão normativa constitucional expressa, é

¹³ MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Representação e responsabilidade política: accountability na democracia*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. DOI: 10.11606/T.2.2015.tde-06112015-155005. Acesso em: 12 jan. 2018.

decorrência dos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular (democracia participativa), como bem salienta Wallace Paiva Martins Júnior:¹⁴

Em escala decrescente, o princípio da transparência é inerência do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à mingua de clara e precisa denominação normativo-constitucional resulta como valor impresso e fim expresso pelos princípios da publicidade, motivação e participação popular, uma vez que todos apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, e certidão, e o direito à informação, tidos como mecanismos essenciais no controle jurisdicional da transparência.

O princípio da publicidade, por sua vez, também é corolário do princípio democrático, possui dupla dimensão: positiva e negativa. Pela primeira, incumbe ao Estado o dever de universal e livre acesso à informação sobre a administração pública, como forma de viabilizar o conhecimento, a participação e o controle na gestão da coisa pública. Na segunda dimensão, encontra-se a vedação ao segredo sobre as informações, com exceção àquelas que afetem a segurança da sociedade e do Estado, bem como àquelas que digam respeito à intimidade das pessoas.

Embora ontologicamente distintos, são princípios complementares na regência da administração pública, que deve ser pública e transparente. Os atos administrativos devem ser públicos porque há a exigência de que sejam levados ao amplo conhecimento de seus destinatários, por meio de todos os meios legalmente previstos; devem ser, também e complementarmente, transparentes, pois todos os seus elementos constitutivos devem ser translúcidos, fazerem enxergar-se de maneira ampla e facilitada, para que se lhe permitam o amplo conhecimento e o controle.

A transparência deve ser exercida em duas dimensões complementares, essenciais ao bom desempenho da atividade administrativa e à reafirmação constante da democracia: passiva e ativa.

O que distingue essas duas espécies de transparência é a espontaneidade na oferta da informação (transparência ativa) e a atividade responsiva por parte da Administração Pública à solicitação da informação (transparência passiva).

3.1. Transparência ativa

A transparência ativa é o dever de divulgação, por iniciativa do próprio Estado, das informações que estejam em posse das autoridades públicas. Esse dever deve ser cumprido de maneira autêntica, atualizada, objetiva, compreensível e livre.

¹⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35.

O Estado deve disponibilizar aos cidadãos todos os meios necessários, principalmente eletrônicos, de acesso universal e tratamento gratuito, fácil e contínuo de todas as informações públicas, ressalvadas aquelas resguardadas pelo sigilo. Por isso, também deve informar a todos quais são os limites de acesso para a proteção de outros direitos.

A finalidade da regulação desse direito é permitir que os cidadãos conheçam as informações relevantes para garantir a transparência da atividade pública, por meio de procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

De acordo com a Lei de Acesso à Informação (LAI, art. 6º), em primeiro lugar, é dever dos órgãos e entidades públicos e privados que estão sujeitos à gestão transparente da informação promoverem amplo acesso a ela e sua difusão da forma mais universal e inteligível possível. A norma determina ainda que esses órgãos e entidades assegurem a proteção da informação, em um duplo alcance: a garantia de disponibilidade, autenticidade e integridade; e a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal.

Em segundo plano, o art. 7º da LAI traz um amplo espectro de compreensão sobre o direito à informação, com as respectivas vedações. Esse conteúdo amplo abrange até as formalidades, a orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso e até sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada.

Por fim, ao tratar da transparência ativa, o artigo 8º, § 2º, traz o dever de divulgação espontânea das informações por todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, com a obrigação da divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), os chamados Portais da Transparência, do que estão dispensados os municípios com até dez mil habitantes. (artigo 8º, § 4º, da LAI)

Repise-se que antes mesmo da LAI, já havia disposição normativa na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 201/2000) da obrigação de criação e manutenção dos chamados Portais da Transparência, o que significou um grande avanço na gestão pública transparente.

Todavia, muito embora a implantação e gestão desses Portais de Transparência sejam obrigações expressas em lei para todos os sujeitos dos artigos 1º e 2º, infelizmente, diversas entidades da federação brasileira não vêm cumprindo com isso.

Por isso e por sua própria constituição, destinada à garantia da ordem jurídica, do regime democrático e da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público ganha especial relevo na garantia do amplo acesso social às informações públicas.

3.1.1. Âmbito subjetivo

O âmbito subjetivo de análise do direito à informação pública refere-se aos sujeitos, ativos e passivos, envolvidos no dever de informação pública.

Os sujeitos desse dever à informação pública, materializado pelos mecanismos de disponibilização, transmissão, acesso e difusão, são, por um lado, o Estado (ativo) e, por outro, todas as pessoas (passivas), naturais ou jurídicas.

A concepção de pessoa, para os fins da titularização e exercício do direito à informação pública, é ampla, abrangendo todas as pessoas naturais e jurídicas (naquilo em que haja correspondência), dotadas dos direitos da personalidade.

A sujeição passiva pode ser individual ou coletiva, tendo o indivíduo ou a coletividade um direito fundamental de receber dos meios de comunicação e dos órgãos públicos todas as informações de interesse particular, coletivo ou geral (CF, art. 5º, XXXIII), ressalvados os casos de sigilo legalmente estipulados.

Em outros termos, todas aquelas pessoas aptas a titularizar direitos humanos e fundamentais têm direito ao acesso à informação pública. Todavia, o exercício desse direito é restrito àquelas pessoas que possuam capacidade de fato para tanto.¹⁵

Por outro lado, a concepção de Estado, como sujeito passivo, também deve ser ampliada, sendo considerado como Administração Pública direta e indireta, bem como "as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres."¹⁶

3.1.2. Âmbito objetivo

O âmbito objetivo diz respeito ao objeto do direito ao acesso à informação.

Como dito antes, ao conceito de informação pública deve ser dada a maior amplitude possível, que seja tangível ou intangível, com formato de expressão gráfica, sonora e/ou iconográfica, que consiste em um patrimônio público, histórico e cultural, sob a posse do Estado.

A Lei de Acesso à Informação tratou de seu objeto em seu artigo 4º, descrevendo, de forma clara, o que se entende por dados, por informação e suas categorias, sobre seu tratamento e disponibilidade e sobre algumas de suas características (integridade, autenticidade, disponibilidade e primariedade).

Vale registrar que, por tratar-se o acesso à informação pública de direito fundamental difuso, aplicam-se-lhe os princípios de direito material coletivo, notadamente os da máxima amplitude e máxima efetividade, devendo recair sobre as normas que o regulam uma interpretação finalista e mais abrangente possível,

¹⁵ Código Civil Brasileiro, artigos 1º ao 10.

¹⁶ Cf. art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.527/11.

elastecendo o conteúdo normativo do vocábulo “informação”, contido no artigo 5º, XXXIII, da CR/88, como bem dispôs o art. 4º, I, da LAI.

Andou bem o legislador ao incluir no conceito de informação os dados processados ou não, contidos em qualquer tipo de meio, suporte ou formato, sobretudo em tempos de digitalização e fluidez da informação.

Seria anacrônico e ilógico restringir-se o conceito de informação pública apenas aos dados processados ou fisicamente armazenados, o que impediria o amplo e facilitado acesso à informação, o qual deve ser a tônica em um regime democrático e transparente, mesmo porque, a digitalização e a intangibilidade das comunicações são da essência da sociedade pós-moderna (modernidade líquida, de Bauman).¹⁷

Nesse sentido, as normas brasileiras sobre transparência ativa vão ao encontro das internacionais, tudo em benefício do amplo e eficiente exercício da cidadania, na concreção das noções de democracia participativa e controle social.

3.2. Transparência passiva

A transparência passiva é o dever que têm as entidades e órgãos públicos tidos como sujeitos ativos do direito à informação pública de responder, de forma eficaz, objetiva e gratuita, a todas às solicitações de informações públicas feitas pelos sujeitos passivos, seja por um indivíduo, seja por uma coletividade.

Por óbvio, existe regramento normativo para o exercício desse dever jurídico estatal, os quais têm relação com as limitações ao direito à informação. Ou seja, desde que atendidos os requisitos mínimos por parte do solicitante da informação, o Estado tem a obrigação de prestá-la, sob pena de responsabilização do agente público.

Conforme a disposição expressa do artigo 5º da LAI, “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.”

Na sociedade contemporânea, em que as relações são cada vez mais fluidas e céleres, a informação desponta como uma peça preciosa para o desenvolvimento humano, o que ganha mais destaque em se tratando de administração pública, deontologicamente dirigida à satisfação do interesse público primário, à promoção do bem-estar e da igualdade social.

A livre e universal disponibilização da informação sobre a gestão pública é elemento essencial à democracia e à república, sobretudo num contexto de escassa credibilidade social das instituições públicas e dos representantes políticos.¹⁸

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

¹⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação*. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

4. Limites ao direito ao acesso à informação pública

Como quase todos os direitos fundamentais, o direito ao acesso à informação pública não é absoluto, devendo seu exercício ser balizado normativamente, em harmonia constitucional e infraconstitucional sistêmica.

A regra de administração da informação pública, em uma sociedade minimamente democrática, é a transparência. O sigilo é exceção, que deve ser material e formalmente justificado, com base em preceitos normativos a serem interpretados restritivamente.

Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁹ acrescenta que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Há limitações constitucionais de ordem objetiva e subjetiva, que devem ser levadas a efeitos quando da análise do dever estatal em disponibilizar as informações, ativa ou passivamente.

Essas limitações decorrem do conflito entre os direitos fundamentais: direito ao acesso à informação, segurança pública e privacidade.

Como ensinam Canotilho e Vital Moreira,²⁰ o choque de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um entra em colisão “(a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); (b) com a defesa e proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais)”.

Nesse caso, entra em cena a utilização da ponderação, da resolução do conflito entre direitos fundamentais no plano axiológico, num exercício hermenêutico de unidade constitucional, concordância prática e proporcionalidade entre as garantias da transparência e as restrições de ordem securitária e íntima.

As limitações subjetivas dizem respeito ao sujeito ativo da relação entre a posse da informação e aquele que tem interesse ao acesso de seu conteúdo.

No Brasil, segundo o artigo 10, *caput* da LAI, a única restrição subjetiva ao acesso à informação é a exigência de identificação do solicitante do conteúdo informacional, desde que essa identificação do requerente não contenha exigências que inviabilizem sua solicitação. (art. 10, § 1º, da LAI)

Essa restrição subjetiva se fundamenta na vedação ao anonimato, contida na cláusula de liberdade de manifestação do pensamento, contida no inciso IV do artigo 5º da CR/88. Isso para que haja um mínimo de controle e preservação de direitos de terceiros contra os abusos na posterior utilização das informações públicas fornecidas.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 70.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 135.

É importante destacar que a Lei nº 12.527/11 não impõe a obrigação de fundamentação do requerimento de informação (art. 10, § 2º), o que representa um grande avanço democrático na administração e fornecimento das informações públicas.

Por outro lado, os limites objetivos se referem ao conteúdo da informação.

De início e por óbvio, a própria solicitação das informações deve especificar o conteúdo desejado, ou seja, o solicitante deve indicar expressamente quais são as informações às quais deseja ter acesso, ainda que lhe seja dispensada a motivação do pedido.

A regra sobre o conteúdo das informações públicas (de interesse individual ou coletivo) é que elas sejam, de fato, universalmente acessíveis, disponíveis a todas as pessoas, de forma facilitada e objetiva, com exceção daquelas que digam respeito à intimidade das pessoas e daquelas cujo segredo seja imprescindível à segurança da sociedade e do próprio Estado, tudo conforme os ditames do artigo 5º, X e XXXIII, da Constituição da República de 1988 e dos artigos 23 a 31 da Lei de Acesso à Informação.

Esse entendimento já foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 586.424-ED/RJ,²¹ sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando se confirmou a garantia ao direito à ampla e irrestrita divulgação das informações públicas, ressalvadas as informações protegidas por sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como aquelas referentes à intimidade do indivíduo.

As informações tidas como pessoais são aquelas que dizem respeito a uma pessoa natural, identificada ou identificável, e que expõem dados sobre sua personalidade e passíveis de captação, armazenamento, processamento ou transmissão por quaisquer meios de comunicação.

Essas informações pessoais são compostas de dados não sensíveis e sensíveis. Os primeiros, em princípio, pertencem ao domínio público e são suscetíveis de apropriação por qualquer pessoa (por exemplo: nome; estado civil; domicílio; profissão etc.). Os segundos, dizem respeito à privacidade (por exemplo: origem racial; características genéticas; ideologias políticas; crenças religiosas; orientação sexual; patrimônio etc.).

A publicização indevida de dados pessoais não sensíveis, dificilmente, causa algum tipo de violação à vida privada. Todavia, o mesmo pode não ocorrer com os dados sensíveis, fortemente ligados à vida privada e à intimidade das pessoas, o que reclama maior atenção de proteção contra abusos de apropriação, difusão ou utilização.

A restrição à publicidade se limita a informações pessoais que tratem da intimidade, vida privada, honra e imagem, nos termos do artigo 5º, X, da CR/88 e do artigo 31 da LAI.

Segundo os incisos do parágrafo primeiro do artigo 31 da LAI, essas informações pessoais "terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 586424 ED/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 24 fev. 2015. DJe de 12 mar. 2015.

pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem” e “poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.”

Sobre a publicidade e o sigilo das informações pessoais de agentes públicos, é interessantíssima a posição firmada pelo STF no referido julgado, no sentido de que os cargos ou funções públicas por eles ocupados, os órgãos formais de suas lotações e suas remunerações brutas constituem informações de interesse coletivo ou geral, sobretudo em um regime democrático-republicano, em que a transparência na gestão pública é uma das suas bases de sustentação.

A transparência com relação a esses dados não viola a intimidade, a vida privada ou a segurança pessoal e familiar desses agentes. (incisos X e XXXIII do art. 5º da CR/88)

Não há violação à intimidade, vida privada, imagem ou honra desses agentes, porquanto os dados objeto da divulgação dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo nessa qualidade. (§ 6º do art. 37) A segurança física ou corporal dos agentes públicos ou de seus familiares pode ser fragilizada com essa transparência nominal de informações, mas, esse risco, ínsito às funções públicas, pode ser amenizado pela proibição de revelação de endereço residencial, de CPF e de CI de cada agente.

Nos dizeres do ex-Ministro do STF Ayres Brito no julgamento da Suspensão da Segurança em Agravo Regimental nº 3.902:²²

(...)

No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O como se administra a coisa pública a preponderar sobre o quem administra falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *SS 3902 AgR-segunda/SP*. Relator: Ministro Ayres Brito. 09 jun. 2011. DJe de 03 out. 2011.

As informações públicas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado também podem ter acesso restrito. São aquelas informações necessárias à defesa, à soberania nacional ou à integridade do território nacional, bem como aquelas de caráter de negociação estratégica internacional, de estabilidade econômica, financeira, de tecnologia ou saúde (art. 23 da LAI). Todas essas informações repercutem na estabilidade das relações internas e externas de soberanas do Estado, merecendo guarida sigilosa e bem do interesse público.

A LAI tratou, assim, em seu artigo 24, de classificar as informações sigilosas em três categorias, de acordo com o seu conteúdo, e estipulou prazos diferentes para as respectivas restrições de acesso: ultrassecretas (25 anos), secretas (15 anos) e reservadas (5 anos).

Assim como é dever do Estado reger a administração pública de forma transparente, com a aplicação da regra da publicidade das informações, também é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção, conforme disposição do art. 25 da LAI. Essa atividade de controle está regulamentada pelo Decreto nº 7.845/2012.

5. Ministério Público e transparência. Defesa do direito ao acesso à informação pública. Combate à corrupção

O Estado Brasileiro, embora possua quase 200 anos de forma republicana, possui uma democracia ainda jovem, consagrada de forma integral pelo poder constituinte originário em 1988 e que passa por constante e truncado desenvolvimento.

Nos marcantes dizeres de Bresser:²³

O Estado brasileiro, no início do século XX, era um Estado oligárquico e patrimonial, no seio de uma economia agrícola mercantil e de uma sociedade de classes mal saída do escravismo. Cem anos depois, é hoje um Estado democrático, entre burocrático e gerencial, presidindo sobre uma economia capitalista globalizada e uma sociedade que não é mais principalmente de classes, mas de estratos: uma sociedade pós-industrial.

Vive uma espécie de “esquizofrenia”, por ainda não ter atingido, dentro do processo evolutivo, o desejado Estado Gerencial. Passa, ainda e com vigor, por resquícios de Estado Patrimonialista e com uma burocracia disfuncional (Estado Burocrático), o que serve de incentivo à corrupção.

Apesar de todo o desenvolvimento democrático vivenciado e da evolução normativo a caminho de uma efetiva transparência, o Brasil ainda vive resquícios

²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO; WILHEIM; SACHS (Orgs.). *Brasil: um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 222-259.

de uma cultura do sigilo, pela qual persiste uma tendência de comportamento institucional de não publicização e disponibilização das informações de caráter público, não resguardadas legalmente pelo sigilo.

Isso se agrava mais ainda quando se trata de informações relativas aos recursos públicos, gerando um grande espaço para propagação de condutas corruptas.

Parte desse comportamento se deve ao fato de um pensamento ainda patrimonialista na gestão da coisa pública, tendente à manutenção de certos privilégios privados e manutenção do poder, para a obtenção de vantagens antijurídicas, o que pode ser compreendido na concepção mais ampla de corrupção.

Numa concepção analítica, Garzón Valdés²⁴ descreve a corrupção como a realização de uma conduta desconforme a uma função e ao correspondente dever funcional, à luz de um sistema normativo relevante, pela qual o agente utiliza-se da função e do poder que dela deriva em prol de interesses outros que não aqueles em favor dos quais a função foi instituída, e que, normalmente, materializam-se em benefícios econômicos.

Além dessas características, Lucas Rocha Furtado acresce um elemento essencial à corrupção, bem pertinente ao tema da transparência: o sigilo.²⁵ O pacto de sigilo (*omertà*) entre os agentes corruptos, públicos e/ou privados, é da essência da corrupção, realizada obscuramente nas entranhas do poder.

É nesse contexto que a transparência na gestão pública emerge como um pilar essencial à higidez do regime democrático, cabendo ao Estado dar concreção ao dever de publicidade da forma mais eficiente possível.

Aliás, como bem dito por Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “a luz do sol é o melhor detergente”. Em outras palavras, quanto mais transparência, maior é o controle e menor são as chances de corrupção.

As informações públicas são de interesse social, para que o Ministério Público, por sua própria configuração e funções institucionais, constitucionalmente reconhecidas (art. 127 da CR/88), deve atuar para assegurar o direito difuso ao acesso à informação pública. Sem nenhuma dúvida, isso é um instrumento poderoso no combate à corrupção tanto num viés preventivo quanto num viés repressivo.

Aqui, as várias noções de *accountability* ganham especial relevo, justamente por possuírem caráter de controle e prevenção à corrupção, como também por propiciarem elementos de informação suficientes à repressão dos atos de corrupção, especialmente pelo Ministério Público.

²⁴ VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997.

²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro*. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 41-42.

Andreas Schedler²⁶ atribui duas conotações ao termo *accountability*. A primeira seria a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a capacidade dos agentes públicos oficiais em cumprirem o dever de prestação de contas em relação aos seus atos. A segunda seria a capacidade (*enforcement*) das agências de *accountability* (*accounting agencies*) de impor sanções e perda de poder para aqueles que violaram os deveres públicos.

A concepção de *accountability* é, portanto, bidimensional: capacidade responsiva (*answerability*) e capacidade sancionatória (*enforcement*).

O objetivo do instituto é a materialização do controle do poder estatal, exercido pelos mandatários públicos.

Segundo o mesmo autor, há três formas de prevenção ao abuso do poder público: I) sujeição do poder ao exercício das sanções, II) forçar a justificação dos atos dos governantes e III) obrigação de transparência no exercício do poder.

É evidente que existe clara correlação entre a transparência e a *accountability*,²⁷ servindo ambas de instrumentos potentes ao controle social e institucional da gestão pública e, assim, como eficaz instrumento de combate à corrupção.

Nessa linha de intelecção, infere-se que os mecanismos sociopolíticos que geram um aumento dos níveis de transparência e *accountability* (responsiva e sancionatória) servem de fatores de inibição aos incentivos à corrupção.

O dever da Administração Pública de disponibilizar informações sobre toda a gestão pública, inclusive aquela chamada de gestão pública fiscal, ganhou maior relevância e cogência com a publicação da Lei Complementar nº 131/2009 (que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal), regulamentada pelo Decreto nº 7.185, e a Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI).

A chamada Transparência na Gestão Fiscal, peça fundamental para o controle social e institucional da gestão de recursos públicos, foi expressamente regulamentada pelo artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que discrimina os seguintes instrumentos: planos; orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal.

Nesse universo de transparência, ganha relevo o disposto no inciso II do parágrafo primeiro desse artigo 48 da LRF:

²⁶ SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Ed.). *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

²⁷ BEZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Art. 48. (...)

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

(...)

II - Liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real,²⁸ de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

(...)

No artigo 48-A da LRF estão disciplinados os conteúdos informacionais que devem ser disponibilizados universalmente sobre as despesas e receitas públicas, o que significa um importantíssimo avanço rumo à efetividade da transparência na gestão pública e de mecanismo de prevenção à corrupção.

Foi justamente com base nesse ideal que veio a lume a LAI, representando “uma mudança de paradigma em matéria de transparência pública, pois define que o acesso é a regra e o sigilo a exceção. Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá solicitar acesso às informações públicas, isto é, aquelas que não classificadas como sigilosas, conforme procedimento que observará as regras, prazos, instrumentos de controle e recursos previstos.”²⁹

Vale ressaltar que a transparência da gestão pública fiscal é obrigatória para todos os entes da federação, inclusive municípios com menos de 10.000 habitantes. A exceção feita pelo art. 8º, § 4º da Lei nº 12.527/2011 se restringe à divulgação, por esses municípios, via internet, das informações exigidas pela LAI, porém, reafirma a regra da publicidade quanto às informações da execução orçamentária e financeira nos termos disciplinados pela LRF.

Diante dessas ideias, surge a participação imprescindível do Ministério Público como executor da garantia do direito fundamental ao acesso à informação, como instrumento de combate à corrupção.

Realizando-se uma simples interpretação literal do artigo 127 da CR/88, já se pode extrair sua vocação institucional ao combate à corrupção, por sua própria natureza jurídica e qualidade de cláusula pétrea. Trata-se de missão ínsita à própria natureza da Instituição.

Sob outro ponto de vista hermenêutico, o teleológico-sistemático, conclui-se que ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos

²⁸ Regulamentando o tema, o Decreto nº 7.185/2010 define por liberação em tempo real “a disponibilização das informações, em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia subsequente à data do registro contábil no respectivo SISTEMA sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento.” (art. 2º, § 2º, II)

²⁹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. 1.ª ed. Brasília, 2013, p. 12.

interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe a proteção do direito fundamental à informação pública, compreendido na concepção de patrimônio público (sentido amplo), função que, aliás, foi forjada expressamente no art. 129, III, da CR/88.

Por estar revestido da qualidade de cláusula pétrea, o MP possui a missão institucional de servir à defesa dos direitos humanos e fundamentais formadores do bloco de constitucionalidade, entre os quais, num regime republicano-democrático, encontra-se o direito ao acesso à informação pública.

A informação pública e o direito ao seu universal acesso são interesses sociais indissociáveis ao regime democrático e à ordem jurídica, cuja defesa incumbe ao Ministério Público.

Essa função, aliás, pode ser considerada como indispensável à realização da Justiça,³⁰ entendida como ideal social (art. 3º, I, da CR/88) e não somente como função de poder.

Partindo da já consagrada dicotomia entre Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo, proposta por Marcelo Pedrosa Goulart,³¹ o que se apresenta hoje é um quadro de incipiência na atuação preventiva do Ministério Público contra a corrupção, ambiente do qual se destacam a fiscalização e promoção de cumprimento do dever público de transparência.

Nessa toada, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) já expediu diversos atos normativos: Resolução nº 118/2014 (dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências), Recomendação nº 42/2016 (recomenda a criação de estruturas especializadas no Ministério Público para a otimização do enfrentamento à corrupção, com atribuição cível e criminal) e Resolução nº 179/2017 (regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta).

Tamanha a importância do tema da transparência e de sua fundamentabilidade para a concreção de uma democracia hígida e de bases firmes contra a corrupção, foi ele posicionado em primeiro lugar no projeto de lei de iniciativa popular, PL nº 4.856/2016, liderado pelo Ministério Público Federal, cognominado de “10 Medidas Contra a Corrupção”.³²

Essa primeira medida “prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação”, visa à transparência, por meio da:

(...) criação da regra de *accountability* e eficiência do Ministério Público e do Poder Judiciário. Trata-se de um gatilho de eficiência.

³⁰ Justiça considerada como ideal, como princípio fundamental da república e não somente como jurisdição. Acesso judicial e extrajudicial à informação pública.

³¹ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998, p. 96.

³² CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. *Texto integral e movimentação*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

É estabelecido um marco de duração razoável do processo, consistente na duração de dois anos em primeira instância e um ano para cada instância diversa. Os Tribunais e os Ministérios Públicos são orientados a fazer estatísticas sobre a duração do processo em cada órgão e instância, bem como a encaminhar os dados para o CNJ e CNMP, a fim de que esses órgãos possam avaliar as medidas cabíveis, inclusive legislativas, que devam ser propostas, a fim de se alcançar a razoável duração do processo.³³

A atuação do MP com relação ao direito ao acesso à informação pública, de acordo com as disposições constitucionais e legais (LAI), tem, basicamente, duas dimensões: i) controle interno: implementação e fiscalização do direito ao acesso à informação pública no plano interno da própria Instituição, o que inclui o Ministério Público da União, os Ministérios Públicos dos Estados e até o Conselho Nacional do Ministério Público, ii) controle externo: fiscalizar o cumprimento do dever de transparência por parte dos outros órgãos e entidades públicas que se submetem à LAI.

Essa atividade de controle externo por parte do MP pode ser manifestada em duas perspectivas: preventiva e repressiva.

Um olhar superficial sobre as disposições normativas do art. 127 da Constituição da República de 1988 poderia levar à falácia hermenêutica de que as incumbências outorgadas ao *Parquet* deveriam ser exercidas exclusivamente perante o Poder Judiciário, por se tratar de *instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado*.

Entretanto, essa interpretação literal é restritiva e ineficaz, indo de encontro às finalidades institucionais do moderno Ministério Público e à hermenêutica constitucional sobre direitos e garantias fundamentais, que deve ser ampliativa e maximamente efetiva, como sinaliza o § 2º do art. 5º da CR/88, verdadeira “cláusula geral dos direitos e garantias fundamentais”.

A atuação judicial (preventiva ou repressiva) do MP na promoção da garantia ao direito de acesso à informação, embora seja às vezes necessária, não deve ser a prevalente, sob pena de tornar-se insuficiente e ineficiente, sobretudo por tratar-se de direito fundamental.

Devido às peculiaridades do direito ao acesso à informação, essa atuação ministerial prevalentemente reativa apresenta-se inócua, porquanto incapaz de viabilizar a tempo e modo o conteúdo informacional necessário ao exercício de outros direitos fundamentais, especialmente em relação à participação administrativa. Se muito, o modelo de atuação responsiva do MP propicia apenas a mera promoção de responsabilização do Estado e dos agentes públicos descumpridores do dever

³³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

informacional ou medidas compensatórias e indenizatórias pelas eventuais violações sofridas pelos atingidos.

Seja pela natureza jurídica de direito fundamental, seja pelas consequências da má administração das informações, a atividade Ministerial deve assumir um perfil de primazia preventiva e resolutiva nessa missão de fiscalização do cumprimento público do dever de informar.

Para essas tarefas, são de grande utilidade os instrumentos de atuação administrativa, postos a cargo do MP, tais como: audiências públicas; reuniões; recomendações; compromissos de ajustamento de conduta; entre outros.

Exemplo bastante eloquente da atuação preventiva e extrajudicial é a criação e implementação do “Projeto Águas Limpas: Efetividade da Lei de Acesso à Informação nos Municípios Mineiros”, cujo objetivo é fomentar a execução, pelos entes públicos municipais mineiros (Poder Executivo e Poder Legislativo), da política pública de acesso à informação, via transparência pública ativa.

Referido projeto de prevenção à improbidade administrativa, levado a cabo de forma pioneira no país pelo MPMG, vem atingindo excelentes resultados, conforme se afere da Tabela 1 a seguir:³⁴

Tabela 1 - Municípios aderentes ao Projeto Águas Limpas		
Total de Municípios do Estado Minas Gerais	853	100%
Total de Municípios onde foi implantado o Projeto	538	63,07%
Total de Habitantes atingidos pelo projeto	15.076.254	71,80%
Total de Procedimentos instaurados pelo MPMG	987	100%
Arquivamento por cumprimento	173	17,52%
Total de Municípios que cumpriram o Projeto	47	8,74%
Fonte: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público de Minas Gerais - CAOPP MPMG		

³⁴ Dados fornecidos pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público - CAOPP do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

De acordo com o último ranking divulgado pela Controladoria-Geral da União,³⁵ no âmbito do Estado de Minas Gerais, tomado como referência o ano de 2015, na chamada Escala Brasil Transparente, mais de 80% dos 150 municípios mineiros avaliados aparecem com nota entre 0 e 2, em uma escala em que 0 significa que não cumpriu as disposições da LAI e 10 cumpriu satisfatoriamente.

Inicialmente, para viabilizar a colheita de informações sobre o cumprimento das disposições normativas sobre transparência, o Promotor de Justiça, com base no artigo 129, III, da CR/88 e nas disposições da Lei da Ação Civil Pública e demais normas internas ministeriais,³⁶ deve instaurar os respectivos procedimentos administrativos, um em relação ao Poder Executivo Municipal e outro em relação ao Poder Legislativo.

Dependendo das dimensões estruturais da máquina Administração Pública Municipal, não se descarta a conveniência de instauração de um procedimento administrativo para cada pessoa jurídica componente do organograma estatal.

De uma análise conjunta sobre a LAI e sobre a LRF, o conteúdo mínimo de transparência ativa a ser disponibilizado nos chamados Portais da Transparência dos entes públicos é as disposições específicas contidas nos artigos 48 e 48-A da LRF (instrumentos da gestão fiscal) e no artigo 8º, § 1º, da LAI.

Ambas as leis disciplinaram expressamente um conteúdo mínimo a ser disponibilizado nos Portais da Transparência. São normas de cunho dever-garantia, fixadoras de um mínimo de transparência pública na gestão do bem comum, devendo recair sobre elas a aplicação do princípio interpretativo da máxima efetividade dos direitos materiais coletivos, para que seus efeitos sejam alargados para uma integral proteção do direito difuso ao acesso à informação.

Logo, por serem mínimas as exigências normativas, a boa hermenêutica constitucional recomenda que não encontrem óbices à extensão desse conteúdo normativo, para fazer constar nos róis exemplificativos das obrigações de transparência a exigência de publicidade de informações adicionais, como, por exemplo, o detalhamento de gastos com pessoal, o que é uma decorrência lógica do próprio princípio da transparência ativa.

Por essa razão, a União (Decreto nº 7724/2012) e o Estado de Minas Gerais (Decreto nº 45.969/2012), por exemplo, regulamentaram a disponibilização das informações referentes à folha de pagamento dos servidores públicos, concessão de diárias e outras informações de despesa pública.

Nesse sentido, dispõe o Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios da CGU: “como se vê, o princípio da Transparência Ativa não se esgota no cumprimento do artigo 8º da LAI, mas é um exercício permanente do órgão ou

³⁵ PANORAMA DOS GOVERNOS MUNICIPAIS. Disponível em: <https://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=10>. Acesso em: 10 jul. 2018.

³⁶ Art. 1º, incs. II e IV da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 7/2016.

entidade pública de avaliação das informações que possam ser de interesse coletivo e que, portanto, deverão ser objeto de divulgação.³⁷

No bojo desses procedimentos, o membro ministerial deverá realizar todo o tipo de diligências necessárias para a aferição do escorreito cumprimento das normativas da LAI sobre a transparência na gestão pública e para a respectiva correção de eventuais ilegalidades detectadas.

Para a constatação do cumprimento do dever legal de transparência, a diligência que apresenta o maior grau de eficiência é a requisição de informações (artigo 26, I, b, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), por meio da qual o membro do *Parquet* veiculará verdadeira ordem de fornecimento de documentos que relatem o cumprimento (ou não) do dever de transparência contido na LAI.

De posse dessas informações requisitadas, caso seja detectada alguma irregularidade, cabe ao Promotor de Justiça a priorização da tentativa de resolução extrajudicial dessas questões, em exercício de atividade resolutive.

Essa solução pode ser atingida por meio de uma reunião com o gestor público, com a finalidade de apontamento das ilegalidades e a sugestão da respectiva adequação das condutas aos ditames da lei, o que pode ser feito por meio de recomendação.

A recomendação, cuja natureza jurídica é de ato administrativo, tem fundamento de validade no art. 129, II, da CR/88 e art. 27, IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e na nova Resolução expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, número 164, de 28 de março de 2017.

Em simples termos, a recomendação pode veicular um conteúdo positivo (fazer algo ou suprir alguma omissão) ou negativo (não mais fazer algo). Não obstante essa dualidade de conteúdo, são inegáveis os seus efeitos indiretos, tais como: a) influenciar juridicamente as ações e/ou omissões do agente recomendado; b) agir de forma psicológica na etapa precedente à ação e/ou omissão do destinatário; c) obrigar o destinatário a se manifestar; d) acaso atendida, gera o reconhecimento implícito da inadequação da conduta atestada e soluciona, extrajudicialmente, a ilegalidade; e) quando não acatada, serve de indicador do elemento subjetivo do agente para sua eventual responsabilização civil e/ou criminal; f) serve de instrumento de direcionamento da atuação institucional do próprio Ministério Público.

Nesta linha de ideias, assim dispõe a Resolução nº 164/2017 do CNMP:³⁸

Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar

³⁷ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. 1ª ed. Brasília/2013, p. 15.

³⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Parágrafo único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo.

No caso concreto, sobre o dever de transparência na gestão pública, servirá para diagnosticar as ilicitudes e persuadir o destinatário a realizar ações prognósticas para a correção dos ilícitos, visando à integral implementação desse ônus contido na Carta Maior e na Lei de Acesso à Informação, o que redundará em fator eficaz de combate à corrupção, por desvelar a atividade administrativa e torná-la acessível à coletividade para o exercício da cidadania.

Além disso, a cientificação do agente público sobre a ocorrência das ilicitudes detectadas, a recomendação tem o papel importantíssimo de assinalar o elemento subjetivo do agente recomendado, em eventual caso de configuração de improbidade administrativa, o que é peça probatória fundamental para propensa condenação.

Por não depender da vontade do agente para sua expedição e por não lhe impor nenhuma medida cominatória (ausência de caráter coercitivo), o uso da recomendação torna-se mais célere do que o TAC para os fins preventivos e ainda delimita, de forma inicial, o elemento subjetivo do agente.

Uma boa prática para potencializar o uso das recomendações e de não banalizar o instituto é expedi-las nos momentos de transição de mandatos executivos ou parlamentares. Isso tem o condão de promover uma “reinauguração da ordem jurídica”, servindo a recomendação de instrumento de apontamento das ilicitudes já praticadas pelos gestores anteriores e sugerir as respectivas medidas de correção para a nova gestão.

Ao final do prazo estipulado para o cumprimento da recomendação, se ainda persistirem as ilegalidades, mas não configurado materialmente um ato de improbidade administrativa, surge a possibilidade de resolução por meio do compromisso de ajustamento de conduta.

Caso seja constatada a improbidade administrativa, pelo princípio da legalidade e da indisponibilidade dos direitos fundamentais afetados (direito ao acesso à informação e direito à proba administração do patrimônio público), não resta outra alternativa ao membro ministerial a não ser o ajuizamento de Ação Civil Pública com pedido de obrigação de fazer (cumprimento do dever de transparência, em sua máxima amplitude) e da Ação de Improbidade Administrativa, por violação aos princípios administrativos (art. 11 da Lei nº 8.429/92 e art. 32 da LAI).³⁹

³⁹ Não se descarta a possibilidade de exercício de ambas as pretensões em uma mesma Ação Civil Pública, desde que, no caso concreto, seja a opção mais adequada.

Ainda no rumo sequencial de ideias de uma atuação resolutiva sobre o direito ao acesso à informação, surge a opção do compromisso de ajustamento de conduta, instrumentalizado por meio do termo (TAC), mecanismo acrescido de cunho cominatório/coercitivo.

Previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, possui natureza jurídica material de submissão⁴⁰ e, no espectro processual, de título executivo extrajudicial. (art. 784, IV, do Código de Processo Civil)

O TAC, geralmente, demanda mais tempo para ser firmado, justamente por depender da vontade do compromissário, do reconhecimento da ilicitude e ainda lhe impor multa cominatória em caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Essas dificuldades negociais se apresentam, especialmente, em casos de corrupção, nos quais o domínio privado ou má gestão das informações que deveriam ser publicizadas é da essência desses ilícitos.

Ainda que o ilícito já tenha se configurado, mas, não constatada, materialmente, a improbidade administrativa, é possível o uso do TAC, para estipular, no mínimo, a cessação do ilícito (obrigação de não fazer, com caráter repressivo e preventivo), sua correção (obrigação de fazer), bem como o ressarcimento integral dos danos porventura causados.⁴¹

Vale o registro de que embora incipiente, já existe um movimento doutrinário e normativo⁴² sobre a possibilidade de utilização do compromisso de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, o que poderia ser aplicado às hipóteses de administração ilícita das informações públicas.⁴³

Assim como a recomendação, entre outras valências, TAC serve de delineador do elemento subjetivo do agente, cuja produção probatória em casos de improbidade administrativa é tarefa difícil, sobretudo pela forçosa exigência jurisprudencial para condenação.

Da mesma forma que a recomendação, descumpridas as obrigações assumidas no TAC, no prazo determinado, caberá agora ao Promotor de Justiça recorrer ao Poder Judiciário para exigir o cumprimento dessas obrigações, multa cominatória decorrente da mora do agente público obrigado, bem como a responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Aliás, tamanha a importância do tema e a exigência de efetividade em sua proteção, bem como de responsabilização dos agentes descumpridores desse ônus público, a LAI inovou no microsistema de combate à corrupção, por meio

⁴⁰ Há quem entenda tratar-se de negócio jurídico da Administração, vide RODRIGUES, Geisa de Assis. In: Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. *Temas atuais do Ministério Público*, p. 336, 2017.

⁴¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110.

⁴² Resolução nº 179/2017 do CNMP e Resolução nº 3/2017 do CSMP MPMG.

⁴³ Entre outros fatores, pela ausência de previsão normativa de parâmetros básicos, por ora e seguindo o pensamento de Emerson Garcia, somos contrários à utilização de TAC em casos de improbidade administrativa para aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA.

de hermenêutica do diálogo de fontes, com a tipificação de sete novas conditas qualificáveis como ato de improbidade administrativa, todas referentes à violação do dever público de transparência.

Num estudo específico sobre a judicialização do acesso à informação, Anderson Batista de Souza⁴⁴ apurou que, nos Tribunais Superiores, entre os anos de 2009 e 2015 (até maio), havia apenas vinte casos julgados no Supremo Tribunal Federal⁴⁵ e cinco casos julgados no Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ envolvendo o direito de acesso à informação pública, sendo que o maior número de demandas se refere à publicidade nominal de remuneração de agentes públicos.

Esse baixo quantitativo de demandas para a efetivação do direito ao acesso à informação demonstra que, embora haja enorme potencial de efetivação desse direito, o exercício jurisdicional das pretensões afetas à transparência pública ainda é irrisório.

Seja por ausência de informações sobre os direitos fundamentais, sobretudo das camadas menos afortunadas educacionalmente da população, seja por uma descrença no funcionamento transparente das instituições, o exercício do direito ao acesso às informações públicas ainda é pouco explorado no Brasil.

Não obstante, já se pode observar a incipiência de um movimento de controle e fiscalização do patrimônio público, sobretudo pelo acesso à informação, por parte de associações civis, com resultados consideráveis, ao menos no que diz respeito à publicização das informações referentes às contas públicas. Atualmente, existem mais de 500 entidades da sociedade civil destinadas ao controle da administração pública e, por sua vez, ao combate da corrupção,⁴⁷ das quais se destacam: Transparência Brasil; Instituto Não Aceito Corrupção; Observatório Social do Brasil; Fórum de Combate à Corrupção - FOCCO.

Esse movimento coletivo de mobilização social em prol da implementação da transparência na gestão pública é importantíssimo, em dupla dimensão: num viés positivo, traz à evidência a efetivação de uma democracia realmente participativa, por meio do controle da transparência na gestão pública; num viés negativo, gera efeitos preventivos gerais, no sentido de evitar que o sigilo no trato das informações públicas seja a regra, como outrora ocorria em nossa república, compelindo, assim, os agentes públicos à escorreita observância dos preceitos constitucionais e da LAI.

⁴⁴ SOUZA, Anderson Barbosa. Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública, Improbidade Administrativa e os desafios do Ministério Público. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 17091-RJ; RCL 14740-DF; MS 31580-DF; MS 31490-DF; RE 766390-DF; AO 1823-MG; AO 2143-RS; SS 4764-DF; MS 32020-DF; SL 689-DF; RCL 15350-PR; SS 4723-DF; RCL 14733-RS; RCL 14530-RJ; MS 31659-DF; RCL 14739-RS; SS 4661-DF; SL 630-RS; SL 623-DF; SS 3902-SP.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 16903-DF; MS 20895-DF; MS 16179-DF; MS 18847-DF e RMS 46171-MG.

⁴⁷ Na categoria "Civismo", são 284 entidades; na categoria "Defesa dos Direitos Civis", são 287; na categoria "Prevenção ao Crime", são 128 e na categoria Promoção da Participação Social e Política, são 482. Disponível em: <<http://www.ongsbrasil.com.br/default.asp?Pag=40&TipoONG=19&Origem=ONGs-de-Outras-Formas-de-Desenvolvimento-e-Defesa-de-Direitos>>. Acesso em: 08 set. 2018.

6. Conclusão

Ante todo o exposto, pode-se concluir que, em um regime democrático, em que se respeitam os mais caros direitos humanos e fundamentais, o direito à informação pública serve de fundação à própria ideia de democracia, devendo o Estado garantir os meios eficazes de acesso aos dados de interesse pessoal, coletivo ou geral, que estejam em seu poder ou à sua disposição.

Sob esse foco de análise, trata-se de direito fundamental difuso, decorrente dos princípios democrático, republicano e da transparência; para o que, o Ministério Público, por sua própria configuração constitucional, possui aptidão e o dever-poder, traduzido em função institucional, de realização eficiente da proteção do direito à informação pública, seja em âmbito interno, seja em âmbito externo, nos termos dos preceitos traçados pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI).

A transparência na gestão pública serve de potente desincentivo à corrupção, na medida em que os atos ilícitos de abuso de poder público para obtenção de finalidade particular costumam ocorrer em ambientes opacos, nos quais se opera o sigilo sobre as transações promíscuas entre o ambiente público e o privado, em detrimento do interesse coletivo.

A atuação do MP com relação ao direito ao acesso à informação pública se manifesta em ações de controle interno (promoção do direito ao acesso à informação pública no plano interno da própria Instituição) e externo (fiscalização do cumprimento do dever de transparência por parte dos outros órgãos e entidades públicas que se submetem à LAI).

Essa atividade serve de fortíssimo instrumento de combate à corrupção, tanto por uma perspectiva preventiva (controle da juridicidade na gestão pública), quanto por uma perspectiva repressiva (obtenção de informações que viabilizem a responsabilização por ilícitos).

Devido à natureza jurídica de direito fundamental e às consequências da má gestão das informações públicas, a atividade Ministerial deve assumir um perfil de primazia preventiva e resolutive, no mister de fiscalização do cumprimento público do dever de informar.

Um grande exemplo de eficiência no cumprimento da missão de garantia do direito ao acesso à informação pública é o “Projeto Águas Limpas: Efetividade da Lei de Acesso à Informação nos Municípios Mineiros”, levado a efeito pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e que vem obtendo excelentes resultados empiricamente comprovados.

Por essa atuação preventiva e colaborativa com outras funções de Poder e com a própria coletividade, o Ministério Público tende a lograr a efetiva proteção do direito ao acesso à informação pública, seu amplo acesso e efetivo cumprimento das normas de transparência, servindo, assim, de eficiente instrumento de combate à corrupção e de firmamento prático da ideia de democracia participativa.

Referências

- ARENDDT, H. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BATISTA, Carmem Lúcia. *Informação pública: entre o acesso e a apropriação social*. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.
- BEZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRAMAN, Sandra. Defining information: an approach for policymakers. *Telecommunications Policy*, v. 13, 1989.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2017.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2016.
- _____. *Lei nº 12.527/11*. Regula o acesso à informação. 18 nov. 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *MS 16903-DF; MS 20895-DF; MS 16179-DF; MS 18847-DF e RMS 46171-MG*.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. *RE 586424 ED/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 24 fev. 2015. DJe de 12 mar. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *SS 3902 AgR-segundo/SP*. Relator: Ministro Ayres Brito. 09 jun. 2011. DJe de 03 out. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RCL 17091-RJ; RCL 14740-DF; MS 31580-DF; MS 31490-DF; RE 766390-DF; AO 1823-MG; AO 2143-RS; SS 4764-DF; MS 32020-DF; SL 689-DF; RCL 15350-PR; SS 4723-DF; RCL 14733-RS; RCL 14530-RJ; MS 31659-DF; RCL 14739-RS; SS 4661-DF; SL 630-RS; SL 623-DF; SS 3902-SP*.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO; WILHEIM; SACHS (Orgs.). *Brasil: um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. *Texto integral e movimentação*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 09 jul. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. 1ª ed. Brasília, 2013.

_____. PANORAMA DOS GOVERNOS MUNICIPAIS. Disponível em: <https://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=10>. Acesso em: 10 jul. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DARBISHIRE, Helen. Normativa y realidad europea en el acceso a la información: la evolución del derecho de acceso a la información y su relevancia para España. El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. *El derecho de acceso a la información pública*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (artigo 19). Pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigos 10 e 13), pela Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 19).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro*. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GARZÓN, Valdés. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação*. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Representação e responsabilidade política: accountability na democracia*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. DOI: 10.11606/T.2.2015.tde-06112015-155005. Acesso em: 12 jan. 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *As dez medidas contra a corrupção*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. *Concepção para o estado contemporâneo: Síntese*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32816-40672-1-PB.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Eds.). *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SETZER, Waldemar W. *Dado, Informação, Conhecimento e Competência*. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/datagrama.html#Autor>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SITE ONGS BRASIL. *Promoção da participação social e política*. Disponível em: <<http://www.ongsbrasil.com.br/default.asp?Pag=40&TipoONG=19&Origem=ONGs-de-Outras-Formas-de-Desenvolvimento-e-Defesa-de-Direitos>>. Acesso em: 08 set. 2018.

SOUZA, Anderson Barbosa. Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública, Improbidade Administrativa e os desafios do Ministério Público. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.

A vulnerabilidade comunicativa nas relações jurídico-consumeristas: um Direito Fundamental

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*

Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

A linguagem jurídica, usada de forma rebuscada e arcaica, funciona como um bloqueio para cidadão comum aos seus direitos. O presente trabalho objetiva analisar a linguagem nas relações de consumo pautadas pelo *Código de Defesa do Consumidor*, investigando se o desconhecimento dos termos técnico-jurídicos por parte do consumidor constitui uma vulnerabilidade linguística, implicando a defesa dos direitos da parte mais fraca relação, o consumidor. Integram-se na pesquisa os pressupostos teórico-metodológicos da linguística, por descrever a língua nos diversos contextos sociocomunicativos e discursivo-pragmáticos e do Direito, por ser a ciência que regulamenta as relações sociais. Na análise do problema, recorreu-se a autores como GUIMARÃES (2000), MARQUES e MIRAGEM (2014), NEIVA (2006, 2010), TARTUCE e NEVES (2013), NUNES (2010), PIRES (2010), ROBLES (2009) e outros. Analisando a temática, conclui-se que reconhecer a vulnerabilidade linguística nas relações de consumo é um direito humano no plano universal e fundamental no âmbito constitucional em sintonia com os princípios de uma sociedade justa e fraterna.

Abstract

The legal language, used in a far-fetched and archaic way, works as a block for ordinary citizens to their rights. The present work aims to analyze the language in consumer relations guided by the Consumer Protection Code, investigating whether the consumer's lack of knowledge of technical-legal terms constitutes a linguistic vulnerability, implying the defense of rights on the part of the weak parent, the consumer. The theoretical-methodological assumptions of linguistics are integrated in the research, as they describe language in the different socio-communicative and discursive-pragmatic contexts, and of Law, as it is the science that regulates social relations. In the analysis of the problem, authors such as GUIMARÃES (2000), MARQUES and MIRAGEM (2014), NEIVA (2006, 2010), TARTUCE and

* Doutor em Linguística pela Universidade de Brasília. Licenciado em Letras. Bacharel em Direito. Professor da Universidade do Estado da Bahia – *Campus Jacobina* (BA).

NEVES (2013), NUNES (2010), PIRES (2010), ROBLES (2009) were used) and others. Analyzing the theme, it is concluded that recognizing linguistic vulnerability in consumer relations is a human right at the universal and fundamental level in the constitutional sphere, in line with the principles of a just and fraternal society.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Princípio. Consumidor. Linguagem. Direito.

Keywords: *Vulnerability. Principle. Consumer. Language. Right.*

1. Introdução

A linguagem é o meio por que as pessoas se comunicam, transmitem seus sentimentos e interagem no contexto onde estão inseridas. Por isso, a linguagem é um recurso de ação e interação, apresenta uma diversidade de usos para se adequar aos diferentes discursos, considerando os falantes, a relação entre os fatos e as circunstâncias da enunciação. Existirá comunicação e interação entre os falantes, se houver entendimento da mensagem.

Dois questões nortearão este trabalho:

a) Nas relações de consumo, entre as várias vulnerabilidades definidas pela doutrina, há a vulnerabilidade linguística, haja vista os termos técnicos presentes no discurso jurídico?

b) O reconhecimento da vulnerabilidade linguística nas relações de consumo constitui um direito fundamental pautado na dignidade da pessoa humana?

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre a linguagem e o Direito, partindo da vulnerabilidade, princípio norteador do *Código de Defesa do Consumidor* (CDC). Nas relações consumeristas, o cidadão interage na compra de um produto ou na contratação de um serviço, sendo, portanto, a linguagem indispensável tanto no plano da interação como no conhecimento e defesa de seus direitos em relação ao produto/serviço que está comprando e contratando. Portanto, é importante compreender a linguagem usada pelas partes da relação de consumo, tendo em vista, essas partes não estarem numa relação simétrica. Robles (2009, p. 48) argumenta que o “Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras sem palavras não é nada”.

Na pesquisa, adotaram-se os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica e documental, analisando a doutrina e a legislação consumeristas e, descrevendo os aspectos semântico-pragmáticos da linguagem jurídica presentes na vida do cidadão comum.¹

¹ O termo *cidadão comum* nesta pesquisa refere-se ao homem que não está inserido nas relações jurídicas, desconhece os termos técnicos peculiares ao vocabulário do Direito.

Para a análise da temática e alcançar o objetivo proposto, fundamentou-se nas concepções de Marques e Miragem (2014), Guimarães (2000), Neiva (2006, 2010), Tartuce e Neves (2013), Nunes (2010), Pires (2010), Robles (2009) e outros.

2. Desenvolvimento

Para muitos, a linguagem é usada como obstáculo do acesso à justiça. Há advogados que se dirigem aos seus clientes como se estivessem em um Tribunal, falando com os “doutores da Lei”. A linguagem jurídica, como a de qualquer ciência humana, tem suas peculiaridades. Entretanto, essas peculiaridades devem ser mitigadas quando se trata de uma relação entre um profissional do Direito e o cidadão comum. As relações sociais refletem que a linguagem, às vezes, é usada como forma de dominação em que a classe opressora domina os oprimidos mediante o “falar difícil”, obstando o acesso dos dominados à cidadania. No campo do Direito, a linguagem apresenta-se permeada de expressões arcaicas, latinas e termos técnicos, tornando-se inacessível, para o cidadão comum, ao conhecimento e defesa de seus direitos. O profissional do Direito, falando com o seu cliente, necessita ter cautela para que a justiça não se torne inacessível por intermédio da língua. Nos cursos jurídicos, é comum a afirmação de que o bom advogado é aquele que fala e escreve de forma eloquente, porém a eloquência não é “falar difícil”. A linguagem deve ser empregada de forma que seus interlocutores dominem as regras do discurso. Existem profissionais do Direito que, em um processo, falam para o cliente expressões como *periculum in mora, fumus boni iuris*, como se estivessem dialogando com Cícero nos tribunais da Antiga Roma. Por que não dizer *perigo na demora, onde há fumaça, há fogo*, ou seja, naquele processo há sinal de um direito?

Não adianta dizer *Dormientibus non succurrit jus*, referindo-se ao cliente que demorou a praticar um determinado ato e essa demora implicou a perda de um direito. Pragmaticamente, melhor seria dizer: *O direito não socorre os que dormem*.

A linguagem jurídica é complexa. O jurista enfrenta a dificuldade e a necessidade de o cidadão comum entender os procedimentos e compreender o significado de alguns termos técnicos. Observa-se, pois, um distanciamento entre a linguagem e o Direito. Um texto pode ser compreendido por um leitor, não compreendido por outro, devido às especificidades que ocorrem na forma ou no conteúdo. Um cidadão comum, ao ler um contrato, encontrará palavras que não estão no seu vocabulário, por exemplo, *rebus sic stantibus, de cujus, cõnjuge supérstite, garantia fidejussória*. Define Robles (2008, p. 53):

Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.

A linguagem de difícil compreensão e permeada de termos rebuscados, desnecessários à situação comunicativa, constitui a manutenção de um direito não positivado para os homens em geral, mas, sobretudo, uma ciência que se explica por suas normas e não pelas transformações socioculturais. A ciência jurídica encontra na linguagem a sua possibilidade de existir. O Direito não produzirá seu objeto numa dimensão exterior à linguagem. Para que a comunicação se torne eficiente, a linguagem deve estar ao alcance das partes, porque na *lide*, haverá sempre uma parte leiga em matéria jurídica. Com o *juridiquês*, isto é, termos técnicos, a língua tornar-se-á incompreensível para o cidadão comum.

Com a evolução das relações de consumo, foi necessário elaborar normas em sintonia com a sociedade de massas formada no decorrer do século XXI. Instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, chamada de *Código de Defesa do Consumidor*, o CDC foi resultado de uma exigência prevista na Constituição Federal de 1988 (CF/88), Art. 5º, XXXII: *O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor*.

Nesse contexto, houve um fortalecimento nos anseios do povo, visando à regulamentação dos direitos sociais, pautados na dignidade da pessoa humana, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito (Artigo 1º III da CF/88). Em março de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, marco da evolução da defesa do consumidor, uma lei de ordem pública e de interesse social com inovações e um microsistema que congrega normas de natureza civil, penal, administrativa e constitucional e processual. Pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, o CDC implantou no Brasil uma Política Nacional das Relações de Consumo que visa ao atendimento das necessidades dos consumidores, respeitando, sobretudo, a sua dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia das relações consumeristas, criou ainda meios para harmonização do sistema para que a relação de consumo seja fundamentada no princípio da boa-fé e transparência. Um dos princípios basilares do CDC é a vulnerabilidade do consumidor.

Segundo Cunha (1999, p. 828), o termo *vulnerável* provém do étimo latino: *vulnus*: ferida, *vulnerabilis* (que fere ou pode ferir) foi incorporado ao português no século XVII. Para Marques e Miragem (2014, p. 164), a vulnerabilidade se associa à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica, haja vista determinadas condições ou qualidades inerentes a esses sujeitos ou em razão de uma posição de força identificada no outro sujeito da relação. Destaca-se que entre as palavras vulnerabilidade e hipossuficiência há uma contiguidade semântica. Ambos os termos são utilizados no CDC, porém há diferenças entre eles: a vulnerabilidade, reconhecida no Artigo 4º, I, apresenta-se como um fenômeno de direito material, hipossuficiência, de direito processual. A vulnerabilidade é uma presunção absoluta; a hipossuficiência constitui presunção relativa, analisada em cada caso concreto, *vide* Art. 6º XVIII (CDC). Segundo Tartuce e Neves (2013, p. 34), o termo hipossuficiência ultrapassa a denotação das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicadas à concessão dos benefícios da justiça gratuita, em matéria processual. Há uma extensão semântica no conceito de hipossuficiência, devendo ser analisado pelo profissional do

Direito caso a caso. Portanto, todo consumidor é vulnerável, porém nem todo consumidor é hipossuficiente.

Para se chegar à vulnerabilidade, é necessário analisar dois princípios presentes na CF/88: a dignidade da pessoa humana (Art. 1º. III) e o princípio da Isonomia (Art. 5º *caput*). Segundo Rizzatto Nunes (2010, p. 194), reconhecer que o consumidor é vulnerável é a primeira medida da isonomia. Falar em igualdade do ponto de vista constitucional (*caput* do Art. 5º, CF/88), embora pareça uma contradição, é imprescindível, sobretudo, uma interpretação sistemática da fórmula aristotélica em uma máxima da justiça equitativa: dar tratamento igual aos iguais; desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade.

A igualdade a que o dispositivo se refere ocorre no aspecto formal, isto é, na aplicação da lei. Deve o jurista tratar igual a todos. No aspecto material, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando atingir a igualdade formal. Considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas seria violar o princípio da Isonomia na sua essência. Por exemplo, um agricultor, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição bancária, poderá, do ponto de vista jurídico, discutir igualmente as cláusulas contratuais com o gerente que analisará e aprovará o cadastro? Estaria, assim, violando a igualdade formal e desigualdade material. Naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual. Nesse caso, não reconhecer a vulnerabilidade do agricultor seria violar um princípio não apenas constitucional, sobretudo humano.

Desde a concepção, todo ser humano traz uma peculiaridade: a dignidade, fonte de todos os princípios. Sem dignidade, não se fala em direitos humanos, direitos sociais e no próprio reconhecimento da pessoa humana, porque a base dos movimentos históricos e sociais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Não se interpretam direitos e garantias desconsiderando-se a dignidade. A aplicação de uma lei protetiva só se efetiva diante de uma relação de desiguais. Dois lados e dois sujeitos compõem uma relação de consumo. Em lado, há um sujeito detentor da técnica; em outro, o sujeito-consumidor desconhecedor dessa técnica, independentemente de sua condição sociocultural ou econômica. Esse alguém se encontra na condição de vulnerável. Por isso, necessita ter essa condição reconhecida. “Basta ser consumidor para ser vulnerável”. (NUNES, 2010, p. 194)

A doutrina elenca vários tipos de vulnerabilidade: técnica, fática ou socioeconômica, jurídica, política ou legislativa, psíquica, econômica ou social e outras. Para este trabalho, interessa a vulnerabilidade linguística. Com o *juridiquês*, a Justiça se torna inacessível para o cidadão comum. Consequentemente, a defesa de seus direitos não se efetivará. Isso se dá graças a uma vulnerabilidade decorrente de desconhecimento dos termos integrantes do vocabulário jurídico que colocam o consumidor em desvantagem linguística perante a lei. Devido à linguagem com termos latinos e rebuscados, a parte vulnerável da relação processual sequer compreenderá que o direito postulado fora ou não reconhecido.

Fundamentando-nos em Pires (2010, p. 26), conclui-se que uma linguagem incompreensível coloca o cidadão comum numa situação de desconhecimento em situações que dizem respeito ao seu cotidiano, uma vez que o Direito tem a função de regulamentar as situações fáticas. Analisar-se-á o processo intitulado-o *O Celular do Carpinteiro*² por enfatizar a situação do consumidor diante da linguagem como um bloqueio ao conhecimento de seus direitos: um carpinteiro, leigo em matéria da telefonia móvel, comprou um aparelho celular em uma loja na cidade de Conceição do Coité (BA). Em poucos dias de vida útil, o aparelho apresentou um problema, impossibilitando-o de efetuar ligações. Levado à assistência técnica, dias depois, o celular parou de funcionar definitivamente. O carpinteiro dirigiu-se à loja a fim de fazer um acordo, mas não logrou êxito. Ingressou com uma queixa no Juizado de Defesa do Consumidor (Processo JPCDC-TAT – 00737/05). Na audiência, não houve acordo. Os advogados da empresa alegaram que “o aparelho teve contato com líquido ou umidade excessiva, o que ensejou oxidação da placa do celular, fato este que obsta os efeitos da garantia” (fls. 20). O problema teria sido causado devido ao mau uso do aparelho. Durante a audiência, o carpinteiro se esforçava para entender o que estava acontecendo. Perguntava ao juiz o significado de cada ato processual. O carpinteiro encontrava-se desassistido de advogado, e as empresas réis, representadas por prepostos e advogados. À medida que os fatos iam sucedendo, o juiz explicava-lhe a situação. A insegurança e desconhecimento sobre os fatos por parte do carpinteiro aumentavam. Os advogados da empresa evocaram brocardos latinos, como *Allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar) (cf. NEIVA, 2010, p. 31). Argumentaram que a empresa veicula informações no site e nos manuais de instrução as ideais condições de uso (fls. 24). O carpinteiro, haja vista a sua situação sociocultural, nunca teve acesso a site e a manuais redigidos em linguagem técnica e inacessível a um cidadão comum. Em entrevista ao *Jornal Tribuna do Magistrado* (ano 4, nº 15 – out./nov./2006), o juiz da causa, Gerivaldo Alves Neiva, argumentou:

Com muita paciência, fui explicando ao autor o significado de cada palavra e as fases processuais de uma ação daquela natureza em Juizado de Defesa do Consumidor, ou seja, traduzindo o “juridiquês” para uma linguagem que pudesse ser entendida por um carpinteiro. No final, senti necessidade de proferir uma sentença com linguagem que o autor, homem simples e de pouca leitura, pudesse ler e compreender.

A linguagem jurídica é compreensível para aqueles que estão inseridos no contexto. Com o cidadão comum, o profissional do Direito deve interagir de forma breve e incisiva, prevalecendo, portanto, o essencial daquilo que se almeja expor, segundo diz o brocardo *non multa, sed multum*, (não muitas palavras, mas o muito

² Adotamos a expressão o *celular do carpinteiro*, retomando as palavras do juiz da causa à sentença do processo em análise, em entrevista concedida ao *Jornal Tribuna do Magistrado*, ano 4, nº 15 – out./nov./2006.

significativo). Na relação jurídico-consumerista, há um sujeito que é vulnerável, o uso excessivo dos termos técnicos propiciará uma linguagem como um instrumento de poder, afastando da interação aqueles que não têm conhecimento para decodificá-la.

Concluído o processo, o juiz prolatou a sentença. “Prometi ao autor – um carpinteiro – que a escreveria de forma que ele pudesse entender tudo o que havia passado naquela audiência” (NEIVA, 2010, p. 31). A sentença foi redigida em uma linguagem simples, fácil de ser entendida e acessível ao autor. Os termos técnicos não foram abolidos. Ao contrário, “traduzidos” para serem compreendidos pelo carpinteiro. Transcreve-se *in verbis*:

Seu Gregório, os Doutores advogados vão dizer que o Juiz decidiu *extra petita*, quer dizer, *mais do que o Senhor pediu* e também que a decisão não preenche os requisitos legais. [...] Na verdade, para ser mais justa, deveria também condenar na indenização pelo *dano moral*, quer dizer, *a vergonha que o senhor sentiu*, e no *lucro cessante*, quer dizer, *pagar o que o Senhor deixou de ganhar*. (grifos nossos).

Acerca da linguagem na atividade judicante, argumenta Neiva (2006):

[...] No meu entender, no entanto, a grande sabedoria é entender a linguagem, a lógica e os anseios do povo. Só assim será estabelecida a comunicação e compreensão da realidade das pessoas que procuram o Judiciário. Um pequeno exemplo: para o Movimento Sem Terra, a “ocupação” de terra improdutiva é um ato político de grande significado para “famílias necessitadas” e diz respeito à “luta pela sobrevivência”. [...] Assim, sem compreensão da realidade do país, o juiz será sempre um “tecno-juiz”, ao invés de um agente público com poderes para solucionar os conflitos sociais.

Excluir o cidadão comum do contexto jurídico pela linguagem é uma forma de bloquear o acesso à justiça. Por isso, defende-se que reconhecer a variação linguística do jurisdicionado constitui um direito fundamental. A língua é um bem jurídico que deve ser preservado, resguardando-se os direitos linguísticos de seus falantes. Prevê a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial* (2003), Art. 2º, alínea “a”, que a língua é integrante do patrimônio cultural imaterial. Existem dispositivos jurídicos que enfatizam a diversidade linguística, a saber, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (2005) reconheceu a diversidade linguística. No Brasil, a CF/88, Art. 215, determina a garantia a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Nesses direitos, destacamos a língua como um traço distintivo do falante. Para conhecer a vulnerabilidade linguística no âmbito jurídico, analisar-se-á a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH):

Artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º: I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, *língua*, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (Destacamos.)

Dois valores expressos na DUDH e recepcionados pela CF/88 (Art. 5º) respaldam a vulnerabilidade linguística: a igualdade e a diferença. Dessa igualdade, nasce o direito à diferença nos diversos discursos, sobretudo, do ponto de vista linguístico, por exemplo, os lugares oficiais, ou seja, os decretos, as leis, a Constituição. Em se tratando da diversidade linguística, a CF/88 silenciou, reconhecendo a língua portuguesa como a língua oficial (Art. 13), como se a língua portuguesa fosse única em todo o Território nacional no que refere aos usos. Daí, questionamos: como ficam as várias formas que a língua portuguesa apresenta no Brasil? Na verdade, no Brasil existe uma unidade, a língua portuguesa, e uma diversidade, considerando as várias formas que o português apresenta no Brasil nos aspectos semântico-lexicais.

3. Conclusão

Há uma vulnerabilidade linguística nas relações de consumo e a linguagem nas relações processuais não está ao alcance da parte vulnerável. Considerando os aspectos jurídicos relatados no processo analisado, constatamos que uma linguagem rebuscada e inacessível viola os princípios constitucionais do acesso à Justiça e da publicidade. É um exercício de poder para mostrar erudição e autoridade. Reconhece-se que não se pode suprimir a terminologia da linguagem do Direito, todavia é possível melhorar seu uso. O importante não é a terminologia em si mesma, mas as diversas relações de poder expressas por ela. Respeita-se a linguagem técnica, mas se condena a linguagem prolixa de muitos profissionais da área. Linguagem confusa e arcaica contribui para a morosidade da justiça.

A Carta Magna de 1988 consagrou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como uns dos seus fundamentos, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Precisa-se respeitar o outro em um processo mútuo para que, reconhecendo as idiosincrasias, eliminem-se os preconceitos existentes na sociedade. O respeito à linguagem faz parte dos direitos humanos e fundamentais, assim como o direito à liberdade de consciência, religião, crença ou opinião, uma vez que todos esses direitos são inerentes ao ser humano.

Diante do exposto, o artigo responde às perguntas iniciais constantes neste artigo: há uma vulnerabilidade linguística nas relações de consumo e o reconhecimento dessa vulnerabilidade constitui um direito humano e fundamental.

Referências

BAHIA. Juizado Especial Cível de Defesa do Consumidor. *Processo JPCDC-TAT – 00737/05*, Jose Gregório Pinto e Lojas Insinuanter, BENQ eletrônicas Ltda., SIEMES S/A, STARCELL Computadores e Celulares, 11 de julho de 2005. 145.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Patrimônio imaterial: fortalecendo o Sistema Nacional / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Brasília: IPHAN, 2014.*

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2014.

NEIVA, Gerivaldo Alves. Entrevista sobre a sentença do carpinteiro. *Jornal Tribuna do Magistrado*, ano 4, nº 15 – out./nov./2006.

NEIVA, Gerivaldo Alves. Juristas, linguagem e povo: “Ruídos” na comunicação. *Revista jurídica Consulex*. Brasília, ano XIV, nº 332, p. 31-33, 15 de novembro de 2010.

NUNES, Rizzatto. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

PIRES, Mozart Valadares. Simplificação da linguagem jurídica: questão técnica ou imperativo ético? Iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros. *Revista jurídica Consulex*. Brasília, ano XIV, nº 332, p. 26-27, 15 de novembro de 2010.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. São Paulo: Editora Manole, 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris, 17 de outubro de 2003. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/inagens/0013/001325/13254,POR.PDF>>. Acesso: 02 fev. 2018.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



No Direito brasileiro, tudo é uma questão de princípios

Felipe Ribeiro*

Uma frase atribuída ao ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito chama muito a atenção no livro “Os onze”, de Luiz Weber e Felipe Recondo, obra que tem o STF como tema. Referindo-se ao seu trabalho de interpretação da Constituição da República, o ex-ministro teria dito: “Com tantos princípios, eu deito e rolo”.

A expressão, dita por ninguém menos que um ex-ministro da Suprema Corte brasileira, sintetiza o que alguns juristas denominam de “panprincipiologismo” – ou, em termos mais coloquiais, o uso e o abuso na aplicação de princípios jurídicos em situações concretas.

Passados quase 34 anos da promulgação da Constituição Federal, o Direito brasileiro parece ter se afastado radicalmente do positivismo jurídico – que diziam ser autoritário – para prestigiar outra matriz jurídico-filosófica: o neoconstitucionalismo. Segundo essa visão, os princípios jurídicos, positivados ou não, seriam espécies normativas essenciais à hermenêutica jurídica, capazes de introduzir ao Direito valores socialmente reconhecidos.

Sem pretender entrar em discussões filosóficas e de teoria do Direito a respeito da melhor maneira de se interpretar as normas jurídicas em situações concretas, o que se percebe nos tribunais brasileiros, inclusive no Supremo Tribunal Federal, é o uso excessivo de princípios jurídicos, mesmo em circunstâncias exaustivamente reguladas pelo legislador. A sensação é de que basta “saber ponderar” princípios para resolver qualquer problema jurídico, muitas vezes sem a necessidade de interpretação do texto de regras jurídicas.

Na era dos princípios, substitui-se a noção de legalidade pela de juridicidade, sempre com a expectativa de privilegiar a justiça e os valores a ela associados.

No Brasil, a consequência desta mudança de paradigma hermenêutico tem reduzido a importância da atividade parlamentar na regulação da vida social. A elaboração de regras pelo legislador dirigidas à disciplina de qualquer situação da vida pode ser, nesse contexto hermenêutico, deliberadamente ignorada pelo operador do Direito, caso ele entenda, numa construção argumentativa baseada exclusivamente em princípios (ou na sua ponderação), que aquele comando normativo não merece ser aplicado concretamente.

* Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ).

O modelo seria perfeito, não fosse um mero detalhe: a verdade sobre o significado dos princípios jurídicos e sua ponderação não está acessível em qualquer manual jurídico. Como diria Dworkin, certos desacordos, por sua complexidade moral, só são perfeitamente compreendidos por um juiz-filósofo, a quem metaforicamente batizou de Hércules. Na prática, homens e mulheres comuns, diante da dificuldade de se atribuir peso aos princípios, acabam customizando sua “própria ponderação”, partindo quase sempre do seu entendimento sobre os valores morais em jogo. É “exercício de pura discricionariedade”, nas palavras do também ex-ministro do STF Eros Roberto Grau.

Ou seja, na prática, os princípios – que não se prestam a regular situações concretas em função do seu alto grau de abstração – vêm sendo usados para que o operador do Direito introduza no processo hermenêutico valores socialmente reconhecidos, mas que, no fundo, revelam mais as suas próprias visões de mundo do que padrões minimamente consensuais de justiça. Na clássica discussão sobre a divisão entre Direito e moral, tem prevalecido a moral subjetiva do intérprete, quase sempre encoberta por uma argumentação retórica que confere a um ou mais princípios força decisiva.

Não se nega a importância dos princípios no processo hermenêutico, tampouco a importância de não se curvar pura e simplesmente às vontades circunstanciais das majorias – sobretudo em matéria de direitos e garantias fundamentais. Mas não há ordenamento jurídico que resista a qualquer teste de coerência e integridade quando o conteúdo de princípios é definido sem compromisso com a moralidade pública vigente, com base apenas na moral de cada um.

Não há Direito sem coerência. O apego excessivo à moral do intérprete e o desapego na mesma proporção às regras jurídicas vão retirando aos poucos do Direito brasileiro a sua integridade. Sem ela, os tribunais “deitam e rolam”, nos lançando no varejo das decisões judiciais contraditórias, onde juízes atuam como se legisladores fossem.

Halet vs. Luxemburgo: a proteção aos *whistleblowers* a partir do caso *LuxLeaks*

Vladimir Aras*

A corte especial (*Grand Chamber*) do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) firmou em 14 de fevereiro de 2023 um importante precedente para a promoção da integridade e do *rule of law* na atividade corporativa (especialmente de multinacionais) e no desempenho de funções públicas.

No caso *Halet vs. Luxemburgo* (Processo 21884/18), o TEDH decidiu, por maioria de doze votos a cinco, que houve violação do artigo 10 (liberdade de expressão) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), em prejuízo do Sr. Raphaël Halet, que se tornou *whistleblower* em 2012 e acabou condenado pela Justiça criminal luxemburguesa, após a publicação dos documentos em 2014.

Halet era funcionário da empresa de auditoria *PricewaterhouseCoopers* (PwC) e forneceu a um veículo de mídia documentos protegidos por sigilo profissional, entre os quais estavam algumas declarações fiscais de empresas multinacionais obtidas em seu local de trabalho. Tais documentos apontavam a existência de um suposto esquema de isenções tributárias e restituição de impostos devidos por multinacionais. O vazamento, que foi publicado pelo *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ), foi levado ao conhecimento das autoridades luxemburguesas e ficou conhecido como *LuxLeaks*. Na ação penal, Halet foi condenado a 9 meses de prisão, com *sursis*, e a pagar uma multa penal de 1.000 euros e a quantia simbólica de 1 euro como compensação pelo dano moral sofrido pela PwC.

A divulgação de dados feita por Halet colocou na berlinda as práticas tributárias, legítimas ou ilegítimas, de isenção, evasão e elisão fiscal adotadas por grandes corporações multinacionais, em Luxemburgo, com base no regime tributário local, mais favorecido do que o de outros países do continente europeu. As informações por ele passadas contribuíram para o conhecimento dessas estratégias de planejamento fiscal e para o debate público sobre sua manutenção.

Levando isso em conta, o TEDH considerou que o interesse público na divulgação dessas informações compensava, com vantagem, os efeitos negativos decorrentes do vazamento. Em sendo assim, depois de ponderar todos os interesses em jogo e tendo em conta a natureza, a gravidade e o efeito inibidor (*chilling effect*) da condenação criminal imposta a Halet, o Tribunal em Estrasburgo concluiu ter havido uma interferência injustificável na sua liberdade de expressão (art. 10 da CEDH) e, em particular, em sua liberdade de transmitir informações, que compõe o conceito.

* Doutorando em Direito. Mestre em Direito. Membro do Ministério Público Federal. Professor da UFBA e do IDP.

Para a Corte, a condenação não era “necessária em uma sociedade democrática”, nos termos de sua jurisprudência (§ 206 da sentença).

O ponto mais importante do julgado em *Halet* é a fixação de critérios destinados aos operadores do sistema de justiça dos Estados Partes, quanto à identificação de situações que ensejem a proteção de um *whistleblower* (ou *lanceur d’alerte*, como dizem os franceses) contra represálias ou responsabilização civil ou criminal. Na lógica interamericana, poderíamos dizer que tais critérios (*tests*), que abaixo listaremos, servem como parâmetros para o controle de convencionalidade em concreto das práticas estatais.

Os critérios adotados pelo TEDH foram desenvolvidos a partir de sua decisão no caso *Guja vs. Moldávia* (2008) – e em casos anteriores contra a Suíça, em 1998, e o Reino Unido, em 2005 – permitem ao decisor verificar se o divulgador da informação merece as medidas de proteção aplicáveis a *whistleblowers*, em caso de divulgação de informações sigilosas numa relação laboral ou funcional. Em *Guja*, um assessor de imprensa da Procuradoria-Geral da Moldávia entregou ao *Jurnal de Chişinău* duas cartas de autoridades locais que pressionavam membros do Ministério Público moldavo em casos concretos, numa prática clientelista. O Sr. Iacob Guja acabou demitido do serviço público e sua demanda chegou a Estrasburgo, onde foi constatada violação ao art. 10 da CEDH.

Considerando a evolução das normas de proteção a *whistleblowers* desde 2008, a Corte Europeia entendeu por bem “confirmar e consolidar os princípios estabelecidos em sua jurisprudência em relação à proteção de denunciantes, refinando os critérios para sua implementação à luz do contexto europeu e internacional atual” (§ 120 da sentença). O resultado foi o arrolamento de 6 critérios – antes acolhidos no caso *Guja* – (vide o § 114 da sentença) que justificam as medidas de proteção a reportantes de boa-fé. Tais critérios não são hierarquizados e devem ser contextualizados casuisticamente:

(1) *A existência ou não de canais alternativos de denúncia*: segundo o TEDH, para o “efetivo respeito ao direito de transmitir informações de interesse público”, é aceitável o uso de um canal externo de denúncias, inclusive, em sendo o caso, por meio da imprensa, quando não houver vias internas para acionar ou estas forem ineficientes nas circunstâncias. Assim, embora o reportante tenha o dever de dar prioridade aos canais internos de denúncia, pode haver a necessidade de reportar as condutas externamente, desde já, dadas as circunstâncias concretas. (§ 122 da sentença)

(2) *A veracidade e autenticidade das informações divulgadas*: as informações e documentos divulgados devem ser verdadeiros, verídicos, autênticos. Ainda que depois a informação se revele falsa ou incorreta, o reportante terá direito à proteção se comprovar que tomou as medidas necessárias para diligentemente confirmá-la. (§ 127)

(3) *A boa-fé do reportante*: o informante não pode ter agido de má-fé ou com interesse lucrativo ou por outro interesse pessoal ou deliberadamente para prejudicar outrem (§ 128). Também faltará boa-fé se a conduta do reportante for baseada em meros rumores. (§ 130)

(4) *O interesse público quanto às informações divulgadas*: a divulgação deve atender a um interesse público relevante e suas implicações em termos de equidade e justiça, na atividade corporativa ou no serviço público, tendo em conta o contexto local, regional e global, a identificação dos atores e a projeção de seus atos nos planos local e mundial (§§ 132, 142 e 143). As informações divulgadas podem dizer respeito a condutas ilegais ou, embora legais, reprováveis. (§§ 137 e 141)

(5) *Os efeitos prejudiciais da divulgação*: deve-se levar em conta o dano sofrido pela pessoa ou entidade atingida pelo vazamento informacional, quanto aos aspectos financeiros e reputacionais, levando em conta seu alcance e duração no tempo. Deve-se ter em mira também a forma de obtenção da informação e o fato de o informante ter violado ou não deveres funcionais de lealdade ou de sigilo documental, no contexto da atividade da entidade exposta (§§ 145-148).

(6) *A gravidade da sanção aplicada*: informantes podem sofrer diversas formas de represália, que vão de simples sanções disciplinares até a demissão, conjugada ou não com processos civis e penais. Devem ser levadas em conta “a natureza das penalidades impostas e a gravidade de seu efeito cumulativo, em particular seu efeito inibidor sobre a liberdade de expressão do requerente ou de qualquer outro denunciante” (§§ 149, 153 e 154).

A necessidade de proteger *whistleblowers* em um mundo cada vez mais complexo é inegável, sobretudo quando estão em jogo valores substanciais das sociedades contemporâneas, como a defesa do meio ambiente; a saúde pública; a integridade corporativa (sobretudo das sociedades anônimas); a probidade da Administração; a justiça fiscal; as violações a direitos humanos e outros bens jurídicos coletivos e difusos constitucional ou convencionalmente protegidos.

À boa jurisprudência no âmbito do Conselho da Europa – a partir dos casos *Hertel vs. Suíça* (1998), *Steel and Morris vs. Reino Unido* (2005), *Guja vs. Moldávia* (2008) e *Halet vs. Luxemburgo* (2023) – somam-se a Resolução 1729 (2010) e a Resolução 2300 (2019), ambas da Assembleia Parlamentar do COE (PACE), e o novo marco jurídico dos Estados Membros da União Europeia, desde a aprovação em 2019 da Diretiva (UE) 2019/1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. A transposição pelos 27 membros da União deveria ocorrer até 17 de dezembro de 2021.

No Brasil, a legislação de proteção a informantes de boa-fé ainda é recente e lacunosa. A reforma promovida pela Lei nº 13.608/2018 foi um passo importante, mas a base jurídica para essa proteção funcional, o sistema de incentivos e, sobretudo, as imunidades à responsabilização civil e criminal ainda precisam ser: a) aperfeiçoados pelo Poder Legislativo em linha com os avanços europeus; b) difundidos por todo o setor privado e em todos os níveis da Administração Pública e c) devem ser testados em casos concretos que cheguem aos tribunais superiores.



Detalhe da imagem da capa

A painting of a woman in a red dress standing in a room with a stone wall and a wooden door. The text "Observatório Filosófico" is overlaid on the image.

Observatório Filosófico

LE
DU
TA

Breve estudo sobre a filosofia produzida no período de Plotino a Guilherme de Ockham. A importância do pensamento de Agostinho e Tomás de Aquino. Um salto para a Cabala Judaica: *Ein Sof*

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução: o Neoplatonismo. 2. A Patrística e a Escolástica. 3. A navalha de Ockham. 4. Conclusão: o caminho do misticismo judaico. *Ein Sof*.

Resumo

O artigo apresenta um breve estudo sobre a filosofia produzida no período de Plotino a Guilherme de Ockham, enfatizando a relevância dos pensamentos de Agostinho e de Tomás de Aquino sobre a existência de Deus. O conceito de *Ein Sof* na Cabala Judaica.

Abstract

The article presents a brief study focusing on the philosophy created during the period from Plotinus to William of Ockham, emphasizing the importance of Augustine and Thomas Aquinas' thoughts about God's existence. The Ein Sof's concept in the Jewish Kabbalah.

Palavras-chave: Plotino. Guilherme de Ockham. Agostinho. Tomás de Aquino. *Ein Sof*.

Keywords: Plotinus. William of Ockham. Augustine. Thomas Aquinas. *Ein Sof*.

1. Introdução: o Neoplatonismo

O surgimento do *Neoplatonismo*, principalmente com a presença marcante de Plotino, deveu-se, a nosso juízo, à necessidade de o homem ir além da própria razão, na busca de uma explicação maior para toda a existência. E como não poderia deixar de acontecer, a Filosofia acabou se transformando num esboço de Teologia,

* Pós-Graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO.

entrando em cena a meditação, a contemplação, o misticismo, numa tentativa de se dar uma forma mais “concreta” ao mundo das ideias vislumbrado por Platão. O *Uno* é a fonte maior de produção de energia para os outros patamares que seriam o Intelecto e a Alma (hipóstases); e, também, o ponto culminante de uma realidade quase-divina. À medida que essa energia se aproxima da terra, ela vai perdendo a sua potencialidade, já que a matéria é praticamente o seu exaurimento. O homem, no entanto, tem a possibilidade de se conectar, ainda em vida, com esse mundo superior. Entra aí o conceito de consciência como possibilidade de descobrir, no interior de si mesmo, o caminho da conexão com o mundo superior do *Uno*. E a sabedoria reside justamente nessa possibilidade de interiorização. Em suma: o homem pode chegar ao conhecimento de uma realidade superior mergulhando profundamente no seu próprio ser: “*Procurai unir o divino que há em vós com o divino que há no universo*” (verbis).

O professor e filósofo Nicola Abbagnano sintetiza assim o *Neoplatonismo*:

Por isso o Neoplatonismo não tem nada que ver com o Platonismo original e autêntico. É, pelo contrário, uma espécie de escolástica que utiliza o Platonismo, em mistura confusa com elementos doutrinários heterogêneos com o fim de justificar uma atitude religiosa. O facto de Proclo, o representante mais sabedor da escolástica neoplatônica, ter considerado apócrifa a República e as Leis de Platão, que se prestam mal, pelo seu dominante interesse político, a serem utilizadas para os fins de uma apologética religiosa, constitui uma prova evidente da descontinuidade que existe entre o Platonismo e o Neoplatonismo e da impossibilidade de utilizar este último como elemento de compreensão histórica do Platonismo originário. (Abbagnano, 2000: 58)

2. A Patrística e a Escolástica

O estudo da Patrística e da própria Escolástica, ainda que superficialmente, leva-nos a refletir sobre a tentativa daqueles filósofos medievais em conciliar a filosofia com a existência de Deus. As teses apresentadas se baseiam no binómio fé-razão, resumidas no aforismo agostiniano “crer para compreender, compreender para crer”. A razão não consegue atingir uma definição clara de Deus porque relegada ao mundo das ideias, carecendo, assim, de uma conexão concreta com a realidade sensível, palpável. Num exemplo prático, uma estrela longínqua, perdida no fundo do universo, já extinta, mas projetando sua luz até hoje em direção ao planeta Terra, tem a prova de sua existência evidenciada pelo sentido da visão e aprimorada pelo conhecimento racional. No caso de Deus, em virtude da sua “invisibilidade” permanente, só é possível fazer conjecturas sobre a Sua existência, de forma indireta, através de conceitos abstratos e idealizados, buscando-se nas coisas criadas uma causa física maior que possa lhes dar sustentação. Dando-se um salto para os tempos atuais, assumimos que

o pensamento de Plotino, com a ideia do *Uno* e o princípio da emanção, aproxima-se mais do conceito da Divindade como energia permanente e criadora, visão bem mais consentânea com o pensamento do homem contemporâneo possuidor de fé.

Com relação à Patrística, da qual Santo Agostinho foi o grande expoente, trazemos à colação as palavras do Professor Nicola Abbagnano que, a nosso ver, estabelecem os seus contornos doutrinários:

Indica-se com este nome a filosofia cristã dos primeiros séculos. Consiste na elaboração doutrinal das crenças religiosas do cristianismo e na sua defesa contra os ataques dos pagãos e contra as heresias. A P. caracteriza-se pela indistinção entre religião e filosofia. Para os padres da Igreja, a religião cristã é a expressão íntegra e definitiva da verdade que a filosofia grega atingira imperfeita e parcialmente. Com efeito, a Razão (logos) que se fez carne em Cristo e se revelou plenamente aos homens na sua palavra é a mesma que inspirara os filósofos pagãos, que procuraram traduzi-la em suas especulações. (Abbagnano, 2007:868)

Santo Agostinho aperfeiçoa as ideias de Plotino e, pelo exercício da interioridade, conclui que a verdade revelada sobrepuja a verdade racional. No tocante à interioridade, a sua famosa obra *Confissões* é prova irrefutável do apelo à intimidade, à interiorização, como caminho principal para o alcance da verdade. A fé é a grande lâmpada que ilumina a razão. O mundo das ideias, vislumbado por Platão, corresponde, na verdade, ao Verbo Divino. A frase “Compreende para crer, crê para compreender” (*verbis*) traduz, assim, a importância do binômio razão-fé ou fé-razão.

O Professor Maximino Basso fez menção, numa aula ministrada em 2007, na UCB, ao “pensamento angustiante de Santo Agostinho”. Interessante é que a própria história desse grande pensador nos revela essa angústia. Santo Agostinho passou de uma vida pessoal desregrada à denominada “conversão”. E a conversão não se limitou à adoção de uma religião; ela foi mais além, traduzindo-se no ingressar do filósofo no próprio corpo da Igreja, abandonando tudo o que o cercava, inclusive, a família. Penso que o filósofo conseguiu apaziguar essa angústia por meio da fé. Entretanto, a própria fé, se questionada, também conduz à angústia. E a própria vontade de colocar em palavras os fundamentos da fé demonstra uma angústia no sentido de pacificar a inquietude do espírito com algo escrito, proveniente de uma revelação maior, de modo perene. Fato é que o *Neoplatonismo* padecia de um esclarecimento teórico que passou a ser trabalhado por Santo Agostinho. A fé não podia ser algo oco, sem fundamento racional. E a razão, por sua vez, não poderia se tornar clara sem a luz proporcionada pela fé. Como bem assinalado pelo Professor Julián Marías:

O conteúdo da filosofia agostiniana se expressa do modo mais radical nos Solilóquios: *Deum et animam scire cupio. Nihilne plus? Nihil omnino*. Quero saber de Deus e da alma. Nada mais? Nada mais em absoluto. Ou seja, há apenas dois temas na filosofia agostiniana: Deus e a alma. O centro da especulação será Deus, de onde brota seu trabalho metafísico e teológico; por outro lado, Santo Agostinho, o homem da intimidade e da confissão, nos legará a filosofia do espírito; e, por último, a relação desse espírito, que vive no mundo, com Deus o levará à ideia da *civitas Dei*, e com ela à filosofia da história. Estas são as três grandes contribuições de Santo Agostinho à filosofia e a tríplice raiz de seu problema. (Marías, 2004: 126)

O que se pode constatar, ao se examinar, também de forma panorâmica, o pensamento de Santo Tomás de Aquino, é o reaparecimento da filosofia, no seu sentido mais autêntico, com a retomada do sistema aristotélico como base sólida para a sua estruturação. A teologia passou a caminhar ao lado da filosofia, em um alimentar recíproco de conceitos. A Escolástica que “representa o último período do pensamento cristão, que vai do começo do século IX até o fim do século XV” (*verbis*, aula 03), chamando-se a atenção para o fato de que o “*credo ut intelligam* (creio para compreender), de Santo Anselmo, foi o princípio dominante durante todo o período” (*verbis*, aula 03). E discutindo-se o pensamento de Santo Anselmo, no *forum* da disciplina, o ilustre Professor Maximino Basso lançou a seguinte indagação:

Mas por que para Anselmo é uma contradição dizer que Deus não existe? O que você diz sobre a validade do argumento? Boaventura, Duns Escoto e Descartes julgam-no válido; Tomás e Kant, ao contrário, o rejeitam. Qual sua posição? Justifique-a?

Ousamos responder o seguinte: “A perfeição é um atributo, uma qualidade de algo, de um ente. Ela, por si só, constitui-se numa ideia, numa abstração. Essa constatação apriorística da existência de Deus, somente pela razão, parece-me frágil porque o próprio pensamento não tem a capacidade de esclarecer em que consiste essa ‘perfeição’. Ora, vincular-se a ideia de Deus à perfeição seria o mesmo que vincular a ideia de uma deusa à beleza. O que seria a beleza? O fato é que essas qualidades demandam uma definição que não pode ficar restrita ao mundo do pensamento, ao mundo das ideias. É como está dito no enunciado da questão: ‘Partiu da ideia de Deus’ (*verbis*). Uma proposição tipicamente platônica. Nessa linha de raciocínio, dizer que Deus não existe *não é* uma contradição, simplesmente porque a ideia pura não se sustenta. O conceito de perfeição é multifacetado e subjetivo. Por outro lado, ainda que delimitado em termos de conceituação, pode ser aplicado a outros entes também perfeitos. Ora, se Deus é uno, o que o distinguiria de outros entes, também perfeitos, seria apenas um *plus*, um mais. Ou seja, a *essência* de Deus seria a

mesma de outros entes também perfeitos. Está faltando substância nessa assertiva. O que se conhece, universalmente, de Descartes, é o *cogito ergo sum*. Talvez a força que ele atribuiu ao pensamento possa explicar a concordância com Anselmo. Nossa leitura inicial de Santo Tomás, acerca das cinco vias para provar a existência de Deus, conduziu-nos ao seguinte entendimento: é preciso que se observe o mundo, através de suas manifestações, para se buscar, por exemplo, uma ‘causa primeira’. Mas essa causa não é algo abstrato ou idealizado. É algo destacado da própria realidade, como a noção de primeiro motor, por exemplo. A essência reside na substância (Aristóteles) e não na ideia solta, despida de concretude. Acompanhamos, modestamente falando, Santo Tomás” (*verbis*).

No tocante à metafísica, segundo o Professor Julián Marías, “O ser é o *conceïo* mais universal de todos, segundo Santo Tomás, que recolhe o ensino aristotélico.” (*ibidem*: 183) E remata o citado mestre:

Os dois sentidos fundamentais da palavra ser são a essência e a existência; a Escolástica discutira longamente a diferença entre ambas; Santo Tomás afirma a distinção real entre a essência e a existência das criaturas, que são entes contingentes; em contrapartida, em Deus essa distinção não existe; da essência de Deus decorre necessariamente sua existência; é isso que se chama *asseidade*, ser um *ens a se*, e desempenha um papel essencial na demonstração da existência de Deus e em toda a teologia. (*ibidem*: 184)

3. A navalha de Ockham

Finalizando a breve exposição, chega-se ao filósofo Guilherme de Ockham o qual, segundo o Professor Danilo Marcondes, situa-se no período conhecido como o de “dissolução da síntese da escolástica” (*verbis*). Isso porque: “a partir desse momento o modelo característico da escolástica, a integração entre as verdades da razão, campo da filosofia, e as verdades da fé, campo da teologia, em um sistema unificado, racional e logicamente construído, começa a enfrentar dificuldades”. (Marcondes, 2006: 132/133)

O princípio filosófico conhecido como *navalha de Ockham* surgiu como uma espécie de reação à complexidade da filosofia medieval praticada até então. Para o Professor André Comte-Sponville, a *navalha de Ockham* é “um instrumento de higiene intelectual, ao mesmo tempo uma arma contra o platonismo”. (Comte-Sponville, 2003:411) À guisa de exemplificação, indagaríamos se a questão da existência de Deus poderia ser trabalhada por meio de um “atalho”, ou seja, de um caminho mais econômico do que as cinco vias formuladas pelo Tomismo. Consoante afirmado no texto da *aula 03*:

Ele (Guilherme de Ockham) é famoso, por aquilo que se costuma denominar navalha de Okcham ou princípio de economia, que pode ser assim formulado: não se deve multiplicar entes sem necessidade. Distinções, entidades, complicações devem ser evitadas, só manter as estritamente necessárias para explicar os fatos.⁶ No âmbito filosófico, considera que apenas devem aceitar-se a) as entidades das quais temos um conhecimento intuitivo e b) as realidades cuja existência se deduza necessariamente do que conhecemos de modo intuitivo (*verbis*).

4. Conclusão: o caminho do misticismo judaico. *Ein Sof*

A discussão “teológico-filosófica” da existência de Deus acaba nos deixando num estado de perplexidade, gerado principalmente pela dúvida. Aliás, a dúvida, nessa temática específica, é inevitável. Na verdade, estamos diante de um “grande mistério”, expressão utilizada por indígenas até os dias de hoje. E com razão. É um “grande mistério”, sim, que não será decifrado pelos textos filosóficos ou teológicos. A razão humana ainda não atingiu um grau de consciência elevado que possa captar essa misteriosa e enigmática figura de um Deus que se funde com a eternidade e que nos surpreende, a todo momento, com espetáculos fantásticos de criatividade perene, como acontece, por exemplo, quando contemplamos o universo com suas estrelas, galáxias e planetas. E mesmo um pequeno botão de flor, surgindo do nada, já é motivo para contemplação. Enfim, a criação de tudo o que nos rodeia está sempre nos surpreendendo e incitando nossas mentes no sentido de uma explicação: quem criou isso tudo? De onde viemos e para onde vamos?

Buscando uma espécie de apaziguamento mental acerca dessa complexa questão, visitamos a Cabala Judaica, e pareceu-nos que a noção de *Ein Sof*, cunhada pela primeira vez pelo cabalista Isaac, o Cego, no longínquo século XII, cria na mente uma situação menos tormentosa do que a que se costuma vislumbrar nos textos filosóficos. Nesse ponto, vale a pena destacar que a Cabala faz parte do “misticismo judaico” trazendo, no seu âmago, fortes vestígios teológicos. Destacamos, no entanto, a ênfase que é dada aos níveis de consciência, destituindo o pensamento de seu papel de personagem central no processo de desvelamento do “grande mistério”.

Segundo o Rabino David A. Cooper:

Ein Sof precede o pensamento. O Nada é visto como um nível de consciência primordial que é o resultado da “aniquilação do pensamento”.

E, mais adiante, o Rabino assinala:

Apesar de termos informação de que Ein Sof é inacessível por qualquer meio intelectual, podemos ainda nos perguntar se existe um “saber” que transcende o intelecto. Será que Isaac, o Cego, tinha acesso a um nível de consciência primordial por meio do qual poderia, de algum modo, intuir o imperceptível?

A resposta é afirmativa. O misticismo da tradição judaica nos ensina que podemos conhecer Ein Sof por caminhos que transcendem o pensamento. Este aspecto do desenvolvimento de uma relação com o Sem-fim, a fonte da criação, é a chave para a toda a Cabala e o elemento vital de toda a prática judaica. A instrução secreta para o desenvolvimento desta relação com o Incognoscível está oculta nos fundamentos místicos da própria natureza desse relacionamento.

A palavra “Deus” e cada um de Seus vários nomes dentro da tradição judaica, tais como El, Eloim, Adonai, Shadai etc., representam aspectos de Ein Sof. Portanto, sempre que tratarmos de Deus neste livro, não estaremos falando de uma coisa em si, mas da representação de um mistério muito mais profundo. (Cooper, 2006: 67/68)

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Volume 2. Tradução do italiano para o português: Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa. 5ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

_____. *Dicionário de Filosofia*. 1ª edição. Tradução para o português: Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

COOPER, David A. *A Cabala e a prática do Misticismo Judaico*. God is a Verb. Tradução para o português de Cecile Stark Mayer. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2006.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

OBSERVAÇÃO: Foram colacionados, no presente trabalho, excertos de aulas proferidas pelo Professor Maximino Basso, da UCB, ministradas no Curso de pós-graduação em Filosofia, “*O modo de conceber e fazer filosofia de alguns pensadores medievais*”. Ano de 2007.

Ceticismo externo e verdade moral: entre Arquimedes e Pickwick

External skepticism and moral truth: between Archimedes and Pickwick

Daniilo Elias Pereira*

Sumário

1. Introdução. 2. Smith e o ceticismo externo arquimediano. 3. Dworkin e a oposição ao ceticismo externo. 4. O ceticismo arquimediano como posição moral: uma tese *pickwickiana*? 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa a tese apresentada por Ronald Dworkin, no livro *Justice for Hedgehogs*, sobre a impossibilidade de existir um ceticismo moral externo genuíno, bem como as principais críticas que a ela foram endereçadas por Michael Smith, no ensaio *Dworkin on External Skepticism*. Inicialmente, detalharei as duas principais críticas de Smith contra a versão inicial da tese de Dworkin de que qualquer tipo de ceticismo moral deve ser necessariamente interno à própria moralidade. Em seguida, exporei os argumentos e as réplicas mais importantes de Dworkin contra os defensores do ceticismo externo, sobretudo Smith. Por fim, apresentarei contra-argumentos às críticas de Smith e sustentarei o acerto da tese de Dworkin. O texto será encerrado com a síntese conclusiva da posição defendida neste ensaio.

Abstract

The present article analyses a thesis presented by Ronald Dworkin, in Justice for Hedgehogs, about not being possible the existence of a genuine external moral skepticism, and the main critics to that thesis that was sustained by Michael Smith, in Dworkin on External Skepticism. First, I will detail Smith's two main critics against the initial version of Dworkin's thesis, to which any kind of moral skepticism must be necessarily internal to morality. Then, I will present Dworkin's most important claims and responses against external skeptics, specially Smith. Finally, I shall present objections to Smith's critics and defend Dworkin's thesis as correct. At the end of the text, there will be a conclusive synthesis of the view defended in this essay.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Aluno Especial do Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. Michael Smith. Ceticismo externo. Moral. Verdade.

Keywords: Ronald Dworkin. Michael Smith. External Skepticism. Moral. Truth.

1. Introdução

O presente artigo contempla a análise da tese de Ronald Dworkin sobre a impossibilidade de existir um ceticismo moral externo genuíno, a qual é apresentada no livro *Justice for Hedgehogs*, e das duas principais críticas a essa concepção teórica que foram formuladas por Michael Smith, no ensaio *Dworkin on External Skepticism*.

Na citada obra, Dworkin desenvolve sua teoria da independência dos valores morais. Por meio dela, busca demonstrar que valores morais são verdadeiros e dotados de objetividade. Logo, ao contrário das visões que pretendem reputá-los inexistentes ou meramente subjetivos, os valores morais, segundo Dworkin, existem e exercem função decisiva nos aspectos mais diversos da vida em sociedade, inclusive naqueles que envolvem a institucionalidade política e a utilização do aparato coercitivo estatal.

Assim como outros temas tratados em *Justice for Hedgehogs*, a teoria da independência e objetividade dos valores morais sempre esteve presente no pensamento de Dworkin, com maior ou menor intensidade e explicitude, desde a sua primeira coletânea de artigos, publicados na obra *Taking Rights Seriously*, em 1977. Por isso, Dworkin afirma que uma parte de sua argumentação, em *Justice for Hedgehogs*, não é inovadora em seu conteúdo, e sim na forma como entendida e exposta. Na expressão por ele utilizada, trata-se de “vinhos velhos” em “novas garrafas”.¹

Assim, parcela do esforço argumentativo de Dworkin, para demonstração da correção de sua teoria, envolve uma espécie de “acerto de contas” que ele faz com diversos teóricos com quem manteve interlocuções ao longo dos anos, a fim de rebater as críticas por eles apresentadas, no sentido da suposta inexistência de valores morais independentes, objetivos e verdadeiros.

Em especial, Dworkin engaja-se na refutação do ceticismo externo, elencando-o como o principal adversário teórico a ser enfrentado na primeira parte do livro.² Para Dworkin, o ceticismo externo pode ser dividido em duas categorias: o ceticismo do erro, segundo o qual todo e qualquer juízo moral é falso, e o ceticismo do *status*, que trata asserções sobre a moralidade como atividades não descritivas da realidade, e sim

¹ “There is a good deal of new wine in what follows. But there is old wine as well, and then the point, as I said much earlier, is its new bottles.” (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 328)

² “These are the main conclusions of the first part of the book. I do not reject moral or ethical skepticism here: those are the subject of later parts. But I do reject Archimedean skepticism: skepticism that denies any basis for itself in morality or ethics.” (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 25)

expressivas de algum outro tipo de ação humana e desprovidas de caráter descritivo (como tossir ou exibir emoções).

Independentemente de suas subdivisões, Dworkin entende que o ceticismo externo é incorreto, pois pretende se colocar acima da moralidade e fazer juízos a seu respeito enquanto se posiciona fora da moral e dentro de um suposto domínio metafísico, motivo pelo qual também o denomina de ceticismo arquimediano. Assim, a partir da argumentação desenvolvida na primeira parte da obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin conclui que todo e qualquer tipo de ceticismo moral deve ser necessariamente interno à própria moralidade:

The most significant and most central theme of Dworkin's work is his rejection of all attempts to address questions in moral, legal, or political philosophy from a standpoint outside of our ordinary ways of thinking about them. He thus refuses to engage in what is sometimes taken to be the defining project of philosophy, that is, the project of finding an "Archimedean point" outside of our ordinary ways of thinking about things, a point that will give us some special purchase on the questions that we find most difficult to address.³

A versão inicial dessa tese foi objeto de crítica por vários teóricos, a exemplo de Smith, que, no ensaio *Dworkin on External Skepticism*, pretendeu provar a insuficiência dos argumentos de Dworkin contra o ceticismo externo. Posteriormente, na edição que veio a ser publicada do livro *Justice for Hedgehogs*, Dworkin apresentou seus argumentos finais contra o ceticismo externo e as réplicas aos seus diversos opositores, especialmente Smith.

Nesse contexto, tendo como referência esse debate central sobre o ceticismo externo, o presente artigo será desenvolvido da seguinte forma: inicialmente, detalharei as duas principais críticas de Smith contra a versão inicial da tese de Dworkin de que qualquer tipo de ceticismo moral deve ser necessariamente interno à própria moralidade; em seguida, exporei os argumentos finais e as réplicas mais importantes de Dworkin contra os defensores do ceticismo externo, sobretudo Smith; por fim, apresentarei contra-argumentos às críticas de Smith e sustentarei o acerto da tese de Dworkin. O texto será encerrado com a síntese conclusiva da posição defendida neste ensaio.

³ RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 5.

2. Smith e o ceticismo externo arquimediano

Em seu ensaio, Smith tem como foco de crítica dois importantes argumentos de Dworkin contra o ceticismo externo. O primeiro deles consiste na alegação de que, como os juízos filosóficos acerca de juízos morais também se inserem no domínio da moral, o ceticismo externo ser correto implicaria a existência de alguma verdade no âmbito da moralidade, ainda que o conteúdo dela significasse a falsidade de todos os outros juízos morais. O segundo deles consiste na alegação de que existe uma verdade objetiva no campo da moralidade, a qual possui uma forma específica de verificação que, a despeito de sua singularidade, permite a formulação de juízos tão verdadeiros quanto aqueles formulados no domínio científico.

O contra-argumento de Smith à primeira alegação é mais concretamente voltado para a defesa do ceticismo externo do erro, porém se contrapõe às proposições que Dworkin apresenta para refutar o ceticismo externo como posição filosófica em sua integralidade.

Smith sustenta que o argumento de Dworkin decorre do fato de ele não ter a adequada compreensão do que seria realmente a tese do ceticismo externo do erro, o que o teria levado a concluir pela impossibilidade de essa posição existir sem que esteja comprometida com alguma ideia de verdade moral. Segundo Smith, Dworkin enxergaria o cético externo do erro como quem rejeita a verdade sobre certa conduta ser moralmente obrigatória ou proibida, o que invariavelmente o colocaria na posição de quem defenderia a permissibilidade da conduta em questão.

No entanto, segundo Smith, o apropriado entendimento da visão do cético externo do erro seria a de que ele também recusa o juízo de verdade ou falsidade sobre a permissibilidade da conduta. Logo, a sua posição não estaria comprometida com a prévia existência de uma verdade objetiva no domínio da moralidade:

External error skeptics, however, should reply to this argument by stating that Dworkin mischaracterizes their view. As I understand their view, external error skeptics hold for instance, that instituting a policy of affirmative action is not obligatory, is not forbidden, and – and this is the crucial extra thing that Dworkin does not grant in characterizing their view – that such a policy is not permissible either. Moreover, there is a very natural way to understand what external error skeptics have in mind in holding this view: that no matter what moral claim we make about affirmative action, the truth of that claim presupposes the truth of something that is in fact false.⁴

Para Smith, o ceticismo externo do erro deve ser entendido como uma visão para a qual os conceitos morais ordinários seriam dotados de uma incoerência não

⁴ SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. *Boston University Law Review*. Vol. 90. n. 2. 2010. p. 512.

óbvia, porque as pessoas estariam normalmente comprometidas com uma série de crenças morais que, por conflitarem ou serem incompatíveis entre si, não poderiam ser verdadeiras em conjunto.

Nesse caso, para Smith, o reconhecimento dessa impossibilidade de verdade, por força de alguma incoerência não óbvia, independeria da pressuposição de que essa afirmação de inexistência de verdade também é um juízo moral, pois ela se utilizaria, para sustentar sua conclusão, apenas das inconsistências lógicas que obstarium a identificação de uma verdade objetiva no campo da moralidade.

Para ilustrar seu argumento, Smith usa o exemplo da ideia comum de que existiria um deus onisciente e onipotente. Para criticar e afirmar que um deus assim não poderia existir, Smith defende que um cético poderia fazer uma análise conceitual para mostrar que um ser onipotente teria de ser capaz de criar uma pedra com qualquer propriedade, o que incluiria a de ser inamovível até mesmo pela própria entidade divina, porém, ao mesmo tempo, de ser capaz de fazer qualquer coisa, inclusive levantar uma pedra com tal especificidade. Segundo Smith, a demonstração dessa incoerência não óbvia não colocaria o cético em posição onde estivesse invariavelmente atrelado à ideia de divindades existirem.

Com efeito, o cético externo do erro, ao mostrar as inconsistências da tese da existência de verdade no campo moral, igualmente não precisaria se comprometer com algum tipo de verdade nesse específico domínio.

Por isso, Smith sustenta que entender a correção moral como um conceito relativo a um aspecto objetivamente prescritivo de ações humanas (isto é, como algo que pode ser atribuído, mas não que possa ser descrito como se existisse na realidade objetiva), ou que há incoerência na visão que defende a verdade moral, não se trataria, em si, de um juízo moral. Para Smith, é possível formular teses filosóficas acerca da inexistência da verdade moral, sem que aludidas proposições sejam visualizadas como também de natureza moral. Assim, a posição cética a respeito da verdade moral poderia ser vista como realmente externa à moralidade:

External error skepticism is better characterized as the view that our ordinary moral concepts contain a non-obvious incoherence. So understood, the arguments for external error skepticism evidently do not presuppose the truth of any moral claim.⁵

Por sua vez, o contra-argumento de Smith à segunda alegação é mais concretamente relacionado à defesa do ceticismo externo do *status*, mas também se contrapõe às proposições de que Dworkin se utiliza para a refutação integral do ceticismo externo como posição filosófica.

⁵ SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. *Boston University Law Review*. Vol. 90. n. 2. 2010. p. 516.

Smith propugna que o entendimento atual e mais apropriado do ceticismo externo do *status* não seria a defesa da impossibilidade de juízos morais poderem ser verdadeiros, e sim a ideia de que essa verdade seria própria da moralidade, distinguindo-se daquela relativa a aspectos não morais (ou fatos do mundo). Então, em vez de diferenças apenas no modo de verificação da verdade ou falsidade de juízos morais e de juízos científicos, o cético do *status* entende haver distinção na própria concepção de verdade aplicável a esses domínios da experiência humana.

Segundo Smith, o cético externo do *status* defende que juízos morais seriam expressões de crenças constituídas por estados psicológicos (atitudes ou desejos) a respeito de aspectos não morais (fatos do mundo). Nesse contexto, o cético externo do *status* conseguiria afirmar, sem entrar em contradição, que um juízo moral pode ser verdadeiro, se a verdade for entendida como de um tipo especial, consistente no estado psicológico que os indivíduos apresentam perante certos fatos.

Assim, o cético externo do *status* poderia afirmar que determinado juízo moral por ele concebido é verdadeiro (porque traduziria a expressão de uma crença constituída por um estado psicológico por ele apresentado acerca de algum fato do mundo) e, ao mesmo tempo, rejeitar a possibilidade de esse mesmo juízo moral ser objetivamente verdadeiro, isto é, de a sua veracidade ser independente de qualquer atitude ou estado psicológico de qualquer pessoa. Por exemplo, o cético externo do *status* poderia alegar ser verdade que “mentir é errado”, na medida em que isso correspondesse a um estado psicológico por ele apresentado em relação a certo fato do mundo, mas, de maneira concomitante, poderia rejeitar a ideia de que mentir seria objetivamente errado:

To put the point another way, external status skeptics believe that the truths we express when we express our moral beliefs are in an important sense truths of a different kind from the truths that we express when we express our non-moral beliefs. Nothing Dworkin says counts against the possibility of external status skepticism, so understood.⁶

A partir dessas duas principais críticas, Smith entende que, apesar de não ser excluída *a priori* a possibilidade de a insustentabilidade do ceticismo externo ser provada de alguma forma, os argumentos apresentados por Dworkin, em *Justice for Hedgehogs*, seriam insuficientes para refutar essa posição filosófica por completo.⁷

⁶ SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. *Boston University Law Review*. Vol. 90, n. 2. 2010. p. 519-520.

⁷ “Of course, these two kinds of external skepticism might still be untenable despite all that. However, proving that they are untenable will require arguments of a very different kind from those on offer in the early parts of *Justice for Hedgehogs*.” (SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. *Boston University Law Review*. Vol. 90, n. 2. 2010. p. 511)

3. Dworkin e a oposição ao ceticismo externo

Apesar das suas subdivisões, o ceticismo externo, enquanto visão filosófica, é refutado por Dworkin por meio da tese central de que qualquer concepção que se pretenda cética a respeito da verdade moral apenas pode existir dentro da própria moralidade.⁸

Para demonstrar o acerto de sua tese perante a de seus opositores, especialmente Smith, Dworkin apresenta cinco argumentos principais no interior do capítulo dedicado à refutação do ceticismo externo.⁹

O primeiro argumento, que alicerça várias outras teses defendidas no decorrer da obra, consiste no princípio de Hume, de acordo com o qual não há como se derivar um dever-ser de um ser. No campo da moralidade, a aplicação desse princípio implica duas importantes consequências que conferem suporte à tese de Dworkin: de um lado, não há como se deduzirem valores morais (relativos ao domínio do dever-ser) de fatos do mundo (inerentes ao domínio do ser); de outro lado, não há como se refutar um juízo moral com argumentos situados fora da moralidade.

Seguindo o princípio de Hume, o segundo argumento consiste em afirmar que, se juízos morais são inerentes ao campo moral do dever-ser, então juízos filosóficos a seu respeito também estão situados dentro do mesmo domínio. Em outros dizeres, um argumento filosófico acerca da possibilidade de verdade ou falsidade de juízos morais é igualmente, em si mesmo, um juízo moral.

Com base nas proposições anteriores, o terceiro argumento consiste em apontar para a contradição lógica do ceticismo externo. Se juízos filosóficos sobre juízos morais também integram o domínio da moralidade e o cético externo defende que sua posição é verdadeira, então ele próprio está sustentando a existência de alguma verdade no âmbito da moral, ainda que o seu conteúdo propugne a falsidade de todas as demais afirmações feitas nesse campo do pensamento humano. Afinal, mesmo que só seja verdadeira a assertiva de que todos os outros juízos morais são falsos, a veracidade dessa única proposição já excluiria a possibilidade de o ceticismo externo subsistir.

Em conexão com as outras sustentações, o quarto argumento consiste em evidenciar que, como valores morais não derivam diretamente da realidade fática, o fato de existir dissenso em algumas questões morais não pode resultar na automática conclusão de que inexistiria verdade no domínio da moralidade. Nesse ponto, Dworkin ressalta que a existência de dissensos morais é superestimada, pois a convergência das pessoas em questões morais é muito maior ao longo da história. Para comprovar a sua proposição, Dworkin utiliza com frequência a tortura de bebês por mero divertimento como exemplo de como ninguém genuinamente visualizaria essa conduta como

⁸ "I reject the idea of an external, meta-ethical inspection of moral truth. I insist that any sensible moral skepticism must be internal to morality." (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 25)

⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 40-68.

algo moralmente bom, o que já serviria para ilustrar que o campo da moral não é só formado de dissensos e que, em seu interior, existem juízos morais verdadeiros.

O quinto argumento principal invocado por Dworkin, para refutar o ceticismo externo, consiste em demonstrar que a verdade, no domínio da moralidade, não é verificada da mesma forma que as proposições científicas, pois estas se referem ao mundo do ser (fatos), então podem se basear em critérios de correspondência entre as afirmações científicas e a realidade empírica (ainda que também haja falhas nesse tipo de verificação). No caso dos juízos morais, a sua veracidade é aferida pela única forma admissível no âmbito do dever-ser, qual seja, por meio da melhor argumentação possível que pode ser feita a respeito de certa questão moral, o que é alcançado a partir da teoria da interpretação desenvolvida por Dworkin na segunda parte da obra.

A par desses cinco argumentos principais, Dworkin ainda formula uma réplica ao ensaio de Smith, a fim de apontar o equívoco do que chamou de “estratégia do jogo duplo” (“*two-games strategy*”), consistente na alegação de que o cético externo do *status* poderia engajar-se em dois jogos de linguagem diferentes, onde poderia defender a verdade objetiva dos juízos morais em um deles (“jogo da vida comum”) e, concomitantemente, rejeitá-la no outro (“jogo da filosofia”).

Dworkin aduz que não há como, por exemplo, alguém afirmar que “trair é errado” e, ao mesmo tempo, que esse juízo moral não é objetivamente verdadeiro (mas apenas uma projeção de uma atitude ou desejo), diante da inconsistência entre essas duas afirmações. Afinal, isso levaria à conclusão de que nem o próprio ceticismo externo de *status* poderia ser visto como algo além da projeção de um estado psicológico e, por isso, seria incapaz de ser objetivamente verdadeiro. Logo, o cético externo precisaria optar entre uma dessas alegações. Caso escolhesse a primeira, então romperia com o ceticismo, ao defender que há alguma verdade (ou seja, que “trair é errado”).

Por outro lado, se insistir que os juízos morais somente são verdadeiros na acepção de meras projeções de estados psicológicos (isto é, não são objetivamente verdadeiros), então na realidade se tornaria um cético interno, ao oferecer uma qualificação da natureza dos juízos morais em detrimento de outras possíveis, sendo essa disputa apenas suscetível de ocorrer dentro da própria moralidade:

So though an external status skeptic might accept that “Cheating is wrong” is true, he might deny that its truth consists in the moral state of affairs of cheating being wrong. He might insist instead that its truth consists in some psychological state of affairs – of particular people having particular attitudes or desires. However, that would not help him out of the predicament I describe. He wants to be able to agree with anything substantive that a nonskeptic can say; he wants to be able to say, for instance, that the wrongness of cheating is a basic moral fact whose truth in no way depends on people’s attitudes. If he denied that very popular judgment, he would plainly be taking up a substantive moral position. His skepticism would be internal. So he wants to be

*able to deny that the wrongness of cheating consists in a psychological state when he is playing the game of substantive morality, but assert it, saying that true moral beliefs are indeed constituted by attitudes, when he plays a distinct, philosophical, second-level game. But, as I argue in the text, he cannot do that unless he can restate the propositions in one of the two games or the other so as to make them consistent. He cannot do that, so he must choose between the two propositions. He must finally decide whether the truth of cheating being wrong is constituted just by attitudes, in which case his skepticism is internal, or whether it is constituted by the wrongness of cheating, in which case he is not a skeptic at all.*¹⁰

Com esses argumentos principais – e outros que desenvolve no capítulo destinado ao ceticismo externo –, Dworkin conclui defendendo que essa visão teórica deveria desaparecer do cenário filosófico, porquanto suas observações seriam distrações sem sentido que atrapalhariam o enfrentamento dos verdadeiros desafios a serem superados nos domínios da moral e da ética.¹¹

4. O ceticismo arquimediano como posição moral: uma tese *pickwickiana*?

Ao afirmar que qualquer ceticismo acerca da moralidade é, em si mesmo, uma posição moral, Dworkin diz que sua tese poderia soar *Pickwickiana*,¹² em alusão à obra *The Posthumous Papers of the Pickwick Club*, escrita por Charles Dickens, em 1836. Embora sem explicitar qual a sua verdadeira pretensão ao fazer essa referência, Dworkin sugere aludir à sátira que o livro faz das aventuras que seus vários personagens, liderados pelo protagonista (*Sr. Pickwick*), percorrem na busca pela verdade científica, a fim de ilustrar que a sua defesa da independência e objetividade dos valores morais poderia parecer, à primeira vista, meramente idealista.

Entretanto, a sólida argumentação desenvolvida por Dworkin, em *Justice for Hedgehogs*, comprova que o ceticismo externo não pode subsistir da forma como pretende se situar, isto é, em suposto ponto arquimediano de onde poderia emitir juízos sobre a moral, mas sem integrá-la.

Na primeira crítica principal a Dworkin, Smith atribui-lhe o equívoco de não compreender adequadamente o cético externo do erro, que não se comprometeria com a veracidade ou falsidade de qualquer juízo moral passível de ser formulado, ainda que por exclusão. Todavia, na tentativa de refutar os argumentos de Dworkin, Smith incorre em contradições e incorreções que enfraquecem a sua defesa do ceticismo externo.

¹⁰ (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 432).

¹¹ “External skepticism should disappear from the philosophical landscape. We should not regret its disappearance. We have enough to worry about without it.” (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 68)

¹² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 40.

Ao sustentar a possibilidade de o cético não afirmar a verdade ou falsidade sobre certa conduta ser moralmente obrigatória, permitida ou proibida, Smith ignora as decorrências lógicas das respostas que o ceticismo externo pode dar a questões morais. Por exemplo, caso fosse perguntado sobre mentir ser algo moralmente errado ou não, independentemente de eventuais atitudes ou desejos dos indivíduos em geral, o cético somente poderia responder de duas formas.¹³

Se responder que mentir não é algo moralmente errado, invariavelmente o cético acaba assumindo uma posição moral sobre esse tipo de conduta, ao entender que ela não estaria sujeita a qualquer tipo de reprovação moral, de modo a igualmente romper com o ceticismo externo. Em contrapartida, se responder que não tem como afirmar se mentir é algo moralmente errado ou não, o cético se mostra em estado de incerteza, do qual jamais poderia derivar a automática conclusão quanto à inexistência de verdade moral objetiva, sob pena de violação do princípio de Hume. O fato de o cético não saber se algo é certo ou errado não pode resultar em conclusão relativa ao âmbito do dever-ser, isto é, acerca da inexistência de obrigatoriedade ou reprovabilidade de certa conduta.

O argumento da incoerência não óbvia dos juízos morais igualmente não se mostra convincente. Para concluir que os juízos morais não podem ser verdadeiros em sua totalidade, pois sempre entrariam em alguma contradição entre si, o cético pressupõe que, para a verdade moral existir, seria imprescindível que houvesse juízos morais integralmente coerentes, o que, por si só, já consiste em uma afirmação inerente ao campo moral, isto é, relativa aos requisitos necessários à constituição da verdade nesse domínio. Então, o princípio de Hume novamente se aplica para demonstrar que não há como alegações dessa natureza serem realizadas fora da moralidade.¹⁴

Outrossim, a “estratégia do jogo duplo” do cético externo do *status*, replicada por Smith como segunda principal crítica a Dworkin, nada mais é do que uma construção teórica que visa a conferir alibi retórico reconfortante àqueles que querem ter, nesse suposto “jogo da vida comum”, a faculdade de defender a correção de juízos morais, porém que igualmente desejam preservar a possibilidade de criticar a tese da objetividade dos valores morais, no instante em que se engajam nesse alternativo “jogo da filosofia”. Entretanto, esse recurso não descreve adequadamente como a gramática da moral ordinariamente funciona no jogo de linguagem em que ela está inserida.

Quando falam da verdade no âmbito da moralidade, as pessoas não buscam expressar a visão de certa crença cuja veracidade só sustentam quando engajadas no “jogo da vida comum”, mas que estão dispostas a recusar ao se voltarem para o “jogo

¹³ Desde logo, é excluída a resposta “sim” a essas perguntas, a qual implicaria o rompimento com o próprio ceticismo externo, ao se reconhecer a existência de algo verdadeiramente certo ou errado no domínio da moralidade.

¹⁴ “Dworkin claims that there is no threatening skeptical position against the objectivity of value. Either such skepticism is contradictory, or it is merely a roundabout way of making a moral judgment. However, he is keen to point out that there is a genuinely skeptical position that does not threaten the objectivity of value, because it derives from value itself.” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press. 2013. p. 136)

da filosofia". Quando afirmam que algo é errado, costumam argumentar que isso é objetivamente verdadeiro, e não apenas uma visão de certo tipo de "personagem" que podem assumir (o "indivíduo comum"), para, depois, através de outro "personagem" (o "filósofo"), analisarem a mesma crença de um ponto de vista supostamente externo e metafísico, com o fim de rejeitar a existência dessa verdade objetiva. Essa dualidade de posições não faz parte do jogo ordinário da linguagem moral e, portanto, é uma descrição incorreta de como a moralidade funciona na realidade.

Ademais, o cético externo do *status* incorre na mesma contradição do cético externo do erro, ao sustentar que inexistiria verdade objetiva no âmbito moral, apenas expressões de estados psicológicos. A disputa sobre a natureza dos juízos morais dá-se dentro da própria moralidade, pois há igualmente alegações nesse domínio em sentido contrário a essa hipótese. Por isso, se o cético externo do *status* estiver correto, então existe uma verdade dentro da moral, isto é, de que juízos morais têm a natureza de expressões de atitudes ou desejos internos dos sujeitos. Novamente, o princípio de Hume evidencia que não há como fazer afirmações acerca da moral de um ponto de vista neutro e externo à moralidade.

Por fim, o cético externo do *status*, na forma como apresentado por Smith, equivooca-se ao defender a existência de uma concepção diferente de verdade no domínio da moralidade em relação àquela adotada no campo científico (e não apenas uma forma distinta de verificação). As falhas e evoluções constatadas ao longo de toda a história humana não têm obstado que o conceito de verdade objetiva continue sendo utilizado na ciência como algo que existe independentemente da perspectiva subjetiva dos indivíduos. Assim, a correspondência com o mundo dos fatos é um método de verificação da veracidade da proposição científica, e não propriamente aquilo que define o conceito de verdade.

Essa conjuntura mostra igualmente inexistirem óbices ao reconhecimento da existência de verdade no domínio da moralidade, que, em virtude de ser um departamento independente e específico da experiência humana, é dotado do próprio meio de verificação da veracidade dos juízos que podem ser formulados acerca de questões morais, consistente na melhor argumentação que pode ser feita a seu respeito. Nesse contexto, a existência do ceticismo externo já serve, de maneira contraintuitiva, como argumento a favor da tese da verdade moral objetiva, porque inarredavelmente depende dela para que possa existir como corrente filosófica.¹⁵

¹⁵ "For even archimedean need some place to stand, as their progenitor conceded. They must assume that some of what they think (at an absolute minimum, their beliefs about good reasoning) are not just their own or their culture's invention but are true or valid-indeed "objectively" so. Otherwise they could only present their views as "subjective" displays in which we need take nothing but a biographical interest. Skepticism, in the sense of disbelief, must be built up from belief of some kind." (DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophic and Public Affairs*. Vol. 25. Hoboken: 1996. p. 89)

5. Conclusão

Ao confrontar a tese de Dworkin contra o ceticismo externo, Smith faz referência a dois componentes dessa visão filosófica que permitiriam considerá-la ainda como válida: o argumento da incoerência não óbvia e a “estratégia do jogo duplo” (atrelada a uma concepção de verdade no domínio moral distinta do campo científico). Todavia, as críticas de Smith não comprovam a presença de equívocos nas proposições de Dworkin.

O argumento da incoerência não óbvia é anulado pelo princípio de Hume, porque o cético externo parte do pressuposto de que, para que a verdade moral existisse, seria imprescindível que houvesse juízos morais integralmente coerentes, o que, por si só, já consiste em uma afirmação inerente ao campo moral. Nesse caso, se o cético externo estiver correto, há alguma verdade na moralidade (isto é, de que os requisitos de constituição da verdade moral compreendem a coerência integral dos juízos morais), o que implica o concomitante colapso do próprio ceticismo externo.

A “estratégia do jogo duplo” falha por consistir apenas em alibi retórico para que o cético se sinta menos constrangido em se engajar na defesa de certos valores morais no debate ordinário, sem comprometer a possibilidade de, no âmbito filosófico, recusar a existência de verdade objetiva no domínio da moralidade. Portanto, não se trata de construção teórica capaz de descrever como funciona o jogo de linguagem no qual a moral está inserida, o que evidencia a sua incorreção.

Desta feita, a conclusão a ser alcançada possui conteúdo justamente oposto ao daquela inicialmente proposta por Smith: não se exclui *a priori* a possibilidade de a tese de Dworkin contra o ceticismo externo ser refutada em algum momento, porém os argumentos críticos de Smith são insuficientes para superá-la.

Referências bibliográficas

- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophic and Public Affairs*. Vol. 25. Hoboken: 1996.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press. 2013.
- RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. *Boston University Law Review*. Vol. 90. n. 2. 2010.



Detalhe da imagem da capa

The background of the page is a painting in a warm, reddish-pink color palette. It depicts a person lying in a coffin, covered by a white shroud. The person's hands are clasped in prayer. To the left, another person is kneeling in prayer, their head bowed. The scene is set in a simple, possibly stone or wood, structure. The overall mood is solemn and religious.

Peças Processuais

Peças

• • •

AGRAVO DE INSTRUMENTO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

15ª Promotoria de Justiça de Uberaba

Curadoria do Patrimônio Público e Tutela das Fundações

Agravo de Instrumento nº: 1.0000.22.265494-9/001

2ª Câmara Cível do TJMG

Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Agravados: Jorge Marcos de Paula, Eli Aparecida Martins, João Batista Xavier, Graciela Souza Melo Silva, Moisés Nunes da Silva, Valdemar Hial (já falecido) e Maria Thereza Rodrigues Cunha

**Excelentíssima Senhora Desembargadora
Relatora Doutora Maria Inês Sousa,**

Nos autos do presente Agravo de Instrumento com Pedido Liminar de Antecipação dos Efeitos da Tutela Recursal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio do Promotor de Justiça infra-assinado, autor do presente recurso proposto em desfavor Jorge Marcos de Paula e outros, com fulcro no § 4º do artigo 1.024¹ do CPC, vem à presença de V. Excelência, expor e requerer o que se segue:

Conforme previsto no § 4º do artigo 1.024 do CPC, *caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada*, o embargado que tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 dias, contados da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Pois esta é exatamente a situação ora enfrentada pelo Ministério Público, diante da prolação da decisão de ID: 9691551860, em 10/01/2023, senão vejamos:

Como já narrado nas razões recursais ofertadas por este órgão de execução, Juízo *a quo* prolatou decisão parcial de mérito, conforme ID: 9624297922, julgando

¹ CPC – Artigo 1.024...

§ 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

extinto o processo, sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse processual (*entendendo cabível ao caso o reflexo da absolvição criminal no cível*), em relação aos réus Jorge Marcos de Paula, Eli Aparecida Martins, João Batista Xavier, Graciela Souza Melo Silva, Moisés Nunes da Silva, Valdemar Hial (já falecido – substituído pelo espólio, representado pela inventariante Velma Hial) e Maria Thereza Rodrigues Cunha, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 21, § 4º, da Lei n. 8.429/92.

O Ministério Público, inconformado com tal entendimento, impetrou agravo de instrumento (nº 1.0000.22.265494-9/001 – 2ª Câmara Cível do TJMG, sendo relatora a Desembargadora Maria Inês Sousa), ainda em tramitação.

O réu Moisés Amâncio de Souza ingressou com embargos de declaração, conforme ID: 9633519845, apontando erro material na decisão parcial de mérito de ID: 9624297922, que julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, para os requeridos que foram absolvidos na seara criminal, pugnando pelo conhecimento do recurso, de forma infringente, para o fim de estender a decisão de extinção do feito a ele, vez que o requerimento manejado (idêntico ao dos demais acima mencionados) não havia sido apreciado pelo Juízo.

Na decisão de ID: 9691551860, em 10/01/2023, o Juízo acolheu os embargos de declaração do agravado, decidindo, nos seguintes termos:

Em relação ao Embargante Moisés Amâncio, entendo que suas alegações mereçam prosperar.

Isto porque, analisando detidamente o acórdão proferido na Ação Penal, denota-se que de fato o mesmo dispõe que “o mesmo postulou em seu interrogatório que exercia meramente a função de médico sem ter qualquer conhecimento sobre a dinâmica delituosa relacionada na manutenção de veículos da Secretaria da Saúde. Ademais, não há nos autos material probatório suficiente a sustentação de édito condenatório, não tendo este sido apontado pelos demais como alguém que compunha a conjuntura criminosa, mantendo de igual forma sua absolvição”.

Dessa forma, de fato o embargante Moisés também foi absolvido conforme os demais, devendo ter o processo extinto sem resolução de mérito em seu favor.

Isto posto, ACOLHO os embargos de declaração apenas do réu Moisés Amâncio para JULGAR EXTINTO o processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 21, § 4º, da Lei n. 8.429/92, devendo a secretaria providenciar os levantamentos de eventuais indisponibilidades que recaírem sobre os bens.

Dessa decisão, também se insurge o Ministério Público, daí prestando-se a presente petição para, nos termos do § 4º do artigo 1.024 do CPC, complementar as razões ministeriais expostas no recurso de *Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001*, formalizando seu inconformismo em relação a esta última decisão, *de modo que figure como agravado também o réu Moisés Amâncio de Souza*.

Em atendimento à lei processual civil (artigo 1.016, IV, do CPC), *os advogados do doravante também agravado Moisés Amâncio de Souza* são informados, sendo eles: *Dra. Natália Salge Soares*, OAB/MG 133.720, *Dr. Geovane Oliveira Soares*, OAB/MG 125.844 e *Dr. Paulo Eduardo Salge*, OAB/MG 35.387, com escritório na Rua Vital de Negreiros nº 783, Bairro Fabrício, Uberaba/MG.

Para efeito do artigo 1017, inciso I, do Código de Processo Civil, seguem cópias da decisão prolatada pelo juízo *a quo* em sede de embargos de declaração e da procuração outorgada aos Advogados pelo doravante também denominado Agravado, o Réu Moisés de Amâncio de Souza.

Deixa-se de apresentar cópias de outras peças, posto que já constantes dos autos do *Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001*.

II – DO MÉRITO

Como bem se depreende dos autos, instado a se manifestar quanto à retroatividade das alterações introduzidas na LIA e considerando os requerimentos formulados pelos requeridos Jorge Marcos de Paula, Eli Aparecida Martins, João Batista Xavier, Graciela Souza Melo Silva, Moisés Nunes da Silva, Valdemar Hial (já falecido) e Maria Thereza Rodrigues Cunha (requeridos/agravados por meio do recurso de agravo de instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001 – 2ª Câmara Cível do TJMG), além do requerido Moisés Amâncio, que pugnaram pelo reflexo da absolvição criminal na presente ação de improbidade, o Juízo proferiu sentença parcial de mérito, decidindo nos seguintes termos (ID: 9624297922):

Assim, conforme documentos que acompanham a petição dos requeridos (IDs: 6722188024 a 6722188027), o E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar as oriundas apelações dos processos criminais, em relação aos réus Jorge Marcos de Paula, Eli Aparecida Martins, João Batista Xavier, Graciela Souza Melo Silva, Moisés Nunes da Silva, Valdemar Hial (já falecido) e Maria Thereza Rodrigues Cunha, fundada nos mesmos fatos, decidiu pela manutenção sentença absolutória penal de Primeiro Grau, conforme sentença proferida em primeira instância, nesta comarca de Uberaba/MG.

Por isso, entendo que as absolvições destes réus na esfera penal, pelos mesmos fatos descritos nesta ação, impedem o trâmite da ação de improbidade, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.429/92, ficando

caracterizada a perda superveniente do interesse processual no julgamento desta lide.

Tal solução se mostra, inclusive, conveniente e oportuna para a depuração do feito, permeado por litisconsórcio passivo com vários requeridos.

E, com tais considerações, a extinção do processo sem resolução do mérito é medida que se impõe.

Assim, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito em relação aos réus Jorge Marcos de Paula, Eli Aparecida Martins, João Batista Xavier, Graciela Souza Melo Silva, Moisés Nunes da Silva, Valdemar Hial (já falecido) e Maria Thereza Rodrigues Cunha, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 21, § 4º, da Lei nº 8.429/92. (Grifei.)

Na sequência, o ora agravado, Moisés Amâncio, ingressou com embargos de declaração infringente, para o fim de se estender os efeitos da citada decisão a ele, em razão de ter formulado pedido no mesmo sentido dos demais, o que foi desconsiderado pelo Juízo.

Em 10/01/2023, os citados embargos foram acolhidos, decidindo o Juízo por julgar extinto o feito também em relação ao requerido, ora agravado, Moisés Amâncio, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil c/c art. 21, § 4º, da Lei n. 8.429/92. Irresignado, de tal decisão, insurge-se o Ministério Público.

Conforme decisão, ora rechaçada, o Juízo Cível entendeu pela aplicação do comando legal previsto no § 4º, do artigo 21, da Lei nº 8.429/92, introduzido pela Lei nº 14.230/21, inexistente ao tempo dos fatos e da propositura da demanda, segundo o qual a absolvição criminal, confirmada por decisão colegiada, independentemente da fundamentação (quaisquer dos incisos do artigo 386 do CPP), impede o trâmite da ação de improbidade administrativa que cuida dos mesmos fatos, *não enfrentando as teses sustentadas pelo Parquet, conforme manifestações ministeriais de Ids: 9563948892 e 9653755971.*

Ademais, em 27 de dezembro de 2022, em decisão cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 7236 MC/DF, ação essa *proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP*, tendo por objeto o questionamento da constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 14.230/2021, na parte em que alterou os seguintes dispositivos da Lei nº 8.429/92: (a) art. 1º, §§ 1º, 2º, e 3º, e art. 10; (b) art. 1º, § 8º; (c) art. 11, *caput* e incisos I e II; (d) art. 12, I, II e III, e §§ 4º e 9º, e art. 18-A, parágrafo único; (e) art. 12, § 1º; (f) art. 12, § 10; (g) art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F, I; (h) art. 17-B, § 3º; (i) art. 21, § 4º; (j) art. 23, *caput*, § 4º, II, III, IV e V, e § 5º; (k) art. 23-C, o Ministro Alexandre de Moraes, relator da mencionada ADI, conheceu parcialmente a ação, deferindo, também de forma parcial, a medida cautelar pleiteada, nos seguintes termos (íntegra da decisão anexa):

Diante do exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ação direta de inconstitucionalidade e DEFIRO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR para:

(I) DECLARAR PREJUDICADOS os pedidos referentes ao art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e 10 da Lei nº 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei nº 14.230/2021;

(II) INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR em relação aos artigos 11, *caput* e incisos I e II; 12, I, II e III, §§ 4º e 9º, e art. 18-A, parágrafo único; 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F, I; 23, *caput*, § 4º, II, III, IV e V, e § 5º da Lei nº 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei nº 14.230/2021;

(III) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, *ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, para SUSPENDER A EFICÁCIA dos artigos, todos da Lei nº 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei nº 14.230/2021:*

(a) 1º, § 8º;

(b) 12, § 1º;

(c) 12, § 10;

(d) 17-B, § 3º;

(e) 21, § 4º.

(IV) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, *ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, para CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME ao artigo 23-C, da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa. (grifamos)*

Portanto, a decisão prolatada em 10/01/2023 (*ampliando os efeitos da decisão já agravada também em favor do réu Moisés*), fundamentou-se em artigo de lei que, desde 27/12/2022, encontra-se, cautelarmente, com a eficácia suspensa, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal (§ 4º, do artigo 21, da Lei nº 8.429/92).

Especificamente quanto ao § 4º, do artigo 21 da LIA, o Ministro Alexandre de Moraes enfrentou a questão, sob os seguintes fundamentos:

(VI) Artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021 – LIMINAR CONCEDIDA.

No ponto, a Requerente afirma que, ao criar uma “irrestrita incidência dos casos de absolvição na seara criminal a ensejara extinção da ação de improbidade”, a norma questionada afrontaria cabalmente os princípios da independência das instâncias, do juiz natural, do livre convencimento motivado e da inafastabilidade da jurisdição.

Em análise sumária para concessão da medida liminar, plausível a alegação da requerente. Consagrada no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa.

Destaco, nesse sentido, o julgamento desta SUPREMA CORTE no Recurso Extraordinário 976.566, de minha relatoria:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI Nº 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. [...] 2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei nº 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou

infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário.

TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias” (RE 976566, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 26/09/2019).

A independência entre as diferentes formas de persecução, todavia, encontra-se abrandada por imperativos sistêmicos nas hipóteses em que, na esfera penal, seja possível reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de sua autoria.

Nesse sentido:

RMS 26.510, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26/03/2010; MS 38.103 AgR, Rel. Min. TRIBUNAL PLENO, DJe de 21/03/2022; e RE 1.044.681 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 21/03/2018, esse último assim ementado: EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, decida-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa, o que não ocorre na espécie. 3. Agravo regimental não provido, insubsistente a medida cautelar incidentalmente deferida nos autos. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança (art. 25 da Lei nº 12.016/09). Nada obstante o reconhecimento dessa “independência mitigada” (Rcl 41.557, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/03/2021), *a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias, o que indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar.*

Diante de todo o exposto, presentes os requisitos para concessão de medida, suspendo a eficácia do artigo 21, § 4º da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021. (Grifamos.)

Como vem sustentando esta Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Uberaba, as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21 na Lei nº 8.429/92 impactaram o sistema jurídico então estabelecido no que se refere às ações de improbidade administrativa em curso, demandando dos operadores do direito e, especialmente do Judiciário, uma invulgar atenção à matéria. Uma dessas temáticas, por certo, ao lado da retroatividade da lei benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, é a repercussão da sentença penal absolutória no âmbito da ação civil pública por prática de improbidade administrativa.

Não é novidade que de uma mesma conduta humana possa decorrer efeitos jurídicos diversos, inclusive em setores distintos do universo jurídico. É o que propõe a assente a teoria da “independência das instâncias”, abstração que avaliza a individualização das responsabilidades cível, penal e administrativa que simultaneamente derivam de um mesmo comportamento ilícito.

Nesse sentido, vários diplomas legislativos (como o Código Penal, Código Civil, Código de Processo Penal e leis extravagantes, como o Estatuto do Servidor Público Federal) imprimem verdadeira imbricação, para fins de procedibilidade sancionatória, entre a esfera penal e as esferas cível e administrativa, determinando independência relativa (ou mitigada) dessas instâncias. É o que ressoa, por exemplo, os seguintes dispositivos: CC/02 – Art. 935, CPP – Art. 65, CPP – Art. 66, CPP – Art. 67 e Lei nº 8.112/1990 – Arts. 125 e 126.

Sob essa ótica, a independência entre as instâncias *não* é absoluta, mas *relativa* – até porque o ordenamento jurídico é um sistema uno, com manifestações e potência aptas a regular os inúmeros aspectos da vida social (de modo que a segmentação do Direito em ramos tem mais fundamento didático e/ou organizacional do que estritamente jurídico).

Justamente por essa razão, o julgamento de um ilícito na esfera penal (que, especialmente por força dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade, é a última e mais severa expressão do Direito Sancionador), poderá repercutir, em determinadas condições, nas órbitas cível e administrativa.

No entanto, a inclusão, pela Lei nº 14.230/2021 do § 4º do artigo 21, parece pretender ampliar desproporcionalmente (e, por consequência, atenuar com maior veemência) a independência relativa entre as instâncias penal e administrativa sancionadora. Tal alteração, no desenho legislativo apresentado, parece-nos de difícil assimilação se o refletirmos na extensão da alteração promovida pelo legislador infraconstitucional. De pronto, importante destacar que embora se admita semelhança (e intersecção) entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, isso não produz a conclusão de que há identidade entre essas esferas.

Com muita propriedade, André Dias Fernandes pontua que:

Nem sempre há total coincidência entre o ilícito penal e o administrativo, de modo que é perfeitamente possível que remanesça um ilícito administrativo puro (falta residual ou resíduo heterogêneo) após a absolvição do crime pela sentença penal, a possibilitar a punição do responsável na instância administrativa. Nessa linha, prevê a Súmula 18 do STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.²

Embora a abordagem retro destacada diga respeito especificamente aos efeitos da sentença criminal no processo administrativo, veste como uma luva para demonstrar a possibilidade de prosseguimento da ação de improbidade administrativa quando se tratar de absolvição criminal por insuficiência de provas (artigo 386, inciso VII, do CPP) ou rejeição da denúncia por falta de justa causa para propositura da ação penal (artigo 395, inciso III, do CPP), como ocorre no presente caso.

Nada obstante, também sob esse enfoque, faz-se imperioso pontuar que se a condenação penal é a mais gravosa dentre aquelas existentes no direito brasileiro, as provas que a fundamentam devem ser mais robustas e significativas. Assim, a comprovação do mesmo fato, ainda que em menor densidade, pode culminar outros tipos de sanções – como as cíveis (a compensação de danos, por exemplo) e administrativa (como a demissão do servidor federal – aliás, nos termos do verbete sumular 651 do STJ, “*competete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública*”).

À vista disso, o caráter fragmentário do Direito Penal impõe que o escrutínio judicial seja tão rigoroso quanto a envergadura das sanções por ele impostas. Justamente por isso a pretensão de o igualar a outras instâncias contraria a lógica do próprio sistema de responsabilização.

Ora, o *ius puniendi* é a resposta ao desvalor do resultado ou de condutas antijurídicas, que podem ou não configurar ilícitos penais. Estender *in totum* a racionalidade do Direito Penal, então, pode inviabilizar a concreção da justiça e estimular a impunidade de ações intolerantes – como aquelas que vituperam o patrimônio público.

² In *As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.22.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

A lei penal tutela bens fundamentais de forma fragmentária e especialíssima, compatibilizando com outras normas que, com o mesmo objetivo, manifestam de forma amena o poder punitivo estatal.

Logo, ainda que seja possível (e até mesmo salutar, sob determinadas circunstâncias) comparar a repressão administrativa à penal, cabe ao intérprete ter em mente que se trata de duas instâncias *propositalmente* diferentes, concebidas para punir, em grau e sob condições distintas, aquelas condutas que vulneram bens jurídicos fundamentais.

Por consequência, é importante gizar a necessidade de que a nova configuração passe pelo prisma do *princípio da proporcionalidade, que veda tanto o excesso de proibição como a proteção deficiente* vertentes por meio das quais as ações do legislador são balizadas, respectivamente, pela proibição do excesso de intervenção como pela inércia (falta) de intervenção, que reflexivamente vulneram direitos e garantias fundamentais tornando-se, portanto, desproporcionais em sentido estrito.

Dito isso, num contexto social em que tantos exemplos de despreparo, má gestão e corrupção corroem a credibilidade do sistema democrático e provocam a descrença no Poder Público, a proteção do patrimônio público como direito fundamental espelha a imprescindibilidade de resguardar os recursos cujo destino é a prestação dos serviços públicos que, por sua vez, têm o fim precípua de garantir direitos fundamentais das mais diversas ordens.

Nesta linha, digno de realce o alerta de Ricardo de Barros Leonel a respeito da importância da hermenêutica:

Enquanto tais disposições estejam em vigor, como fruto da atividade legislativa, devem ser observadas. Isso não impede o intérprete, entretanto, de realizar seu papel hermenêutico, procurando nos preceitos exegese compatível com a ordem constitucional.³

Logo, sem prejuízo da intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, a identidade dessa última seara punitiva, propositalmente dotada de contornos diferenciados em relação àquele, impõe a razoável exegese que compatibiliza a natureza dessa manifestação do poder punitivo estatal, direitos e garantias fundamentais e os diversos deveres igualmente encartados no Texto Maior.

Nessa ordem de ideias e no que diz respeito às alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, especialmente no que se refere aos impactos da sentença criminal absolutória no prosseguimento da ação

³ *In Processo e procedimento na nova Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/ricardo-leonel-processo-procedimento-lei-improbidade>. Acesso em: 28 nov. 2021.

de improbidade administrativa, a análise à luz da Constituição da República e do Princípio da Proporcionalidade revela que a comunicação de *todos os fundamentos previstos no art. 386 do Código de Processo Penal* (que cuida das hipóteses de absolvição no processo-crime) para o fim de obstar o prosseguimento da ação de improbidade administrativa (quando a absolvição criminal for confirmada por decisão colegiada) desponta-se desarrazoada e incompatível com os legítimos anseios de segurança e justiça. *Presente, pois, flagrante inconstitucionalidade.*

Nestes termos, desde já se pugna pela declaração incidental da inconstitucionalidade do § 4º do artigo 21 da LIA, com o atual texto dado pela Lei nº 14.230/21.

Reafirme-se, outrossim, que *a conduta imputada na petição inicial ao requerido Moisés, doravante também agravado, é de natureza dolosa, cabendo a análise da adequação aos comandos atuais trazidos pela Lei nº 14.230/2021 no momento devido, qual seja, prolação de sentença de mérito.*

Nessa ocasião, *daí sim, ter-se-á a verificação aprofundada do conjunto probatório produzido, com conseqüente julgamento da pretensão invocada pelo Ministério Público, seja no que se refere ao Direito Administrativo, seja no âmbito da responsabilidade ressarcitória, que pode remanescer mesmo que afastada a incidência da LIA, como dispõe o § 16 do seu art. 17.*

Na atual fase processual, absolutamente prematura desqualificar o farto conjunto probatório produzido durante as investigações.

Ademais, *no âmbito civil, especialmente quanto à responsabilização por atos ímprobos, a demanda alcança outros contornos, a inviabilizar a imediata extinção do feito em relação ao réu/agravado absolvido no criminal, especialmente considerando o previsto no § 16, do artigo 17 da LIA, introduzido pela Lei nº 14.230/21, que estabeleceu, uma vez identificadas a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas, sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções por ato de improbidade, poderá o Juiz, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, visando, por exemplo, ao ressarcimento do dano causado.*

Assim, *s.m.j., prematura a extinção de feito nesse momento processual, nos moldes decididos pelo Juízo a quo, sendo necessária a regular instrução para se aferir a responsabilização. Na fase investigativa extrajudicial as provas colhidas são robustas e apontam para a necessidade de imposição de medidas judiciais para, no mínimo, o ressarcimento do erário.*

Nesses termos, *impõe-se a revisão da decisão, ora guerreada, que, em razão da absolvição na esfera penal, pelos mesmos fatos desta ação de improbidade administrativa, entendeu caracterizada a perda superveniente do interesse processual no julgamento da lide, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.429/92 (parágrafo introduzido pela alteração legislativa de 2021 e suspenso pelo STF), julgando extinto o processo, sem julgamento de mérito, em relação aos já agravados e agora também*

em relação ao requerido Moisés Amâncio (doravante agravado), por força da decisão prolatada em sede de embargos de declaração.

Ressalte-se que o processo (ação de improbidade administrativa) tramita desde os idos de 2012, não se justificando a suspensão dele, ao mesmo tempo em que se impõe garantir que sua tramitação, com a produção de provas/diligências que serão executadas naturalmente na marcha processual, ocorra também com a participação de todos os agravados (inclusive o réu Moisés), enquanto se aguarda decisão final do recurso de Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001, cujo sucesso na pretensão recursal em tela, diante da intensidade da segurança do direito narrado, parece-nos de alta potencialidade, daí mostrando-se claro também o “*periculum in mora*”.

Em suma, tramitando há uma década, ainda em 1ª instância, inadmissível a suspensão da ação de improbidade administrativa, tampouco a continuidade sem a presença de todos os agravados no polo passivo da demanda, enquanto se aguarda o deslinde do recurso ministerial.

Mais diretamente, a ação de improbidade administrativa em apreço, já tão morosa a tramitação, não pode parar, assim como se mostra despropositado que prossiga sem a intervenção processual de todos os agravados (provocando na hipótese de sucesso do recurso ministerial a necessidade de repetição da instrução que já se inicia em relação aos demais réus) evidenciando, portanto, a incontestada necessidade do deferimento da concessão do efeito ativo ao presente recurso, de modo que tramite com a intervenção do agravado, até o julgamento final do presente recurso.

III – DOS PEDIDOS

Do exposto, requer o Ministério Público:

1 – o conhecimento da presente petição para, nos termos do § 4º do artigo 1.024 do CPC, complementar as razões ministeriais expostas no recurso de *Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.265494-9/001*, formalizando-se o inconformismo ministerial de modo que figure como agravado também o réu Moisés Amâncio de Souza.

2 - o deferimento, pelo(a) Desembargador(a) Relator(a), do efeito ativo para, em antecipação de tutela, deferir a pretensão recursal, nos termos do inciso I do artigo 1.019 do CPC, reformando tanto a decisão já agravada com a prolatada em sede de embargos de declaração agora noticiada, para o fim de indeferir os pedidos formulados por todos os agravados (inclusive o Réu Moisés) de exclusão dele do polo passivo da demanda, determinando o regular prosseguimento da ação de improbidade administrativa, especialmente considerando que a eficácia do § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.429/92 encontra-se suspensa, por força da decisão do STF, e a necessidade de se apurar a responsabilidade ressarcitória, que pode remanescer mesmo que afastada a incidência da LIA, como dispõe o § 16 do seu art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação atual;

3 - ao final, ad referendum pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a confirmação da reforma da decisão já agravada (julgamento antecipado parcial de mérito, com extinção do processo sem julgamento de mérito

em relação aos demais agravados) e da anunciada sentença em sede de embargos declaratório (em favor do réu Moisés Amâncio – ID: 9691551860) para o fim de indeferir os pedidos formulados pelo agora também agravado Moisés Amâncio (Ids: 9633679129, 7834568041 e 6722188027), determinando-se, outrossim, o regular prosseguimento da ação de improbidade administrativa, *especialmente considerando que a eficácia do § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.429/92 encontra-se suspensa, por força da decisão do STF, e a necessidade de se apurar a responsabilidade ressarcitória, que pode remanescer mesmo que afastada a incidência da LIA, como dispõe o §16 do seu art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação atual.*

Uberaba, 13 de janeiro de 2023.
JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR
15º Promotor de Justiça

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

MPRJ 2017.01228221

EXMO(A). SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Embora ostente o título de tribunal, resta assente na doutrina e jurisprudência que o TCMRJ não exerce qualquer função jurisdicional. Função meramente administrativa e que é reconhecida dentro destes limites e efeitos. Possibilidade de o Poder Judiciário apreciar alegações de desconformidade do sucedido com a ordem jurídica vigente. Precedentes. (Trecho extraído da ementa do acórdão que julgou a Apelação Cível nº 0436930- 90.2013.8.19.0001)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, apresentado pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, através da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, situada na Av. Nilo Peçanha, 151, 9º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vem, com amparo nos artigos 127 e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; artigo 25, inciso IV, *a*, da Lei nº 8.625/93; artigos 3º, 4º, 5º, 19 e 21 da Lei nº 7.347/propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

em face de:

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, que deverá ser citado, na forma do art. 75, inciso III, do CPC, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Prefeito, Sr. Eduardo da Costa Paes, com gabinete na rua Afonso Cavalcanti, 455, 13º andar, Cidade Nova, Rio de Janeiro, CEP: 20.211-110, ou por meio da Procuradoria Geral do Município, situada na rua Sete de Setembro, 58-A, no Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20040-040;

I - DO OBJETO DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O objetivo desta ação civil pública é assegurar o fiel cumprimento do disposto no artigo 212, da Constituição da República, que determina que os municípios apliquem, em manutenção e desenvolvimento do ensino, *nunca menos de 25% da receita resultante*

de impostos, compreendida a proveniente de transferências, sendo certo que as normas constitucional e legal vedam que os recursos resultantes dessa vinculação de impostos sejam destinados a despesas que não sejam consideradas estritamente vinculadas ao ensino, dentre elas o pagamento de aposentadorias e pensões, nos exatos termos do art. 212, §7º¹, da CF.

Aqui será demonstrado que *o pagamento de inativos não pode ser considerado como gasto com MDE*, constituindo tal pagamento, portanto, prática ilegal.

Será demonstrado, ainda, que *o Município do Rio de Janeiro, ao contabilizar a contribuição suplementar prevista na Lei Municipal nº 5.300/11 (tal contribuição foi criada para capitalizar o FUNPREVI – Fundo de Previdência do Município) para alcançar o patamar de 25% previsto no artigo 212, da Constituição da República, está agindo de forma inconstitucional*, uma vez que está, de forma indireta, considerando despesa com inativos como sendo MDE.

II – DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Esta petição inicial é fruto dos elementos extraídos da documentação constante dos autos do inquérito civil MPRJ 2017.01228221, instaurado em 2017, com a finalidade de *“apurar possível inconstitucionalidade e/ou ilegalidade no que tange à contabilização da contribuição suplementar prevista na Lei nº 5.300/11 – utilizada para capitalizar o Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro (FUNPREVI) – para alcançar o patamar constitucional previsto no artigo 212, da Constituição da República”*.

Referido inquérito foi instaurado em razão da remessa, pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital do Rio de Janeiro, do Ofício 3ª PJTCSCAP nº 0397/2017, encaminhando cópias extraídas do Inquérito Civil nº 2012.011954458 (cujo objeto era apurar *notícia de ausência de transparência no orçamento do Município do Rio de Janeiro quanto à utilização de verbas da Saúde para pagamento da folha dos profissionais da saúde oriundos da SMSDC*), em declínio de atribuição, para providências cabíveis (fl. 02).

O motivo do declínio de atribuição foi o fato de aquela Promotoria de Justiça ter concluído que, conquanto não haverem sido apuradas irregularidades no que tange à aplicação do percentual mínimo na área da saúde, na área da educação havia irregularidades que mereciam melhor apuração.

Assim, a partir da instauração do mencionado inquérito, foram coletados inúmeros documentos que demonstram o prejuízo bilionário sofrido pela Educação Pública do município do Rio de Janeiro nos últimos dez anos.

Com vistas a facilitar o exame da matéria posta a julgamento, esta petição inicial desdobrou o assunto em vários itens, iniciando (i) por expor a questão relativa à impossibilidade de se considerar o pagamento de inativos como gasto com

¹ § 7º É vedado o uso dos recursos referidos no caput e nos §§ 5º e 6º deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020).

manutenção e desenvolvimento do ensino. Em seguida, passa-se a (ii) tratar da contribuição patronal suplementar e as razões que impedem seja esta reconhecida como despesa com MDE. Na sequência, é abordada (iii) a nulidade do voto proferido nos autos do processo TCM 40/002205/2013 e, finalmente, é trazido (iv) o montante que deixou de ser aplicado em manutenção de desenvolvimento do ensino durante uma década.

II.I – DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR O PAGAMENTO DE INATIVOS COMO DESPESA COM MDE

Como se sabe, o artigo 212, da Constituição Federal, prescreve que *“a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”* (grifos nossos)

Fundamental destacar que nosso ordenamento jurídico, há muito tempo, proíbe que o pagamento de inativos e pensionistas seja considerado como sendo despesa com manutenção e desenvolvimento, sendo certo que tal vedação foi expressamente reconhecida pelo constituinte derivado, a partir da redação trazida pela Emenda Constitucional 108, que incluiu o parágrafo 7º, ao artigo 212, para determinar que *“é vedado o uso dos recursos referidos no caput e nos §§ 5º e 6º deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões”*. (grifos nossos)

Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, tratou o legislador infraconstitucional de especificar quais atividades podem, e quais não podem, ser consideradas como sendo aquelas relativas a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Para tanto, o artigo 70, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) discrimina, em seus incisos, quais são os gastos considerados como de manutenção e desenvolvimento do ensino, assim dispondo:

Art. 70. Considerar-se-ão como de *manutenção e desenvolvimento do ensino* as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

- IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

O artigo 71, por sua vez, especifica os gastos que *não podem* ser considerados como sendo em manutenção de desenvolvimento do ensino:

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

- I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- V - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI - *pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.*

Da leitura conjugada do inciso I, do artigo 70, com o inciso VI, do artigo 71, extrai-se a interpretação de que *só podem ser consideradas despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas voltadas à remuneração dos profissionais da educação em efetivo exercício do cargo.*

Com efeito, determina o inciso I que podem ser considerados gastos com MDE aqueles realizados com *remuneração e aperfeiçoamento* do pessoal docente. Vê-se, portanto, que a Lei pretende considerar apenas os gastos com os servidores ativos, uma vez que não faz sentido realizar gastos com o aperfeiçoamento de pessoal inativo.

Por outro lado, o inciso VI, do art. 71 registra que não são consideradas despesas com MDE a remuneração de pessoal docente e demais trabalhadores da educação quando *em desvio de função* ou no exercício de *atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino*. Tem-se, desta forma, que o servidor aposentado, por não exercer atividade voltada para a manutenção e desenvolvimento do ensino, não pode ter seu provento considerado com sendo gasto em referida atividade.

Cabe ressaltar, neste ponto, que a LDB em nenhum momento fala em *provento*, mas sim em *remuneração*, que são conceitos diferentes, conforme se extrai da própria Constituição da República, que, em seu artigo 37, inciso X², prevê a palavra REMUNERAÇÃO para os *servidores ativos* ao passo que seu art. 40, par. 1º, inciso II³, trata do PROVENTO do *servidor aposentado*.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, traz expressamente o conceito de remuneração no artigo 26, parágrafo único, inciso I, da recém sancionada Lei do FUNDEB (Lei nº 14.113/20), deixando claro que se trata de *pagamentos realizados a servidores em efetivo exercício do cargo*. Assim dispõe a norma legal:

Art. 26. Excluídos os recursos de que trata o inciso III do *caput* do art. 5º desta Lei, proporção não inferior a 70% (setenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos referidos no art. 1º desta Lei será destinada ao pagamento, em cada rede de ensino, da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se:

I - *remuneração*: o total de *pagamentos devidos aos profissionais da educação básica em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;*

Como se vê, apenas o pagamento de remuneração (e não de proventos) dos servidores ativos da área da educação pode ser considerado despesa com MDE.

Este, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar a ADI 5691, do Estado do Espírito Santo, assim decidiu:

² X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

³ § 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:

I - compulsoriamente, com *proventos* proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO E EDUCACIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARALEGLAR SOBRE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 22, XIV). RESOLUÇÕES Nº 238/2012 E Nº 195/2004 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. *INCLUSÃO DE ENCARGOS COM INATIVOS DA ÁREA DE EDUCAÇÃO E DE DÉFICIT FINANCEIRO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA*. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA DAS DESPESAS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO NA LEI Nº 9.394/1996 (ARTS. 70 E 71). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VINCULAÇÃO DE RECEITA DE IMPOSTOS PARA CUSTEIO DE DESPESA NÃO RELACIONADA ÀS EXCEÇÕES ADMITIDAS NO ART. 212, *CAPUT*, DA CF E NO ART. 60 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTES JUDICIAIS. AÇÃO PROCEDENTE.

Pertinente, também, transcrever trecho do acórdão prolatado no bojo da mencionada ADI, dada sua relevância:

8. Não obstante a inconstitucionalidade formal, igualmente está configurada a inconstitucionalidade material. As disposições normativas impugnadas, ao vincular receitas derivadas de impostos ao pagamento de despesas com proventos e aposentadorias, violam diretamente os arts. 167, IV, e 212, caput, da Constituição Federal.

9. Como fundamentou a Ministra Cármen Lúcia, no voto condutor do julgamento da ACO 2.799 (decisão à unanimidade deste Plenário), sobre a vinculação de recursos à educação, a partir de análise da história constitucional e da localização temporal da Lei nº 7.348/1985, objeto da argumentação do Tribunal de Contas/ES, nas informações prestadas: *“O pagamento de inativos, ainda que eventualmente possa ser considerado gasto com educação, não pode ser contabilizado para fins do percentual de investimento exigido pelo art. 212 da Constituição da República, pois os inativos, por estarem afastados de suas atividades, não contribuem para a manutenção nem para o desenvolvimento do ensino”.*

Abaixo reproduzo a ementa do acórdão, que relaciona as razões de decidir compartilhadas pelo Plenário, acerca da interpretação do texto constitucional do art. 212 no sentido da impossibilidade de se incluir o pagamento de proventos de inativos no conceito de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. GASTOS DOS ESTADOS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO. INCLUSÃO DE DESPESAS COM INATIVOS NO PERCENTUAL EXIGIDO PELO ART. 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. No art. 212 da Constituição da República se exige que os Estados apliquem, no mínimo, vinte e cinco por cento (25%) de sua receita resultante de impostos em manutenção e desenvolvimento do ensino.
2. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional se considera, para efeitos de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, a remuneração paga aos profissionais da educação que não estejam em desvio de função ou exercendo atividade que não contribua diretamente para o ensino.
3. Impossibilidade de se incluir o pagamento de proventos de inativos no conceito de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, sob pena de descumprimento do art. 212 da Constituição da República.
4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ACO 2.799 Agr, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Dje 23/04/2020).

No mesmo sentido, a decisão proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5719, do Estado de São Paulo, cuja ementa toma-se a liberdade de transcrever:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. EDUCAÇÃO. ARTS. 26, I, E 27 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.010/2007 DO ESTADO DE SÃO PAULO. CÔMPUTO DE DESPESAS COM PREVIDÊNCIA E INATIVOS PARA EFEITO DE CUMPRIMENTO DE VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA EM EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA EDIÇÕES DE NORMAS GERAIS DE EDUCAÇÃO JÁ EXERCIDA PELA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LEI ESTADUAL DISPOR DO ASSUNTO DE FORMA DIVERSA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 22, XXIV, 24, IX § 1º § 4º; 212 *CAPUT*, E 167, VI. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A Constituição prevê o dever de aplicação de percentual mínimo para investimentos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

2. A definição de quais despesas podem ou não ser consideradas como manutenção e desenvolvimento de ensino é definida em regra geral de competência da União, qual seja, os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de nº 9.394/1996. Disposição diversa de lei local significa afronta aos arts. 22, XXIV, e 24, IX da CRFB.

3. O cômputo de despesas com encargos previdenciários de servidores inativos ou do déficit de seu regime próprio de previdência como manutenção e desenvolvimento de ensino importa em violação a destinação mínima de recursos exigida pelo art. 212 da CRFB, bem como à cláusula de não vinculação de impostos do art. 167, IV da CRFB.

4. Ação julgada parcialmente procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade integral do art. 26, I, da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo e (ii) declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 27 da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo, para que os valores de complementação ao déficit previdenciário não sejam computados para efeitos de vinculação ao investimento mínimo constitucional em educação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, igualmente, ao analisar a questão no bojo da Apelação Cível 0239682-34.2004.8.19.0001, teve oportunidade de decidir o tema, conforme se verifica do acórdão da lavra do Exmo. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes, que assim se pronunciou:

O último tópico a ser debatido se refere à alegada impossibilidade de se incluir os gastos com inativos da Educação nas despesas vinculadas à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, aspecto a respeito do qual também assiste razão ao *Parquet*.

E, em que pesem as bem articuladas razões recursais neste ponto, *quer nos parecer que a inclusão dos inativos no cálculo das verbas destinadas à manutenção e desenvolvimento do ensino é irregular*, porquanto ditas pessoas, não obstante se reconheça a sua importância, não mais contribuem para manter e desenvolver o ensino.

O Conselho Nacional de Educação, da mesma forma, quando deliberou acerca do financiamento da educação na Lei nº 9.394/96, entendeu que *“é evidente que os inativos não contribuem nem para a manutenção nem para o desenvolvimento do ensino. Afastados que estão da atividade, não poderiam contribuir para a manutenção das ações*

que dizem respeito ao ensino. Se não podem sequer contribuir para tanto, menos ainda para o desenvolvimento – democratização, expansão e melhoria da qualidade – do ensino. O espírito da LDB é o de que gastos com os inativos não estão incluídos nas despesas com MDE” (Parecer CNE/CP Nº 26/97, aprovado em 02/12/1997).

Para terminar este tópico, não é demais lembrar que o legislador extirpou definitivamente de nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se reconhecer o pagamento de inativos como despesa com MDE.

Primeiro, através da edição do artigo 70, da Lei nº 9.394/96, que disciplinou integralmente a matéria (art. 2º, par. 1º, da LINDB), o que acarretou a revogação da norma legal contida no artigo 6º, parágrafo 1º, alínea “g”⁴, da Lei nº 7.348, de 24/07/1985. Desta forma, a possibilidade de se considerar o pagamento de inativos como sendo despesa com MDE deixou de existir.

E segundo, conforme acima dito, em razão do acréscimo do parágrafo 7º ao artigo 212, da Constituição Federal, que pôs fim a qualquer discussão quanto à possibilidade de se considerar o pagamento de inativos e de pensionistas como sendo despesa com MDE.

Em face de tudo o que foi exposto sobre o tema, a única conclusão a que se chega é que o pagamento de inativos não pode ser contabilizado como sendo despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino, sendo inadmissível, portanto, que tal despesa seja utilizada para alcançar o mínimo constitucional previsto no artigo 212, da Constituição da República.

II.II – DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR PREVISTA NA LEI MUNICIPAL 5.300/11 COMO DESPESA COM MDE

Em 28/12/2001 foi promulgada a *Lei Municipal nº 3.344* que “Disciplina o Regime Próprio de Previdência e Assistência dos Servidores Públicos do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências” havendo seu artigo 1º criado o “*Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro-FUNPREVI*, com finalidade específica de prover recursos para o pagamento de *benefícios previdenciários* dos segurados do regime próprio de previdência dos servidores públicos do Município do Rio de Janeiro e a seus dependentes”.

O conceito legal de ‘*fundo especial*’ encontra-se expresso no artigo 71, da Lei nº 4.320/64, segundo o qual “*constitui fundo especial o produto de receitas especificadas*

⁴ Art. 6º Os recursos previstos no *caput* do art. 1º desta Lei destinar-se-ão ao ensino de todos os graus regular ou ministrado pela via supletiva amplamente considerada, aí incluídas a educação pré-escolar, a educação de excepcionais e a pós-graduação.

§ 1º Consideram-se despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino todas as que se façam, dentro ou fora das instituições de ensino, com vista ao disposto neste artigo, desde que as correspondentes atividades estejam abrangidas na legislação de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e sejam supervisionadas pelos competentes sistemas de ensino ou ainda as que:

[...]

g) decorram da manutenção de pessoal inativo, estatutário, originário das instituições de ensino, em razão de aposentadoria.

que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

As receitas especificadas que compõem o FUNPREVI estão previstas no artigo 4º⁵, da Lei nº 3.344/01, sendo certo que o inciso I traz, expressas, as contribuições previdenciárias do Município e dos segurados, sendo ambos, na forma do disposto no artigo 6º, contribuintes obrigatórios do Regime Próprio de Previdência do Município do Rio de Janeiro.

É fundamental deixar bem claro que “a contribuição mensal obrigatória prevista no art. 4º incidirá sobre a remuneração integral percebida pelo servidor, excetuadas as parcelas de caráter eventual, sendo de onze por cento para os servidores e de vinte e dois por cento para o Município” (art. 6º, par. 1º⁶).

Já o objetivo do FUNPREVI está descrito no artigo 1º, da mencionada Lei nº 3.344/01: “Fica criado o Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro-FUNPREVI, com finalidade específica de prover recursos para o pagamento de benefícios previdenciários dos segurados do regime próprio de previdência dos servidores públicos do Município do Rio de Janeiro e a seus dependentes”.

Referidos benefícios previdenciários são as aposentadorias concedidas pelos órgãos competentes e as pensões concedidas pelo PREVI-RIO, conforme se verifica nos incisos I e II, do parágrafo 1º, do artigo 2º⁷, da Lei em tela.

Temos, portanto, como vetor finalístico do FUNPREVI, o pagamento de proventos aos inativos e de pensões aos dependentes dos segurados do regime próprio de previdência dos servidores municipais, conforme se verifica, aliás, do

⁵ Art. 4º. São receitas do FUNPREVI:

I - contribuições previdenciárias dos segurados e do Município;

II - rendimentos de aplicações financeiras dos recursos do FUNPREVI, consistentes em:

a) títulos de renda fixa públicos federais e de títulos privados;
b) títulos de renda variável, inclusive dividendos e bonificações;
c) fundos de investimentos, mobiliários e imobiliários; e
d) demais aplicações previstas na legislação pertinente.

III - juros de operações de financiamentos e empréstimos efetuados pelo PREVI-RIO a servidores do Município do Rio de Janeiro;

IV - receitas provenientes da compensação previdenciária com o Regime Geral e com outros regimes próprios;

V - dotações orçamentárias, transferências de recursos e subvenções consignadas nos orçamentos do Município do Rio de Janeiro; e

VI - rendimentos de legados e doações.

⁶ Art. 6º, § 1º. A contribuição mensal obrigatória incidirá sobre a remuneração integral percebida pelo servidor, excetuadas as parcelas de caráter eventual, sendo de onze por cento para os servidores e de vinte e dois por cento para o Município.

⁷ Art. 2º. São segurados do regime próprio de previdência do Município do Rio de Janeiro os servidores titulares de cargos efetivos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Município, bem como seus Conselheiros e os inativos que recebam dos cofres municipais.

§1º. Os segurados do regime próprio de previdência do Município do Rio de Janeiro e seus dependentes farão jus aos seguintes benefícios previdenciários:

I - aposentadorias, concedidas pelos órgãos competentes; e

II — pensões, concedidas pelo PREVI-RIO.

parágrafo 2º⁸, do artigo 5º, da Lei nº 3.344/01, segundo o qual OS RECURSOS DO FUNPREVI SÓ PODEM SER UTILIZADOS PARA O CUSTEIO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A SEGURADOS E PENSIONISTAS.

Traçadas estas linhas a respeito das *receitas* e do *objetivo* do FUNPREVI, passa-se, então, a analisar a *Contribuição Suplementar criada pela Lei nº 5.300/11*.

Em 07 de junho de 2011 o Exmo. Sr. Prefeito enviou à Câmara de Vereadores, por ofício, a *Mensagem nº 142*, através da qual apresentou ao Poder Legislativo *Projeto de Lei que “Dispõe sobre o Plano de Capitalização do FUNPREVI e dá outras Providências”*.

O motivo que ensejou a elaboração do Projeto de Lei nº 1005/2011 foi o fato de que:

[c]omo os repasses previstos na redação anterior do art. 33 da Lei Municipal nº 3.344, de 28 de dezembro de 2001, não se revelaram suficientes para garantir o equilíbrio atuarial do Fundo, sua redação foi alterada de forma a refletir a capitalização necessária ao pagamento dos benefícios de todos os aposentados e pensionistas, independente da data de suas aposentadorias e da concessão dos benefícios.

A redação anterior do art. 33 é a seguinte:

Art. 33. O Tesouro Municipal repassará ao FUNPREVI, mensalmente, na forma prevista nos §§ 1º. e 2º. do art. 6º. desta Lei, o montante correspondente ao pagamento integral das aposentadorias dos servidores já aposentados, assim como aquele relativo a futuras aposentadorias dos servidores que, na data da vigência desta Lei, já tiverem satisfeito todas as condições necessárias à concessão da aposentadoria.

Assim, em 14 de setembro de 2011 foi publicada a Lei nº 5.300, que “Dispõe sobre o Plano de Capitalização do FUNPREVI e dá outras providências”, e prevê, em seu artigo 2º, que *o FUNPREVI será capitalizado, por meio de contribuição suplementar, durante 35 (trinta e cinco) anos, a contar de 1º de janeiro de 2011, sendo tal contribuição correspondente a trinta e cinco por cento da remuneração integral percebida pelos servidores ativos do Município do Rio de Janeiro. Para melhor entendimento, transcreve-se referida norma legal:*

⁸ Art. 5º, § 2º. Os recursos do FUNPREVI não poderão ser utilizados para outra finalidade que a do custeio dos benefícios concedidos a segurados e pensionistas, ressalvado o disposto no art. 25 desta Lei.

Art. 2º A contribuição suplementar do Tesouro Municipal ao Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro – FUNPREVI, prevista no art. 33 e seus parágrafos, da Lei nº 3.344, de 2001, passa a ter a seguinte redação:

Art. 33. *Como medida de capitalização do FUNPREVI ao plano atuarial, o FUNPREVI será financiado, pelo prazo de trinta e cinco anos, a contar de 1º de janeiro de 2011, através de contribuição suplementar e de aportes de instrumentos mobiliários e imobiliários.*

§ 1º *O Tesouro Municipal pagará, mensalmente, a partir de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2045, contribuição suplementar ao FUNPREVI no importe correspondente a trinta e cinco por cento da remuneração integral percebida pelos servidores ativos de qualquer dos Poderes do Município, incluídas suas autarquias e fundações, excetuadas as parcelas de caráter eventual.*

§ 2º *Para fins de adequação da capitalização do FUNPREVI ao plano atuarial, fica estabelecido que o valor total a cada mês da contribuição a que se refere o § 1º deste artigo não será inferior nem superior aos valores mensais fixados no Anexo I, devidamente atualizados na mesma periodicidade e no mesmo percentual do reajuste geral das remunerações dos servidores da Administração Direta do Município.*

Segue, abaixo, o Anexo I, com os valores mensais para piso e teto, que devem ser observados para fixação do valor a ser depositado no FUNPREVI:

ANEXO I

VALORES MENSAIS DE CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR – (R\$)

ANO	PISO EDUCAÇÃO	TETO EDUCAÇÃO	PISO SAÚDE	TETO SAÚDE	PISO OUTROS	TETO OUTROS
2011	50.453.291,18	52.975.955,74	2.410.361,20	2.530.879,26	19.737.207,55	20.724.067,93
2012	51.462.357,00	54.035.474,85	2.458.568,42	2.581.496,84	20.131.951,70	21.138.549,29
2013	52.491.604,14	55.116.184,35	2.507.739,79	2.633.126,78	20.534.590,74	21.561.320,27

2014	53.541.436,22	56.218.508,03	2.557.894,58	2.685.789,31	20.945.282,55	21.992.546,68
2015	54.612.264,95	57.342.878,20	2.609.052,48	2.739.505,10	21.364.188,20	22.432.397,61
2016	55.704.510,25	58.489.735,76	2.661.233,52	2.794.295,20	21.791.471,96	22.881.045,56
2017	56.818.600,45	59.659.530,47	2.714.458,20	2.850.181,10	22.227.301,40	23.338.666,47
2018	57.954.972,46	60.852.721,08	2.768.747,36	2.907.184,73	22.671.847,43	23.805.439,80
2019	59.114.071,91	62.069.775,51	2.824.122,31	2.965.328,42	23.125.284,38	24.281.548,60
2020	60.296.353,35	63.311.171,02	2.880.604,75	3.024.634,99	23.587.790,07	24.767.179,57
2021	61.502.280,42	64.577.394,44	2.938.216,85	3.085.127,69	24.059.545,87	25.262.523,16
2022	62.732.326,02	65.868.942,32	2.996.981,18	3.146.830,24	24.540.736,79	25.767.773,63
2023	63.986.972,54	67.186.321,17	3.056.920,81	3.209.766,85	25.031.551,52	26.283.129,10
2024	65.266.712,00	68.530.047,59	3.118.059,22	3.273.962,19	25.532.182,55	26.808.791,68
2025	66.572.046,23	69.900.648,55	3.180.420,41	3.339.441,43	26.042.826,20	27.344.967,51
2026	67.903.487,16	71.298.661,52	3.244.028,82	3.406.230,26	26.563.682,73	27.891.866,87
2027	69.261.556,90	72.724.634,75	3.308.909,39	3.474.354,86	27.094.956,38	28.449.704,20
2028	70.646.788,04	74.179.127,44	3.375.087,58	3.543.841,96	27.636.855,51	29.018.698,29
2029	72.059.723,80	75.662.709,99	3.442.589,33	3.614.718,80	28.189.592,62	29.599.072,25
2030	73.500.918,28	77.175.964,19	3.511.441,12	3.687.013,18	28.753.384,47	30.191.053,70

2031	74.970.936,64	78.719.483,48	3.581.669,94	3.760.753,44	29.328.452,16	30.794.874,77
2032	76.470.355,38	80.293.873,15	3.653.303,34	3.835.968,51	29.915.021,21	31.410.772,27
2033	77.999.762,48	81.899.750,61	3.726.369,41	3.912.687,88	30.513.321,63	32.038.987,71
2034	79.559.757,73	83.537.745,62	3.800.896,80	3.990.941,64	31.123.588,06	32.679.767,47
2035	81.150.952,89	85.208.500,53	3.876.914,73	4.070.760,47	31.746.059,82	33.333.362,82
2036	82.773.971,95	86.912.670,54	3.954.453,03	4.152.175,68	32.380.981,02	34.000.030,07
2037	84.429.451,38	88.650.923,95	4.033.542,09	4.235.219,19	33.028.600,64	34.680.030,67
2038	86.118.040,41	90.423.942,43	4.114.212,93	4.319.923,57	33.689.172,65	35.373.631,29
2039	87.840.401,22	92.232.421,28	4.196.497,19	4.406.322,05	34.362.956,11	36.081.103,91
2040	89.597.209,25	94.077.069,71	4.280.427,13	4.494.448,49	35.050.215,23	36.802.725,99
2041	91.389.153,43	95.958.611,10	4.366.035,67	4.584.337,46	35.751.219,53	37.538.780,51
2042	93.216.936,50	97.877.783,32	4.453.356,39	4.676.024,21	36.466.243,92	38.289.556,12
2043	95.081.275,23	99.835.338,99	4.542.423,51	4.769.544,69	37.195.568,80	39.055.347,24
2044	96.982.900,73	101.832.045,77	4.633.271,98	4.864.935,58	37.939.480,18	39.836.454,19
2045	98.922.558,75	103.868.686,69	4.725.937,42	4.962.234,30	38.698.269,78	40.633.183,27

I - Os valores constantes deste anexo serão atualizados na mesma forma e periodicidade do reajuste geral dos servidores do Município do Rio de Janeiro, incluindo o percentual integral aplicado no ano de 2011.

II - Caso a aplicação da alíquota de contribuição suplementar, em um determinado mês, resulte em valor superior à soma dos três pisos e inferior à soma dos três tetos, a contribuição suplementar será rateada na mesma proporção estabelecida para os pisos e tetos da tabela, fixada para cada segmento.

III - Os valores referentes à contribuição patronal suplementar incidente sobre o 13o salário observarão os mesmos limites estabelecidos para pisos e tetos mensais, sendo efetuada nos meses de dezembro.

Feita esta introdução a respeito da lei de criação do FUNPREVI e da lei que dispõe sobre sua *capitalização*, procede-se, agora, a um breve resumo do que consta nos autos dos procedimentos que tramitaram no Tribunal de Contas do Município, os quais levaram à interpretação que autoriza - de forma equivocada - que a contribuição suplementar seja considerada gasto com MDE.

II.II.I – RESUMO DO TEOR DOS AUTOS DOS PROCEDIMENTOS 40/1669/2011 E 40/002205/2013

Com vistas à melhor compreensão da questão relativa à contribuição suplementar instituída pela Lei nº 5.300/11 é fundamental chamar atenção para o *procedimento 40/1669/2011*, iniciado em 12/04/2011, e cujo assunto é a “*Promoção PG/PSE/04/2010/PFT que trata do Fundo Previdenciário Municipal – FUNPREVI*”, e para o *procedimento 40/002205/2013*, que tem, como tema, a “*Complementação à Prestação de contas do exercício de 2012*”, ambos do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

O procedimento *40/1669/2011* teve início por meio do Ofício GP/SC nº 25, de 11 de abril de 2011, subscrito pelo então Secretário-Chefe do Gabinete do Prefeito, Sr. Luiz Antônio Guaraná, encaminhando ao Tribunal de Contas do Município a promoção PG/PSE/04/2010/PFT, elaborada pela Procuradoria-Geral do Município, em resposta a *consulta* formulada pela Secretaria Municipal de Fazenda “acerca da natureza e classificação contábil da despesa que o Tesouro Municipal tem em decorrência do que dispõe o art. 33 da Lei nº 3.344/2001, que instituiu o FUNPREVI”. A Procuradoria-Geral do Município, na pessoa do então Procurador-Geral do Município, Dr. Fernando dos Santos Dionísio, manifestou-se no sentido de que (...):

Como dito antes, o Município não paga inativos, quem o faz é o FUNPREVI com suas receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º da sua lei de criação.

Por se tratar de uma obrigação patronal, essa contribuição suplementar do artigo 33 da lei em foco, naquilo que se possa identificar como afeta aos trabalhadores da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB. Se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia, o que não é realidade. As contribuições previdenciárias patronal, na área de educação, são consideradas dentro dos gastos do MDE/FUNDEB, para atendimento do mínimo constitucional e demais disposições legais. (grifos nossos)

Os autos foram então encaminhados à CAD – Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento – do TCM, que entendeu que “*devido às características eminentemente jurídicas da questão, que fogem às competências desta Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento, sugere-se o encaminhamento dos autos à Douta Procuradoria Especial*

deste Tribunal, órgão de excelência jurídica dentro desta Corte, que melhor poderá se pronunciar sob o tema” (fl. 75).

Assim foi feito, havendo a Procuradoria Especial, na pessoa do Exmo. Dr. José Ricardo Parreira de Castro, se pronunciado no sentido da impossibilidade de se reconhecer a contribuição suplementar ao FUNPREVI como sendo despesa com MDE. Esta foi a conclusão a que chegou a Douta Procuradoria Especial:

“Em face de todo o acima exposto, OPINAMOS que:

(iii) por fim, não se mostra possível a contabilização das despesas que o Tesouro Municipal tem a título de “contribuição suplementar”, vertidas em favor do FUNPREVI, seja com arrimo no art. 33 da Lei Municipal nº 3.344/01, seja com base em outro dispositivo legal, como despesas atinentes a “manutenção e desenvolvimento do ensino”, nos termos e para os fins do art. 212 da CRFB, tendo em vista que o vetor finalístico da despesa prevista no art. 33 da Lei Municipal nº 3.344/01 – a “contribuição suplementar” – é a manutenção do equilíbrio atuarial do FUNPREVI, tal como preceituado no art. 1º, parágrafo único, IV, do mesmo diploma legal, que a coloca na zona de certeza negativa fixada pelo art. 71 da LDB, afastando-a, pois, dos termos do art. 212 da CRFB.”

Finalmente, sugeriu a Procuradoria Especial que o processo deveria “... ser baixado em DILIGÊNCIA, com prazo máximo de 30 (trinta) dias, para que o Poder Executivo Municipal, através de seu órgão competente para tal, INFORME a esta Corte de Contas qual o percentual máximo de expurgo de despesas com “contribuição suplementar” que poderá ser suportado pela Municipalidade, com vistas ao cumprimento dos termos do art. 212 da CRFB nos exercícios financeiros de 2012 e além.”

A sugestão da Procuradoria foi acatada pelo Tribunal de Contas que, por unanimidade, decidiu baixar o processo em diligência para tal finalidade.

Desta forma, o Excelentíssimo Senhor Prefeito, através do ofício GP nº 337, de 29/09/2011, entendeu por bem “acatar, até que diversa exegese venha a ser placitada, a sistemática de expurgo proposta pelo Tribunal” apresentando “proposta para equacionar a questão apontada por essa E. Corte de Contas, no que diz respeito à aplicação deste Município na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE”, assumindo “o compromisso de expurgar o percentual da despesa com a contribuição suplementar com vistas ao cumprimento dos termos do art. 212, da CFRB, nos exercícios de 2012 a 2021, da seguinte forma:”

Percentual do valor gasto com Contribuição Suplementar a ser considerado para o cumprimento do Art. 212 da CRFB

- 2012 - 95% (noventa e cinco por cento)
- 2013 - 85% (oitenta e cinco por cento)
- 2014 - 75% (setenta e cinco por cento)
- 2015 - 65% (sessenta e cinco por cento)
- 2016 - 55% (cinquenta e cinco por cento)
- 2017 - 45% (quarenta e cinco por cento)
- 2018 - 35% (trinta e cinco por cento)
- 2019 - 25% (vinte e cinco por cento)
- 2020 - 15 (quinze por cento)
- 2021 - 0% (zero por cento).

Apresentou, também, 'Estudo Sumário Sobre as Despesas de Contribuição Suplementar na Área de Educação', subscrito pelo Exmo. Dr. Procurador-Geral do Município, Dr. Fernando dos Santos Dionísio, o qual aponta, em resumo, as seguintes conclusões:

- que equilíbrio atuarial não significa pagamento de inativos, pois *"a capitalização de fundo previdenciário não significa qualquer pagamento de inativos, mas a forma pela qual, em obediência a legislação, se mantém o equilíbrio financeiro e atuarial desse fundo, visando cumprir com a sua obrigação de pagamento dos benefícios futuros devidos a todos os servidores que estejam ou venham a se aposentar"*;

- que a Lei nº 5.300/11, de autoria do Poder Executivo, alterou a redação do art. 33, da Lei nº 3.344/01, fixando uma contribuição suplementar de 35%, a ser paga pelo Tesouro, por 35 anos, para capitalizar o FUNPREVI;

- que a Portaria Conjunta nº 02, de 19/08/2010 passou a classificar a despesa com contribuição suplementar para cobertura do déficit atuarial como 'Obrigação Patronal'. Afirmou ainda o ilustre Procurador do Município que *"a Secretaria do Tesouro Nacional/Secretaria de Orçamento (Portaria Conjunta STN/SOF 02, de 19.08.2010) entende que a contribuição previdenciária suplementar é uma obrigação previdenciária patronal. É, dessa forma, um encargo social do empregador. Nada tem haver com o pagamento de inativos. Trata-se de gasto da educação (MDE/FUNDEB) na proporção exata do custo de pessoal ativo da área da educação, nos mesmos moldes da contribuição mensal ordinária"*. Prossegue o insigne parecerista afirmando que *"não parece válido o argumento de que essa contribuição suplementar se destina a pagar inativos. Na verdade, qualquer contribuição patronal para o fundo previdenciário (inclusive a contribuição ordinária*

dos servidores ativos) serve para atender as finalidades do fundo previdenciário (ou seja, prover recursos para pagamento de benefícios previdenciários)".

Em face da proposta de expurgo apresentada pelo Exmo. Sr. Prefeito, a D. Procuradoria Especial opinou por sua aceitação, bem como pelo arquivamento dos autos, o que de fato aconteceu, conforme se verifica no Voto nº 892/2011, da lavra do Exmo. Conselheiro Fernando Bueno Guimarães, em que ficou constando que *"não é possível, ainda, a contabilização das despesas que o Tesouro Municipal tem a título de contribuição suplementar, vertidas em favor do FUNPREVI, seja com arrimo no art. 33 da Lei Municipal nº 3.344/01, seja com base em outro dispositivo legal, como despesas atinentes a manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos e para os fins do art. 212, da CRFB"*, votando, finalmente, pelo arquivamento do processo, o que foi acolhido por unanimidade na 83ª Sessão Ordinária, ocorrida em 05/12/2011, tendo sido aceita a tabela de expurgo apresentada pelo Chefe do Executivo.

Aqui se encerra, portanto, o resumo do teor dos autos nº 40/1669/2011.

Após o arquivamento acima mencionado, o Exmo. Sr. Eduardo Paes, Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, enviou ao TCM o *ofício GP nº 221, de 09 de maio de 2013*, em que requereu a Complementação à Prestação de Contas do Exercício de 2012, dando origem, assim, ao *processo TCM nº 40/002.205/2013*.

Registrou o Exmo. Sr. Prefeito no citado ofício que, muito embora tenha apresentado proposta de expurgo da contribuição suplementar das despesas com MDE, surgiram, posteriormente, novos entendimentos e situações que, a seu ver, *"confirmam o posicionamento já defendido por esta Prefeitura com relação à apropriação do valor da contribuição suplementar paga ao FUNPREVI na aplicação do MDE"*.

São os seguintes, segundo o Exmo. Sr. Prefeito, os novos fatos e entendimentos.

O primeiro fato alegado pelo Sr. Prefeito consiste na *regularização da situação do Município perante o Ministério da Educação, por meio do preenchimento das informações junto ao SIOPE*. De fato, afirma que *"preencheu todas as informações no SIOPE desde o ano de 2005, que nunca haviam sido transmitidas. Esse fato é da maior relevância uma vez que regulariza a situação do Município perante o Ministério da Educação"*.

Prosegue relatando que *"em razão do exposto, este Município entende que o regular preenchimento do SIOPE, utilizando-se inclusive dos valores recolhidos ao FUNPREVI como contribuição suplementar, prescinde de se efetuar o expurgo proposto, solicitando que esse E. Tribunal considere, na apreciação das contas deste exercício de 2012, o valor integral da contribuição, sem qualquer expurgo"*.

Já o segundo fato consiste no *posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* o qual, *"apreciando exatamente questão idêntica"* decidiu que:

Em resposta a consulta, o Tribunal Pleno asseverou que, do total dos gastos com a alíquota de contribuição suplementar, destinada à amortização do déficit técnico atuarial do fundo previdenciário

municipal (Regime Próprio de Previdência Social – RPPS), somente poderão ser computados como despesas do ensino, (inclusive Fundeb) ou da saúde os valores que se relacionarem aos profissionais, nos termos da legislação vigente.

Prossegue o Exmo. Sr. Prefeito afirmando que *“o Município não paga inativos, quem o faz é o FUNPREVI com suas receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º da sua lei de criação”* e finaliza seu raciocínio com a seguinte conclusão:

Por se tratar de uma obrigação patronal, como se vê do estudo do TCE mineiro, essa contribuição suplementar que se destina a cobrir o déficit atuarial, naquilo que decorre dos trabalhadores ativos da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB. Se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia. As contribuições previdenciárias patronal, na área de servidores ativos da educação, são e devem ser tidas como gastos do MDE/FUNDEB, para atendimento do mínimo constitucional e demais disposições legais.

Por fim, requereu à Corte de Contas que *“reavaliem a apropriação da contribuição suplementar nos gastos do MDE/FUNDEB, como acima proposto”*.

O pleito do Exmo. Prefeito foi então encaminhado para a Procuradoria Especial e mereceu exame por Procurador diverso daquele que opinara nos autos do procedimento 40/1669/2011. Assim, o Exmo. Sr. Subprocurador-Chefe, Dr. Domingos Lopes se manifestou, no dia 16/05/2013, pelo acolhimento da solicitação.

Na mesma data, foram os autos encaminhados, pelo Exmo. Sr. Presidente do TCM, ao Conselheiro Jair Lins Netto, que apresentou o voto nº 613/2013 *“pelo acolhimento do requerimento sob exame, devendo ser considerado, na apreciação da Prestação de Contas do exercício de 2012, o valor integral da contribuição suplementar recolhido ao FUNPREVI, sem expurgo, como integrante da base de cálculo do MDE”*. Ressaltou, outrossim, que o Município deveria apresentar elementos e estudos detalhados para subsidiar a nova análise do TCM quanto à inclusão da contribuição suplementar como gastos em MDE nos exercícios subsequentes.

Na 34ª Sessão Ordinária, que aconteceu no dia 20/05/2013, o TCM, nos termos do voto do Relator Jair Lins Netto, decidiu acolher, por unanimidade, o requerimento formulado pelo Chefe do Executivo Municipal no sentido de *“ser considerado, na apreciação da Prestação de Contas do exercício de 2012, o valor integral da contribuição suplementar recolhido ao FUNPREVI, sem expurgo, como integrante da base de cálculo do MDE”* (grifos nossos). O Tribunal de Contas, outrossim, ressaltou que o Município deveria apresentar os estudos mencionados no voto do Conselheiro Relator.

Desta forma, por meio do Ofício GP nº 367, de 15/08/2013, o Município encaminhou ao TCM Nota Técnica *“contendo os estudos detalhados que demonstram que a parcela referente ao gasto com pessoal ativo da Educação através da Contribuição Suplementar, paga ao FUNPREV, pode ser considerada como despesa do MDE/FUNDEB”*.

Referida Nota Técnica, com base na definição legal de remuneração trazida pelo artigo 22, inciso I, da Lei nº 11.494, de 20/07/07, segundo o qual remuneração é *“o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes”*, teceu o seguinte raciocínio:

Para que a despesa de remuneração e os respectivos encargos sociais incidentes sejam considerados como gasto com MDE, estes devem destinar-se a profissionais da educação, *em efetivo exercício e em atividade diretamente voltada para a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino. Logo, considerando que a contribuição suplementar constitui encargo social patronal, vez que se destina a cobrir déficit atuarial decorrente de obrigações presentes e futuras, pode se concluir que essa contribuição será contabilizada nessa base de cálculo.*

Prosegue registrando que o objetivo da contribuição patronal ordinária é o mesmo do da suplementar, qual seja, o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Próprio de Previdência Social e que *“se há a necessidade de instituição de uma contribuição suplementar, é porque a contribuição patronal revela-se insuficiente para a manutenção deste equilíbrio financeiro e atuarial”* e que *“o fato da contribuição suplementar ter finalidade de preservação do RPPS, não lhe suprime a natureza de encargo social”*.

Finalmente, a Nota Técnica apresenta as seguintes conclusões, *verbis*:

- que a contribuição suplementar paga pelo Tesouro ao FUNPREVI está diretamente relacionada com os servidores em atividade e diretamente voltados para a manutenção e desenvolvimento do ensino, vez que se trata de alíquota suplementar à contribuição patronal, consoante se verifica da Lei nº 5.300/10;
- que a natureza patronal da contribuição suplementar, definida em legislação federal, constitui encargo social, podendo, desta forma, ser considerada como encargos sociais de servidores ativos da educação e em efetivo exercício para fins de MDE e utilização de recursos do FUNDEB;
- que a contribuição suplementar *será alocada na constituição de reservas técnicas destinadas à cobertura do déficit atuarial do FUNPREVI,*

sendo executada orçamentariamente na forma descrita no Anexo I da Lei nº 5.300/2010, cujo percentual e os valores mínimos foram fixados de modo a garantir o equilíbrio atuarial e os valores máximos a atender à capacidade orçamentária e financeira do Município.

Em seguida, os autos foram encaminhados à CAD, para se manifestar a respeito do teor da Nota Técnica, havendo referido órgão apresentado um resumo, em ordem cronológica, acerca da natureza da contribuição suplementar. Concluiu a CAD, outrossim, que a Nota Técnica "*não logrou comprovar a vinculação da 'contribuição suplementar' paga ao FUNPREVI com a folha de ativos da Educação*" formulando a seguinte indagação: "*se a 'contribuição suplementar' paga ao FUNPREVI, independentemente de sua finalidade, não guarda relação com a folha de ativos, como poderia ser considerada encargo social relacionado a esses servidores?*" (fl. 77, dos autos do Proc. 40/002205/2013).

Em face da manifestação da CAD, o TCM encaminhou os autos à Procuradoria Especial, que opinou fossem realizadas diligências no sentido de que (i) o Exmo. Sr. Prefeito explicitasse como o tema vem sendo tratado no âmbito da execução orçamentária de 2014; (ii) o Exmo. Sr. Prefeito informasse como o tema foi tratado no Projeto de Lei Orçamentária para o exercício de 2015; e (iii) *fosse solicitada ao TCE de Minas Gerais cópia do inteiro teor dos autos do processo 837.548, que diz respeito a matéria similar à questão então tratada*, havendo a diligência sido deferida pelo TCM na sessão ocorrida em 18.12.2014.

Tendo ocorrido o cumprimento parcial da diligência com a vinda do inteiro teor dos autos do processo mineiro, retornaram os autos à CAD que, *embora reconhecendo* que a fixação da alíquota de 35% teve a finalidade de assegurar a manutenção do equilíbrio atuarial do FUNPREVI, *acabou por concluir, sem apresentar nenhum fundamento técnico-jurídico para tanto*, mas apenas se reportando ao entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais, que só pode ser considerada despesa com MDE a alíquota da contribuição suplementar que incide sobre a folha dos servidores ativos da Educação. Assim se manifestou a CAD (fl. 154, dos autos do Proc. 40/002205/2013):

Infere-se, assim, que a fixação da alíquota de 35% visou atender ao disposto na Portaria MPS nº 403/2008, tentando caracterizar os valores repassados como contribuição suplementar, mas, na verdade, ao estabelecer valores mínimos e máximos, a própria Lei nº 5.300/2011 desfez o vínculo com a folha de ativos.

A alíquota prevista funciona, portanto, como uma referência para que o Município apure o valor a repassar ao FUNPREVI, compreendido na faixa ' piso-teto', não sendo, necessariamente, aplicada. Dessa forma, para fins de repasse ao Fundo, esse procedimento atende ao prescrito na Lei nº 5.300/2011.

No entanto, diante do exposto e em consonância com o pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, para cálculo do percentual aplicado em manutenção e desenvolvimento do ensino, só poderá ser computada como despesa uma alíquota de contribuição suplementar que incida sobre a folha de Ativos da Educação.

A douta Procuradoria Especial, *também sem oferecer qualquer fundamento técnico-jurídico* e apresentando manifestação em sentido oposto ao que havia trazido anteriormente nos autos do procedimento TCM 40/001669/2011, aderiu ao entendimento firmado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, registrando que “passando a analisar a hipótese vertida no feito – isto é, se é possível a aplicação, ao MRJ, do entendimento jurisprudencial sobre o tema sufragado pelo Egrégio TCE/MG – é de se admitir que a resposta seja *positiva*, na linha de tudo já dito quanto explicitado pelas CAD e SGCE desta Corte de Contas, com as ressalvas e medidas pelos citados órgãos placitadas”. Esclarece o Exmo. Procurador, contudo, que só pode ser considerada despesa com MDE “os valores repassados a título de contribuição suplementar *apenas até o montante decorrente da aplicação da alíquota de 35% sobre a base de cálculo estabelecida* (folha de ativos da Educação), não sendo possível, sob pena de violação do art. 70, inciso I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, bem como da Portaria STN nº 553/2014, contabilizar como despesa de MDE os valores que porventura excederem ao montante decorrente da aplicação da alíquota de 35% sobre a base de cálculo estabelecida”.

Finalmente, foram os autos encaminhados ao gabinete do Exmo. Conselheiro Luiz Antônio Guaraná o qual acompanhou o posicionamento da CAD e da Procuradoria Especial, *quanto à possibilidade de ser a contribuição suplementar considerada despesa com MDE*. No entanto, daqueles dissentiu no que tange a quais valores poderiam ser considerados como MDE. Entendeu o Exmo. Conselheiro que os valores não deveriam se restringir aos 35% da folha de ativos e defendeu “*a rigorosa aplicação do art. 33 da Lei nº 5.300/11, em sua integralidade*” a fim de que os valores a serem considerados sejam aqueles fixados no Anexo I do referido diploma legal, que estabeleceu piso e teto para o pagamento da contribuição suplementar. Registrou o Conselheiro, em seu voto, que:

[a] natureza previdenciária dessa contribuição [suplementar] não lhe retira a característica de obrigação patronal destinada a suprir déficit atuarial, segundo Portaria Conjunta nº 2, de 19/08/2010, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que alterou a Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 04/05/2001, e, portanto, passível de ser contabilizada como gasto com MDE.

E, para terminar, o Exmo. Conselheiro arremata registrando que:

[i]sso posto, VOTO, com fundamento na Portaria Conjunta nº 2, de 19/08/2010, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que alterou a Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 04/05/2001, na Lei nº 11.494/07, a LDB, no art. 212 da Constituição Federal e na Lei nº 5.300/11, pelo ARQUIVAMENTO, no sentido de que o valor da contribuição suplementar a ser contabilizado como despesa com MDE, no Exercício de 2016, cujas contas ainda não foram apreciadas, respeite os valores estabelecidos como piso e teto pelo Anexo I, da Lei nº 5.300/11, fixados de forma a manter o equilíbrio atuarial do FUNPREVI e a capacidade orçamentária e financeira do Município, como previsto na Portaria MPS nº 403/08, e passíveis de contabilização como gasto do MDE, por guardar relação direta como os profissionais da Educação.

Desta forma, na sessão realizada no dia 06/06/2017, o Tribunal de Contas do Município decidiu, por unanimidade, arquivar o processo 40/2205/2013, sedimentando o entendimento de que a contribuição suplementar poderia ser contabilizada como gasto em MDE.

Tal entendimento, contudo, além de trazer graves prejuízos à educação no Município do Rio de Janeiro, é ilegal e inconstitucional, conforme se demonstrará a seguir.

II.II.II – MOTIVOS POR QUE A CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO GASTO COM MDE

Conforme já dito no item II.II.I, acima, o Tribunal de Contas do Município, em sua 83ª Sessão Ordinária realizada em 05/12/2011, acolheu, por unanimidade, o entendimento trazido no Voto nº 892/2011, da lavra do Exmo. Conselheiro Fernando Bueno Guimarães, no sentido de que *“não é possível, ainda, a contabilização das despesas que o Tesouro Municipal tem a título de contribuição suplementar, vertidas em favor do FUNPREVI, seja com arrimo no art. 33 da Lei Municipal nº 3.344/01, seja com base em outro dispositivo legal, como despesas atinentes a manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos e para os fins do art. 212, da CRFB”* (grifo nosso).

A Corte de Contas contudo, após recebimento do ofício GP nº 221, de 09/05/2013, da lavra do Exmo. Sr. Prefeito, *passou a adotar entendimento diverso do anterior*, para admitir que o valor da contribuição suplementar recolhido pelo Município ao FUNPREVI integrasse a base de cálculo do MDE e, conseqüentemente, fosse utilizado para alcançar o patamar de 25% previsto no artigo 212, da Constituição da República, desde que respeitados *“os valores estabelecidos como piso e teto pelo Anexo I, da Lei nº 5.300/11, fixados de forma a manter o equilíbrio atuarial do FUNPREVI e a capacidade orçamentária e financeira do Município”*.

No ofício em referência – e cuja solicitação foi acatada – o Exmo. Sr. Prefeito requereu ao TCM que fosse reavaliada a possibilidade de a contribuição suplementar vertida ao FUNPREVI ser considerada como sendo gasto com MDE. A justificar seu pleito, trouxe os seguintes argumentos:

- que havia regularizado sua situação, perante o Ministério da Educação, por meio do preenchimento das informações junto ao SIOPE e que *entende que o regular preenchimento do SIOPE, utilizando-se inclusive dos valores recolhidos ao FUNPREVI como contribuição suplementar, prescinde de se efetuar o expurgo proposto, solicitando que esse E. Tribunal considere, na apreciação das contas deste exercício de 2012, o valor integral da contribuição, sem qualquer expurgo*”;

- que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais *“apreciando exatamente questão idêntica”* decidiu que *“do total dos gastos com a alíquota de contribuição suplementar, destinada à amortização do déficit técnico atuarial do fundo previdenciário municipal (Regime Próprio de Previdência Social – RPPS), somente poderão ser computados como despesas do ensino, (inclusive Fundeb) ou da saúde os valores que se relacionarem aos profissionais, nos termos da legislação vigente.”*;

- que *“o Município não paga inativos, quem o faz é o FUNPREVI com suas receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º da sua lei de criação”*. E, finalmente:

- que, *“por se tratar de uma obrigação patronal, como se vê do estudo do TCE mineiro, essa contribuição suplementar que se destina a cobrir o déficit atuarial, naquilo que decorre dos trabalhadores ativos da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB. Se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia. As contribuições previdenciárias patronal, na área de servidores ativos da educação, são e devem ser tidas como gastos do MDE/FUNDEB, para atendimento do mínimo constitucional e demais disposições legais”*.

Passa-se, então, a analisar cada um dos argumentos acima trazidos pelo Exmo. Sr. Prefeito.

A. REGULARIZAÇÃO JUNTO AO SIOPE

No que tange à regularização junto ao SIOPE, cabe salientar que esta Promotoria de Justiça enviou à Presidência do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação) ofício indagando se o SIOPE *“admite a inserção de dados de despesas com contribuição suplementar para capitalização de fundo de aposentadoria no cômputo do percentual mínimo de educação”*.

Como resposta, foi informado que o *“Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (SIOPE) é um sistema eletrônico operacionalizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), instituído para coleta, processamento, disseminação e acesso público às informações referentes aos orçamentos de educação da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sem prejuízo das atribuições próprias dos Poderes Legislativos e dos Tribunais de Contas”* e que *“as informações prestadas ao SIOPE são de natureza declaratória, não*

cabendo ao FNDE/MEC a manipulação ou alteração de quaisquer dados e informações prestados" (grifos no original).

É o que consta, também, no site do FNDE⁹, cuja tela se encontra abaixo reproduzida, em que se apresenta, como uma das características desse sistema, seu caráter meramente declaratório, atribuindo-se ao declarante, no caso o Município do Rio de Janeiro, a responsabilidade: (i) pela inserção dos dados no programa de declaração; (ii) pela fidedignidade dos dados declarados em relação aos demonstrativos contábeis; (iii) pela veracidade das informações inseridas na base de dados.

The screenshot shows a web interface for SIOPE. On the left, there is a navigation menu with sections: 'MAIS SOBRE O SIOPE' (containing 'Manuais do SIOPE', 'Material de divulgação', 'Parcerias', and 'Sobre o SIOPE'), 'MAVS', and 'CENTRAIS DE CONTEÚDOS' (containing 'Imagens', 'Vídeos', and 'Publicações'). The main content area on the right contains the following text:

O SIOPE, visando à padronização de tratamento gerencial, calcula a aplicação da receita vinculada à manutenção e desenvolvimento do ensino de cada ente federado.

O principal objetivo do SIOPE é levar ao conhecimento da sociedade o quanto as três esferas de governo investem efetivamente em educação no Brasil, fortalecendo, assim, os mecanismos de controle social dos gastos na manutenção e desenvolvimento do ensino. Dessa forma, este sistema contribui para garantir maior efetividade e eficácia das despesas públicas em educação e, em última instância, para a melhoria da qualidade dos serviços prestados à sociedade pelo Estado.

A implantação deste sistema se reveste de particular importância para os gestores educacionais dos estados e municípios, pois vai auxiliá-los no planejamento das ações, fornecendo informações atualizadas sobre as receitas públicas e os correspondentes recursos vinculados à educação. Os indicadores gerados pelo SIOPE vão assegurar ainda maior transparência da gestão educacional.

O SIOPE poderá subsidiar a definição e a implementação de políticas de financiamento orientadas para a promoção da inclusão educacional, da igualdade de oportunidades, da equidade, da efetividade e da qualidade do ensino público.

O SIOPE apresenta as seguintes características:

- Inserção e atualização permanente de dados da União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios;
- Caráter declaratório;
- Processos informatizados de declaração, armazenamento, disponibilização e extração dos dados;
- Publicidade das informações declaradas e dos indicadores calculados;
- Realização de cálculo automático dos percentuais mínimos aplicados em manutenção e desenvolvimento de ensino de acordo com a metodologia adotada (para tomar conhecimento desta metodologia, consulte o manual disponível na seção Downloads);
- Correspondência entre as informações declaradas na base de dados com os demonstrativos contábeis publicados pelos entes da federação.

Atribui-se ao declarante a responsabilidade:

- Pela inserção dos dados no programa de declaração;
- Pela fidedignidade dos dados declarados em relação aos demonstrativos contábeis;
- Pela veracidade das informações inseridas na base de dados.

Constou ainda da resposta que “o SIOPE, como instrumento de monitoramento, apenas reflete a situação da aplicação dos recursos na área educacional, *exatamente na forma declarada pelos Estados/Municípios, sendo válida a ressalva de que o juízo quanto às informações declaradas tampouco compete ao FNDE, mas aos órgãos de fiscalização e controle (MP e TCE), consoante disposto os art. 26, II¹⁰ e, 27¹¹ e 29¹² da Lei nº 11.494/07” (grifo nosso).*

⁹ https://www.fnde.gov.br/index.php/fnde_sistemas/siope/sobre/sobre-o-siope. Acesso em 12/05/2021.

¹⁰ Art. 26. A fiscalização e o controle referentes ao cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e do disposto nesta Lei, especialmente em relação à aplicação da totalidade dos recursos dos Fundos, serão exercidos:

II - pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto aos respectivos entes governamentais sob suas jurisdições;

¹¹ Art. 27. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios prestarão contas dos recursos dos Fundos conforme os procedimentos adotados pelos Tribunais de Contas competentes, observada a regulamentação aplicável.

¹² Art. 29. A defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, relacionada ao pleno cumprimento desta Lei, compete ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e ao Ministério Público Federal, especialmente quanto às transferências de recursos federais.

Finalmente, quanto ao *dispêndio com pessoal inativo* e com pensionistas, afirmou que tal despesa:

[n]ão pode ser considerada para fins de cômputo do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) a ser aplicado em educação, conforme determinado pelo art. 212 da Constituição Federal. Além disso, o art. 71, VI, também da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, exclui do conceito de despesas de ensino os gastos com servidores em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. Em razão da regra expressa em lei, não há inconsistência no SIOPE ou irregularidade da União capaz de, em cognição sumária, justificar a plausibilidade do direito.

A inclusão de salário e encargos de professores inativos nas despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino viola a destinação constitucional específica do art. 212, caput, da Constituição e transgride a cláusula de não vinculação de impostos do art. 167 da Carta Magna.

Dessa forma, o SIOPE não considera, para fins de cômputo do percentual mínimo em educação, as despesas lançadas nas subfunções típicas da Função 09 (Previdência Social), quais sejam 271 – Previdência Básica; 272 – Previdência do Regime Estatutário; 273 – Previdência Complementar e 274 – Previdência Especial. (grifos nossos)

Tem-se, portanto, que a regularização da situação do Município junto ao SIOPE se deu porque aquele *passou a declarar e transmitir os dados* no referido sistema, o que *não vinha acontecendo desde o ano de 2005*, sendo certo que o teor do que é declarado é da responsabilidade exclusiva do declarante, não cabendo, como já dito, ao FNDE, tecer qualquer juízo de valor a respeito do que é declarado.

Conclui-se, assim, *que o fato de o Município declarar ao SIOPE que está contabilizando a contribuição suplementar como gasto com MDE não implica dizer que essa contabilização é regular.*

Pelo contrário. Conforme se demonstrará mais abaixo, considerar a contribuição suplementar como despesa com MDE é inconstitucional e ilegal.

B. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS

O procedimento de Minas Gerais (cujo inteiro teor se encontra nos autos do processo TCM 040/002205/2013) foi iniciado a partir da consulta realizada pelo município de Patos de Minas, que indagou se *“o custo adicional com a alíquota suplementar para Amortização do Déficit Técnico Atuarial, dos servidores vinculados ao Ensino Infantil e Fundamental poderá ser custeada com recursos da Manutenção e*

Desenvolvimento do Ensino – 25% e ou do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB”.

A consulta foi encaminhada ao gabinete do auditor Dr. Hamilton Coelho, que respondeu que:

[a] alíquota de contribuição aos fundos previdenciários constitui despesa de pessoal, classificada contabilmente como obrigação patronal e, por conseguinte, perfeitamente computável dentre os gastos do ensino, se oriunda da folha dos profissionais da educação, por óbvio.

Para chegar a essa conclusão, afirmou o ilustre Auditor, em resumo:

1. Que a Constituição Federal, ao dispor sobre o Regime Próprio da Previdência Social (art. 40), determinou fossem estabelecidos critérios com a finalidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial dos respectivos Fundos;

2. Que a Portaria do Ministério da Previdência Social nº 403/08, que dispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações atuariais dos regimes próprios de previdência dos entes federados, prevê, em seu art. 19, par. 1º, que *“o plano de amortização poderá consistir no estabelecimento de alíquota de contribuição suplementar ou em aportes periódicos cujos valores sejam reestabelecidos”* e que somente no caso de estabelecimento de alíquota de contribuição suplementar pode tal despesa ser considerada como despesa de pessoal uma vez que a Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/01 classificou a alíquota de contribuição suplementar como sendo *“Obrigação Patronal”*. Anexa-se, abaixo, a cópia do referido parecer, extraída dos autos do Processo TCM 40/002205/2013:

Nesse contexto, justamente para dispor sobre as normas aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais dos regimes próprios de previdência dos entes federados, sobreveio a Portaria do Ministério da Previdência Social n.º 403/08, cujos artigos 18, *caput.* e 19, § 1º, nos interessam particularmente:

"Art. 18. No caso da avaliação indicar déficit atuarial deverá ser apresentado no Parecer Atuarial plano de amortização para o seu equacionamento.

[...]

Art. 19...

§ 1º O plano de amortização poderá consistir no estabelecimento de alíquota de contribuição suplementar ou em aportes periódicos cujos valores sejam reestabelecidos."

Assim, nos casos em que a avaliação atuarial aponta déficit (ou seja, o fluxo das receitas estimadas não é suficiente para suportar as obrigações com pagamento de benefício projetadas), o ente responsável deve implementar um plano de amortização com a finalidade de corrigi-lo, podendo optar pela instituição de alíquota de contribuição patronal suplementar, ou, alternativamente, pela realização de aportes periódicos ao fundo previdenciário.

A diferença fundamental entre as duas modalidades consiste em que apenas a primeira pode ser considerada como despesa de pessoal.



2009



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Auditor Hamilton Copelho,

40 / 1205 / 2013
10.05.2013



Com efeito, a Portaria Interministerial STN/SOF n.º 163/01¹ (traz normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) aplica à aludida alíquota suplementar a classificação contábil 3.1.91.13.00 (Categoria econômica: 3 – Despesas Correntes; Grupo de despesa: 1 – Pessoal e Encargos Sociais; Modalidade de aplicação: 91 – Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social; Elemento de despesa: 13 – Obrigações Patronais), e define:

“13 - Obrigações Patronais

Despesas orçamentárias com encargos que a administração tem pela sua condição de empregadora, e resultantes de pagamento de pessoal ativo, inativo e pensionistas, tais como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e contribuições para Institutos de Previdência, inclusive a alíquota de contribuição suplementar para cobertura do déficit atuarial, bem como os encargos resultantes do pagamento com atraso das contribuições de que trata este elemento de despesa.” [Destaquei].

3. Que o art. 5º, da Instrução Normativa 13/08, daquele Tribunal de Contas, considera como despesa com MDE as que se refiram à remuneração do pessoal docente e demais profissionais da educação. Aduz, ainda, que referida Instrução Normativa traz, como definição de ‘remuneração’, conceito semelhante ao do art. 26, da atual Lei do FUNDEB, assim dispendo: “*remuneração*: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado e dos Municípios, conforme o caso, *inclusive os encargos sociais incidentes*.” Concluiu, então, que:

Os encargos sociais, – que constituem obrigações patronais – incidentes sobre a folha de pagamento dos profissionais da educação, são considerados despesas realizadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Foram os autos para o gabinete do Exmo. Conselheiro Elmo Braz que, no mérito, respondeu “à consulta nos termos do bem lançado parecer do douto Auditor Hamilton Coelho, in verbis”.

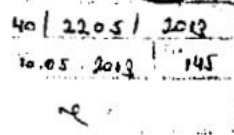
Por fim, indo os autos a Plenário, todos os Conselheiros votaram de acordo com o voto do Conselheiro Relator, Dr. Elmo Braz, havendo a consulta sido respondida nos seguintes termos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 Coordenadoria de Acórdão



Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno



Processo nº: 837548
 Natureza: Consulta
 Autoridade Consulente: Maria Beatriz de Castro Alves Savassi, Prefeita de Patos de Minas
 Relator: Conselheiro Elmo Braz
 Sessão: 31/08/2011
 Impedimento do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho

EMENTA: CONSULTA – REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS) – AMORTIZAÇÃO DO DÉFICIT ATUARIAL – ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR – CÔMPUTO COMO DESPESAS DO ENSINO (CR/88, ART. 212), DO FUNDEB (LEI 11.494/07) OU DA SAÚDE (ART. 77 DO ADCT DA CR/88) – POSSIBILIDADE – NECESSÁRIA A CERTIFICAÇÃO DE QUE A CONTRIBUIÇÃO RELACIONA-SE A SERVIDORES EFETIVAMENTE VINCULADOS ÀS ÁREAS DA EDUCAÇÃO E DA SAÚDE – MATÉRIA NORMALIZADA PELO TCEMG (INSTRUÇÕES NORMATIVAS Nº 13/08 E Nº 19/08).

Do total dos gastos com a alíquota de contribuição suplementar, destinada à amortização do déficit técnico atuarial do fundo previdenciário municipal (RPPS), somente poderão ser computados como despesas do ensino (inclusive FUNDEB) ou da saúde os valores que se relacionarem aos profissionais respectivos, nos termos da legislação vigente.

Esse raciocínio, conforme se demonstrará mais abaixo de forma detalhada, acarretou perdas bilionárias para a educação do município do Rio de Janeiro.

C. PAGAMENTO DOS INATIVOS PELO FUNPREVI, E NÃO PELO MUNICÍPIO

Afirmou o Exmo. Sr. Prefeito, em seu ofício GP nº 221, de 09/05/2013, que “o Município não paga inativos, quem o faz é o FUNPREVI com suas receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º da sua lei de criação”.

De fato, quem efetua o pagamento dos proventos de aposentadoria e das pensões é o FUNPREVI. Ocorre que o faz não apenas com recursos próprios, mas, em grande em parte, com recursos advindos do Tesouro Municipal. Não fosse isso, não teria havido todas essas dúvidas e discussões a respeito do tema, que acabaram por causar imenso prejuízo à educação.

Com efeito, dentre as “receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º de sua lei de criação” se encontram as dotações orçamentárias, transferências de recursos e subvenções consignadas nos orçamentos do Município do Rio de Janeiro (inciso V). Para facilitar o entendimento, transcreve-se, abaixo, o art. 4º, da Lei nº 3.344/01 (Lei de criação do FUNPREVI).

Art. 4º. São receitas do FUNPREVI:

- I - contribuições previdenciárias dos segurados e do Município;
- II - rendimentos de aplicações financeiras dos recursos do FUNPREVI, consistentes em:
 - a) títulos de renda fixa públicos federais e de títulos privados;
 - b) títulos de renda variável, inclusive dividendos e bonificações;
 - c) fundos de investimentos, mobiliários e imobiliários; e
 - d) demais aplicações previstas na legislação pertinente.
- III - juros de operações de financiamentos e empréstimos efetuados pelo PREVI-RIO a servidores do Município do Rio de Janeiro;
- IV - receitas provenientes da compensação previdenciária com o Regime Geral e com outros regimes próprios;
- V - dotações orçamentárias, transferências de recursos e subvenções consignadas nos orçamentos do Município do Rio de Janeiro; e
- VI - rendimentos de legados e doações.

Percebe-se, da leitura da norma legal acima transcrita, que são receitas próprias do FUNPREVI aquelas previstas nos incisos I, II, III e VI. As dos incisos IV e V não são receitas próprias, haja vista terem origem no Tesouro Municipal e em legados e doações.

Tem-se, assim, que os inativos não são pagos com recursos unicamente do Fundo, mas também com recursos originários do Tesouro Municipal transferidos ao

FUNPREVI, recursos estes, diga-se, que foram o motor propulsor de toda discussão travada nesta inicial.

A comprovar tal afirmação está o parágrafo 1º, do artigo 33, da Lei nº 5.300/11, onde consta, expressamente, que o Tesouro Municipal fará aportes ao FUNPREVI para o fim de capitalização deste:

§ 1º O Tesouro Municipal pagará, mensalmente, a partir de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2045, contribuição suplementar ao FUNPREVI no importe correspondente a trinta e cinco por cento da remuneração integral percebida pelos servidores ativos de qualquer dos Poderes do Município, incluídas suas autarquias e fundações, excetuadas as parcelas de caráter eventual.

Como se vê, o FUNPREVI faz o pagamento, embora o faça com recursos que não são unicamente seus, mas também, e principalmente, do Tesouro Municipal.

D. CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR E OBRIGAÇÃO PATRONAL

Este é o ponto mais importante de tudo o que foi dito até aqui, uma vez que toda argumentação que levou o TCM a autorizar a contabilização da contribuição suplementar como gasto em MDE decorre do fundamento equivocado no sentido de que tal contabilização é possível em virtude de a contribuição suplementar ter sido classificada como “obrigação patronal”.

Necessário se faz deixar claro, inicialmente, que o fato de o Tribunal de Contas do Município ter concordado com o entendimento de que a contribuição suplementar pode ser considerada como gasto com MDE não impede que a questão seja submetida a exame pelo Poder Judiciário. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, já se manifestou sobre o assunto, conforme se extrai do acórdão proferido pela 21ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 0436930-90.2013.8.19.0001:

Dos efeitos do parecer do TCMRJ e da aprovação de contas por parte da Câmara dos Vereadores.

Por questão de método, insta apontar que, ao contrário do que se pode pretender, não haverá que se falar da existência de qualquer *bill of indemnity* do réu à conta de não rejeição das suas contas pelo TCMERJ e, em momento posterior, aprovação das mesmas pelo legislativo municipal (Câmara de Vereadores).

Isso porque, *a uma*, o TCMRJ, não obstante o título *de tribunal*, não exerce qualquer função jurisdicional, senão e como de conhecimento geral, se revela como órgão auxiliar do Poder Legislativo, pelo viés de controle do funcionamento da Administração (em sentido lato.).

Com efeito, exercendo várias atividades em relação à verificação do funcionamento adequado da administração local e efetuando, no que interessa a este processo, recomendações, sugestões e emitindo pareceres, cuida-se de órgão auxiliar de controle, que fornece os elementos necessários para o melhor funcionamento da máquina burocrática municipal.

= 21ª C. Cível – Ap. Cível no 0436930-90 – Voto - GD – Fls. 4 / 22 =

Nada impede, por outro lado, que parecer positivo em relação a contas de determinado Prefeito, recomendando a aprovação das mesmas venha a ser rechaçado pela Câmara dos Vereadores, ou vice-versa, haja vista a que, como já dito, referido TCMRJ nada julga, enquanto que o Colegiado municipal realiza um **exame político** das despesas do chefe do executivo local.

A *duas*, sabendo-se que o Poder Judiciário não irá “revisar” ou “julgar” posicionamentos do TCMRJ, quanto ao mérito dos mesmos, assim como não o fará em relação à aprovação de contas posterior, pelo legislativo local, nada impede que, à conta de ilegalidades ou atos ímprobos e determinado ordenador de despesas, venha o mesmo a responder judicialmente, como ocorre no presente caso.¹

O Supremo Tribunal Federal também decidiu a respeito do tema:

13/04/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.231.883 CEARÁ

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AGDO.(A/S)	: TERTULIANO CANDIDO DE ARAUJO
ADV.(A/S)	: ANTONIO LEITE TAVARES

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. Contas de prefeito municipal. Parecer técnico elaborado pelo tribunal de contas. Caráter opinativo. Necessidade de apreciação pela respectiva câmara municipal. Impossibilidade de julgamento ficto por decurso de prazo. Repercussão geral reconhecida. Precedentes.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 729.744/MG (Rel. Ministro **Gilmar Mendes**), fixou a seguinte tese: “O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo”.

2. Por sua vez, na apreciação do RE nº 848.826/CE (red. do ac. Min. **Ricardo Lewandowski**), firmou-se a tese de que “[p]ara os fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”.

Feitas essas considerações quanto à natureza das manifestações do Tribunal de Contas, passa-se a tratar da questão concernente à contribuição suplementar e à obrigação patronal.

Afirmou o Exmo. Sr. Prefeito, em seu ofício, que *“por se tratar de uma obrigação patronal, como se vê do estudo do TCE mineiro, essa contribuição suplementar que se destina a cobrir o déficit atuarial, naquilo que decorre dos trabalhadores ativos da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB. Se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia. As contribuições previdenciárias patronal, na área de servidores ativos da educação, são e devem ser tidas como gastos do MDE/FUNDEB, para atendimento do mínimo constitucional e demais disposições legais”*.

A frase acima contém duas inadequações, que serão a seguir abordadas separadamente. A primeira inadequação está contida no trecho *“por se tratar de uma obrigação patronal, como se vê do estudo do TCE mineiro, essa contribuição suplementar que se destina a cobrir o déficit atuarial, naquilo que decorre dos trabalhadores ativos da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB”*. Já a segunda, na parte que registra que *“se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia”*.

Vamos à primeira.

O estudo do TCM mineiro, conforme acima dito, concluiu que:

a) a contribuição suplementar foi classificada, na Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/01, como sendo “Obrigação Patronal”;

b) conseqüentemente, sendo a contribuição suplementar uma obrigação patronal, e constituindo esta um encargo social, pode ser considerada como gasto em MDE, desde que vinculada à folha dos servidores ativos da educação.

É importante salientar, inicialmente, que o fato de referida Portaria ter classificado a contribuição suplementar como “obrigação patronal” não significa que, por causa disso, possa ser considerada como sendo gasto com manutenção e desenvolvimento do ensino.

Com efeito, a Portaria 163 decorre da norma legal que determina que os procedimentos de consolidação das contas dos entes públicos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) sejam padronizados.

De fato, o artigo 51¹³, da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – determina que as contas públicas sejam consolidadas pelo Poder Executivo da União, devendo os Municípios a este encaminhar suas contas até o dia 30 de abril e, os Estados, até o dia 31 de maio.

¹³ Art. 51. O Poder Executivo da União promoverá, até o dia trinta de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público.

§ 1º Os Estados e os Municípios encaminharão suas contas ao Poder Executivo da União nos seguintes prazos: I - Municípios, com cópia para o Poder Executivo do respectivo Estado, até trinta de abril; II - Estados, até trinta e um de maio.

A Lei de Responsabilidade Fiscal prescreveu também que, enquanto não for implantado o Conselho de Gestão Fiscal previsto no artigo 67, caberá ao órgão central de contabilidade da União, qual seja, a Secretaria do Tesouro Nacional, a atribuição para editar as normas gerais para consolidação das contas públicas (art. 50, § 2º¹⁴, da LRF).

Desta forma, compete à Secretaria do Tesouro Nacional expedir orientações técnicas, para os Estados e para os Municípios, com a finalidade de harmonizar os conceitos e os procedimentos contábeis, orçamentários, financeiros e patrimoniais para fins de consolidação das contas públicas. Para que se possa melhor compreender o que está sendo dito, transcreve-se parte do preâmbulo da mencionada Portaria:

PORTARIA INTERMINISTERIAL STN/SOF Nº 163, DE 04 DE MAIO DE 2001
DOU de 7.5.2001 - Retificação no DOU de 5.6.2001

Portaria STN/SOF nº 519/2001 - Portaria STN nº 212/2001

Dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DO TESOURO NACIONAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA e o SECRETÁRIO DE ORÇAMENTO FEDERAL DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso de suas atribuições legais, e tendo em vista o disposto no art. 50, § 2º, da [Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), e

Considerando que, para que sejam consolidadas as Contas Públicas Nacionais, em obediência ao disposto no art. 51 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), há a necessidade da uniformização dos procedimentos de execução orçamentária no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

Considerando que a uniformização desses procedimentos impõe, necessariamente, a utilização de uma mesma classificação orçamentária de receitas e despesas públicas;

Considerando, também, que, além da necessidade referida no item precedente, a unificação das mencionadas classificações trará incontestáveis benefícios sobre todos os aspectos, especialmente para o levantamento e análise de informações em nível nacional;

Considerando, por outro lado, que, de acordo com o art. 52, incisos I, alínea "b", e II, alínea "b", da Lei Complementar nº 101, de 2000, a demonstração da despesa constante do Relatório Resumido da Execução Orçamentária far-se-á por grupo de natureza;

Considerando que, a Lei de Responsabilidade Fiscal determina que cabe ao órgão central de contabilidade da União a edição das normas gerais para a consolidação das contas públicas, enquanto não for implantado o Conselho de Gestão Fiscal, previsto no art. 67 da referida Lei Complementar;

Considerando, ainda, que, de acordo com o art. 4º do Decreto nº 3.589, de 6 de setembro de 2000, o órgão central do Sistema de Contabilidade Federal é a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda;

¹⁴ Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

[...]

§ 2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67.

Convém registrar também que a redação original da Portaria 163 não previa a contribuição suplementar como sendo obrigação patronal:

13 - Obrigações Patronais

Despesas com encargos que a administração tem pela sua condição de empregadora, e resultantes de pagamento de pessoal, tais como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e contribuições para Institutos de Previdência.

Posteriormente, referida Portaria foi alterada pela Portaria Conjunta STN/SOF nº 2, de 19/08/2010, passando o item 13, relativo à classificação das Obrigações Patronais, a incluir a contribuição suplementar:

Art. 4º Os conceitos e especificações constantes da alínea “D” do inciso II do Anexo II da Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 2001, passam a vigorar com a seguinte alteração:

13 - Obrigações Patronais

Despesas orçamentárias com encargos que a administração tem pela sua condição de empregadora, e resultantes de pagamento de pessoal ativo, inativo e pensionistas, tais como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e contribuições para Institutos de Previdência, *inclusive a alíquota de contribuição suplementar para cobertura do déficit atuarial*, bem como os encargos resultantes do pagamento com atraso das contribuições de que trata este elemento de despesa. (NR) (grifo nosso)

Percebe-se, assim, que se trata de mera classificação orçamentária, a fim de que seja dado tratamento uniforme e padronizado aos elementos de despesa por todos os entes da federação para que utilizem a mesma linguagem e os mesmos conceitos, evitando-se, desta forma, entendimentos equivocados. Por isso, o fato de ter sido classificada como “Obrigação Patronal” não transforma a contribuição suplementar em despesa com MDE.

Dito isto, passa-se a analisar a *segunda* afirmação no sentido de que a contribuição suplementar, por se tratar de uma obrigação patronal, pode ser considerada como gasto com MDE, naquilo que decorre dos trabalhadores ativos da educação e que *“se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia”*.

Trata-se de mais uma afirmação equivocada, uma vez que *há obrigações patronais que podem ser consideradas como gasto com MDE e outras que não*, conforme se explicará a seguir.

Segundo já se disse acima, de acordo com o art. 4º¹⁵, da Lei nº 3.344/2001, uma das receitas que compõem o FUNPREVI são as *contribuições do Município* (obrigação patronal) e as contribuições dos servidores (obrigação do segurado), sendo certo que tanto estes quanto aquele são contribuintes obrigatórios (art. 6º¹⁶, da Lei nº 3.344/2001).

Determina ainda o §1º, do art. 6º, que *“a contribuição mensal obrigatória incidirá sobre a remuneração integral percebida pelo servidor, excetuadas as parcelas de caráter eventual, sendo de onze por cento para os servidores e de vinte e dois por cento para o Município”*.

Como se vê, a contribuição mensal obrigatória do Município (obrigação patronal) para o FUNPREVI é um dos componentes da remuneração do servidor e, por tal motivo, pode e deve ser considerada despesa com MDE para fins de atingimento do patamar constitucional de 25%.

O conceito de remuneração se encontra estampado no art. 22, parágrafo único, inciso I¹⁷, da antiga Lei do FUNDEB (Lei nº 11.494/2007), e no art. 26, parágrafo único, inciso I¹⁸, da atual Lei do FUNDEB (Lei nº 14.113/2020), constando, em ambos os diplomas legais, que a remuneração é o total dos pagamentos devidos aos profissionais da educação, incluindo os *encargos sociais incidentes*, o que inclui, portanto, a contribuição patronal obrigatória que o município do Rio de Janeiro faz ao FUNPREVI.

Por isso, tendo em vista que *a obrigação patronal ordinária, por ser um encargo social, compõe a remuneração dos servidores, pode a mesma, em razão disso, ser considerada como gasto com MDE e, assim, ser utilizada para alcançar os 25% constitucionais*.

É que consta da 11ª edição, Versão 3, do *MANUAL DE DEMONSTRATIVOS FISCAIS Aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios Válido a partir do exercício financeiro de 2021*, de 07/05/2021,

¹⁵ Art. 4º. São receitas do FUNPREVI: I - *contribuições previdenciárias dos segurados e do Município*; [...]

¹⁶ Art. 6º. São *contribuintes obrigatórios* do Regime Próprio de Previdência do Município do Rio de Janeiro, exclusivamente:

I - *os servidores titulares* de cargos efetivos do Poder Executivo, inclusive Autarquias e Fundações, da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Município, bem como seus Conselheiros; e

II - *o Município do Rio de Janeiro*, suas Autarquias e Fundações.

¹⁷ Art. 22 – [...]

Parágrafo único. Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se:

I - *remuneração: o total de pagamentos* devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, *inclusive os encargos sociais incidentes*;

¹⁸ Art. 26 – [...]

Parágrafo único. Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se:

I - *remuneração: o total de pagamentos* devidos aos profissionais da educação básica em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, *inclusive os encargos sociais incidentes*;

[c]ujo objetivo é propor recomendações baseadas no diálogo permanente, com a finalidade de reduzir divergências e duplicidades, em benefício da transparência da gestão fiscal, da racionalização de custos nos entes da Federação e do controle social de forma a exercer, em caráter supletivo, as funções do Conselho de Gestão Fiscal para fins de consolidação das contas públicas (§ 2º do art. 50 da LRF):

Por não estarem voltadas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais, **não são consideradas despesas com MDE** as despesas:¹⁰²

- a) com pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- b) com subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- c) com a formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- d) com programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- e) com obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- f) com pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Em relação aos gastos com pessoal, consideram-se com MDE as despesas destinadas à **remuneração** e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação, excetuando-se as despesas com pessoal quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme previsto no art. 71, inciso VI da lei acima referida.

A Constituição Federal, por sua vez, veda a utilização, para pagamento de aposentadorias e de pensões, dos recursos de impostos e transferências de impostos a serem aplicados em MDE para cumprimento do limite mínimo.¹⁰³

Ressalta-se que a contribuição patronal aos regimes de previdência referente às despesas com pessoal ativo consideradas como MDE também se enquadram nesse conceito e devem ser incluídas no cálculo do limite constitucional.

Como se vê do último parágrafo acima transcrito, *apenas a contribuição patronal ordinária* (e não a contribuição patronal suplementar) aos regimes de previdência referentes às despesas com pessoal ativo pode ser incluída no cálculo do limite constitucional, uma vez que faz parte da remuneração do servidor.

Com vistas a melhor esclarecer a diferença entre ambas as contribuições, traz-se, como exemplo, o Demonstrativo de Receitas do FUNPREVI, extraído do Relatório

da CAD (fl. 179), do Tribunal de Contas do Município, relativo à análise das contas do exercício de 2011:

Receitas	R\$ milhares
CORRENTES	2.145.126
Contribuição Patronal - Ativo Civil - Poder Executivo	572.057
Contribuição Patronal - Ativo Civil - Poder Legislativo	37.288
Contribuição Previdenciária Suplementar	977.839
Contribuição de Servidor - Ativo Civil - Poder Executivo	278.098
Contribuição de Servidor - Ativo Civil - TCMRJ	9.075
Contribuição de Servidor - Ativo Civil - Poder Legislativo - CMRJ	9.076
Contribuição de Servidor - Inativo Civil - Poder Executivo	7
Contribuição de Servidor - Inativo Civil - Poder Legislativo - CMRJ	0
Contribuição para o RPPS - Pessoal Cedido e Afastado	53
Aluguéis Recebidos	2.022
Rendimentos de Aplicações Financeiras	174.162
Dividendos	2.026
Juros de Empréstimos - Financiamento Imobiliário	47.350
Multas e Juros Contrib. Servidor para o RPPS	614
Compensação Previdenciária	34.716
Outras Receitas	545
Restituições de Despesa de Pessoal	199
CAPITAL	519
Alienação de Títulos Mobiliários	519
REPASSES	27.191
Recursos do Tesouro	27.191
TOTAL	2.172.836

Fonte: Contas de Gestão 2011

Tornando-se clara essa distinção, verifica-se facilmente que, *por não compor a remuneração do profissional da educação*, não pode a contribuição suplementar ser considerada como gasto em MDE.

Aliás, a distinção entre *contribuição previdenciária ordinária e contribuição suplementar* não escapou de análise pela Sra. Andrea Gouvea Vieira, então Vereadora da cidade do Rio de Janeiro que, em ofício dirigido ao Ministério Público em 18 de janeiro de 2012, assim se pronunciou:

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Gabinete da Vereadora Andrea Gouvêa Vieira
Praça Floriano s/nºsala 1002 - Rio de Janeiro – Fone 3814-2105

Por oportuno, em relação à execução do orçamento da Educação em 2011, acrescento, em anexo, cópia do Quadro Demonstrativo de Despesa da Secretaria Municipal de Educação e do Quadro Demonstrativo de Despesa do Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro, extraídos do Sistema de Contabilidade Municipal – FINCOM – onde se verifica que o valor da contribuição previdenciária suplementar “criada” pela Lei Municipal nº 5.300/2011, contabilizado no âmbito da SME, e repassado ao FUNPREVI, foi quase integralmente consumido pelo Órgão Previdenciário no pagamento de proventos dos inativos da rede de ensino. Dos R\$ 679.539.849,63 arrecadados, R\$ 652.381.262,10 foram gastos com pagamento de inativos, restando capitalizados apenas R\$ 27.158,53.

Estes dados da execução orçamentária do exercício de 2011, constantes do Sistema de Contabilidade Municipal – FINCOM - corroboram a denúncia feita por mim, no sentido de que a Lei Municipal nº 5.300/2011, não era um verdadeiro Plano de Capitalização do Fundo de Previdência dos funcionários da Prefeitura, contrariamente ao que afirmou o Prefeito na mensagem que encaminhou o Projeto de Lei à Câmara Municipal. Sua principal finalidade era dar uma nova roupagem ao artifício contábil utilizado pelo Executivo Municipal para despendar com a manutenção e o desenvolvimento do ensino menos recursos de sua receita de impostos do que o mínimo preconizado na Constituição Federal, sendo certo que servirá também para mascarar a utilização de verbas carimbadas da Saúde para pagamento da folha dos profissionais da saúde inativos oriundos da Secretaria Municipal de Saúde, em cujo orçamento estará igualmente alocado, como encargos patronais incidente sobre a folha de pessoal ativo, um montante de recursos que na sua quase totalidade serão usados para pagar os proventos dos inativos da Saúde. Desse modo, embora o FUNPREVI vá capitalizar um valor irrisório, o valor total será indevidamente incluído pela Prefeitura em gastos com a Saúde (falsamente caracterizado como encargos patronais sobre a folha de pessoal ativo). Com esse novo artifício contábil a Prefeitura do Rio igualmente falseará o orçamento da Saúde, malogrando a proibição legal de incluir despesas com inativos nas despesas custeadas com verbas carimbadas.

Com a Lei 5.300/2011, o repasse feito pelo Executivo ao FUNPREVI dos recursos do Tesouro Municipal para pagamento dos proventos das aposentadorias anteriores à criação do Fundo Previdenciário não mais é mencionado. O repasse passa a chamar-se “contribuição previdenciária suplementar”, e com essa denominação é classificada no orçamento do Executivo Municipal como encargos patronais incidentes sobre a folha de pessoal ativo, juntamente com a contribuição previdenciária obrigatória, e, como tal, indevidamente incluída em despesas com MDE no orçamento da Secretaria Municipal de Educação, como se se tratasse de aporte extraordinário para o equilíbrio atuarial do Fundo, quando efetivamente essa verba, na quase totalidade, cumpre apenas a função de pagar proventos de inativos. Continua sendo verdadeiramente o repasse do Executivo ao FUNPREVI para pagamento de inativos, que não tem a natureza de despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino.

A reforçar a diferença entre contribuição patronal ordinária e contribuição patronal suplementar está o caráter temporário desta última: 01 de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2045. Essa temporariedade não pode incidir, por óbvio, sobre a remuneração do servidor.

Portanto, em razão de todos os fatos acima expostos e notadamente pelo fato de a contribuição patronal suplementar não compor a remuneração dos servidores, não pode esta ser considerada despesa com MDE e, conseqüentemente, fica vedada sua utilização para atingir o percentual previsto no art. 212, da Constituição Federal.

II.II.III – A DESVINCULAÇÃO DOS 35% DA FOLHA DE ATIVOS

Conforme acima dito (fl. 21), um dos motivos alegados pelo Exmo. Sr. Prefeito, e aceito pelo TCM do Rio de Janeiro, foi o entendimento elaborado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais no sentido de que *“do total dos gastos com a alíquota de contribuição suplementar destinada à amortização do déficit técnico atuarial do fundo previdenciário municipal (RPPS), somente poderão ser computados como despesas do ensino (inclusive FUNDEB) ou da saúde os valores que se relacionarem aos profissionais respectivos, nos termos da legislação vigente”* (grifos nossos).

Entretanto, de acordo com o que já foi, inclusive, observado pela CAD, o Município do Rio de Janeiro não vem observando essa relação com a folha de ativos quando da contabilização, como gasto com MDE, dos recursos destinados ao FUNPREVI a título de contribuição previdenciária suplementar.

Tal fato apenas confirma que essa despesa feita pelo Tesouro Municipal se destina, única e exclusivamente, para cobrir o déficit atuarial do Fundo (cuja finalidade é prover recursos para o pagamento de benefícios previdenciários dos segurados do regime próprio de previdência dos servidores públicos do Município do Rio de Janeiro e a seus dependentes – art. 1º, da Lei nº 3.344/01), não compondo a remuneração dos servidores, o que impede seja a mesma computada como sendo MDE.

A desvinculação é prevista, inclusive, na própria Lei nº 5.300/11.

De fato, muito embora o *parágrafo 1º, do art. 33¹⁹*, da Lei nº 3.344/01 preveja que o valor da contribuição suplementar que o Tesouro Municipal deve pagar ao FUNPREVI corresponda a 35% da remuneração integral percebida pelos servidores ativos, o *parágrafo 2º, do mesmo art. 33, trata de desfazer tal vinculação*, ao estabelecer um piso e um teto, fixados no Anexo I, da Lei nº 5.300/11.

¹⁹ Art. 33. Como medida de capitalização do FUNPREVI ao plano atuarial, o FUNPREVI será financiado, pelo prazo de trinta e cinco anos, a contar de 1º de janeiro de 2011, através de contribuição suplementar e de aportes de instrumentos mobiliários e imobiliários.

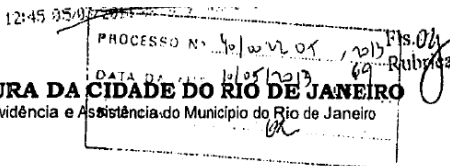
§ 1º O Tesouro Municipal pagará, mensalmente, a partir de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2045, contribuição suplementar ao FUNPREVI no importe correspondente a trinta e cinco por cento da remuneração integral percebida pelos servidores ativos de qualquer dos Poderes do Município, incluídas suas autarquias e fundações, excetuadas as parcelas de caráter eventual.

§ 2º Para fins de adequação da capitalização do FUNPREVI ao plano atuarial, fica estabelecido que o valor total a cada mês da contribuição a que se refere o § 1º deste artigo não será inferior nem superior aos valores mensais fixados no Anexo I, devidamente atualizados na mesma periodicidade e no mesmo percentual do reajuste geral das remunerações dos servidores da Administração Direta do Município.

É importante ressaltar que a questão da *desvinculação do valor da contribuição patronal suplementar da folha de ativos* foi alvo de apreciação pelo Tribunal de Contas do Município e pelo PREVI-RIO, conforme se verifica do Ofício Previ-Rio/PRE Nº 86²⁰, de 28/02/2013, abaixo:



PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro
PREVI-RIO



OFÍCIO PREVI-RIO/PRE Nº 86

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2013.

Ref.: Parecer Prévio TCM 2011 – contribuição suplementar Lei nº 5.300/2011.

Senhor Presidente,

Tenho a honra de dirigir-me a V. Exã. para encaminhar o arrazoado abaixo, que tem como finalidade abordar as questões relativas à recomendação da Egrégia Corte de Contas do Município do Rio de Janeiro, referente à contribuição suplementar instituída por força da Lei nº 5.300, de 13 de setembro de 2011, constante do Parecer Prévio de 2011 (TCM), que apresenta a seguinte redação:

“2. Que seja providenciada alteração do Anexo I da Lei nº 5.300/2011 para que os limites lá estipulados reflitam o valor correspondente a 35% da folha de ativos da Educação e da Saúde (subitem 6.1.15);”

Tal recomendação surge a partir do argumento de que o valor correspondente a 35% da folha de ativos da Educação, referente a um determinado mês em questão (dezembro/2011), conforme dados fornecidos ao PREVI-RIO pela SMA, através do Ofício A/CSRH/CPG nº 550, de 21/12/2011, é bastante inferior ao valor do piso contido no Anexo I da Lei nº 5.300/2011.

Como se pode perceber, o TCM já havia verificado a existência de *discrepância entre o valor correspondente aos 35% da folha de ativos da educação e os valores contidos no Anexo I da Lei nº 5.300/2011*, e recomendou fosse feita a alteração deste Anexo.

Restou esclarecido, contudo, através da informação prestada pelo Previ-Rio, que os valores estipulados no Anexo I para transferência do Tesouro Municipal ao FUNPREVI obedeceram à *necessidade de amortizar o déficit atuarial do Fundo*, seguindo o Plano de Amortização elaborado para esta finalidade. *Por tal motivo, esses valores não guardam qualquer relação com a folha de pagamento dos servidores da área da educação* (nem com as demais áreas). Veja-se o que diz o Previ-Rio:

²⁰ Extraído dos autos do processo TCM 40/002205/2013.



12:45 05/03/2013 10:36 TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO RJ

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
 Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro
 PREVI-RIO

Fls. 24
 Rubric

DATA DE EMISSÃO: 10/05/2013 FLS. 21

Cumprе ressaltar que a Lei nº 5.300/2011 estabeleceu uma garantia mínima de valores a serem repassados ao FUNPREVI, como forma de garantir a amortização do déficit atuarial no período máximo permitido. Os pisos descritos, que apresentam crescimento geométrico a razão de 2% ao ano, foram estabelecidos na avaliação atuarial do exercício de 2010 e seu valor presente equivale exatamente à necessidade de recursos para a eliminação do déficit atuarial no período máximo permitido (35 anos), caso sejam efetuadas todas as ações presentes no plano de custeio ali previsto.

A execução dos valores constantes do plano de amortização do déficit atuarial, descrito no Anexo I da Lei nº 5.300/2011, é efetuada, não com base no tamanho da folha de ativos de cada área, mas sim com base no valor do déficit atuarial existente em cada setor (no prazo máximo permitido pela regulamentação – 35 anos), que conforme salientado, não guarda proporção com a folha dos servidores municipais em atividade e cuja eliminação representa, conforme determinado na regulamentação do Ministério da Previdência Social, a finalidade dos recursos fixados em um plano de amortização estabelecido com base nos artigos 18 e 19 da Portaria MPS nº 403/2008.

Importante destacar, do trecho acima, a informação no sentido de que **A EXECUÇÃO DOS VALORES CONSTANTES DO PLANO DE AMORTIZAÇÃO NÃO É EFETUADA COM BASE NO TAMANHO DA FOLHA, MAS SIM COM BASE NO VALOR DO DÉFICIT AUTUARIAL EXISTENTE EM CADA SETOR, NÃO GUARDANDO PROPORÇÃO COM A FOLHA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EM ATIVIDADE.**

A Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento – CAD – do TCM, ao analisar as contas relativas ao exercício de 2011, também atentou para esse fato, em seu relatório (fl. 257):

Os referidos valores foram segregados no Anexo I da Lei nº 5.300/2011 em três grupos: Educação, Saúde e Outros, compreendendo, este último, os demais órgãos da Direta, a Guarda Municipal, o PREVI-RIO, o Planetário, a Câmara Municipal e o Tribunal de Contas.

Vale registrar, no entanto, como observado através dos valores informados pelos órgãos/entidades envolvidos e transcritos a seguir, que, embora a legislação tenha fixado um percentual global, o percentual estabelecido sobre a folha de ativos de cada grupo não guardou proporção com os valores fixados como piso e teto, principalmente no que tange à Educação e à Saúde:

Dezembro/2011	Educação	Saúde	Outros	Total - R\$
35% Remuneração de Ativos	32.041.757,75	20.107.617,38	25.903.243,45	78.052.618,58
Piso Atualizado Lei nº 5.300/2011	53.763.027,08	2.568.480,89	21.031.968,37	77.363.476,34
Teto Atualizado Lei nº 5.300/2011	56.451.178,44	2.696.904,94	22.083.566,79	81.231.650,17
Contribuição Suplementar Repassada	54.241.940,06	2.591.360,54	21.219.317,98	78.052.618,58*

* A alocação de valor nos respectivos grupos foi realizada com base em rateio. Não foi detalhado na Lei nº 5.300/2011 o critério a ser adotado.

Como se pode verificar, o valor correspondente a 35% da folha de ativos da Educação, referente a dezembro/2011, conforme dados fornecidos ao PREVI-RIO pela SMA (Ofício A/CSRH/CPG nº 550, de 21/12/2011), é bastante inferior ao valor do piso e, conseqüentemente, os repasses efetuados de acordo com o Anexo I da Lei proporcionam maior realização de despesa com Educação pelo Município.

Na tabela acima, temos (i) o valor correspondente aos 35% da remuneração dos servidores ativos, (ii) os valores do piso e do teto e (iii) o valor da contribuição suplementar efetivamente repassada. Perceba-se *que o valor da contribuição efetivamente repassada não guarda correspondência com nenhum dos outros valores.*

Constata-se, desta forma, que apesar de haver se utilizado da fundamentação do Tribunal de Contas mineiro para considerar os valores da contribuição suplementar como despesa com MDE, *o Município do Rio de Janeiro não se atém ao valor correspondente a 35% da folha de ativos, pois adota, na maior parte das vezes, o valor do teto do Anexo I, da Lei nº 5.300/11, como gasto com MDE, conforme se deduz das tabelas abaixo, referentes aos anos de 2011 a 2018, apresentadas pela Controladoria-Geral do Município.* A primeira tabela diz respeito aos 35% da folha de ativos dos servidores da Educação e, a segunda, ao valor efetivamente repassado.



Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro
Controladoria Geral do Município

Anexo I - Ofício CGM nº _____/2019

Contribuição Patronal Suplementar correspondente a 35% da remuneração integral percebida pelos servidores ativos da Secretaria Municipal de Educação
jan/2011 a dez/2018

Meses	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Jan	40.485.183,31	45.547.307,15	51.423.237,73	61.678.433,15	137.763.803,48	78.493.701,03	89.512.071,53	89.907.422,85
Fev	32.267.609,71	39.017.409,38	33.874.152,04	44.178.290,63	42.178.645,82	64.128.725,23	74.495.958,33	76.330.500,83
Mar	39.297.567,91	45.477.012,72	47.956.181,97	64.326.192,37	64.315.122,20	71.918.059,14	83.321.137,50	90.070.181,29
Abr	38.855.382,44	45.164.711,89	48.362.649,16	59.176.536,34	64.828.624,95	70.779.021,71	81.848.388,38	89.891.458,56
Mai	42.361.679,59	46.071.036,14	49.862.137,85	59.348.981,72	65.348.491,96	72.665.506,77	71.401.167,73	91.215.827,78
Jun	59.123.220,23	45.365.801,67	49.159.965,87	60.367.128,82	64.368.510,06	74.992.291,09	82.232.876,66	89.720.859,66
Jul	43.166.008,34	49.641.840,16	48.432.117,69	61.952.649,01	66.651.059,77	74.472.406,91	81.556.182,79	88.151.469,23
Ago	42.839.707,84	48.479.251,95	52.384.092,82	64.785.032,26	62.397.624,93	72.880.223,16	80.958.810,08	90.793.507,73
Set	42.336.802,17	48.637.141,19	56.574.004,99	65.550.228,65	64.156.821,89	80.538.297,86	80.871.646,54	88.788.694,39
Out	43.247.235,61	48.756.161,88	62.988.459,54	63.829.439,67	72.302.441,70	81.659.342,57	78.486.089,06	92.869.733,44
Nov	42.748.365,46	48.238.756,97	59.366.178,08	65.298.891,41	74.323.330,31	84.864.441,06	73.672.279,98	90.635.593,33
Dez	47.499.902,39	54.136.723,45	67.639.574,22	74.112.861,29	69.755.412,03	84.865.394,54	71.782.421,45	88.713.123,14
13º salário	34.684.933,21	36.124.855,46	46.969.469,95	50.389.575,64	58.989.285,56	69.254.635,29	73.224.841,56	82.994.324,21
Total	548.913.598,20	600.658.010,01	674.992.221,90	794.994.240,96	907.379.174,67	981.522.581,36	1.023.264.370,58	1.150.082.730,43

Fonte: CVL/SUBSC



Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro
Controladoria Geral do Município

Anexo II - Ofício CGM nº _____/2019

Demonstrativo das Despesas Pagas ao FUNPREVI com a Contribuição Patronal Suplementar da Secretaria Municipal de Educação
jan/2011 a dez/2018

Código de Despesa: 3.1.91.13.03

Meses	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Jan	-	-	60.451.636,14	-	-	-	-	-
Fev	48.715.669,79	109.676.575,24	61.115.175,12	67.147.633,35	145.665.778,38	163.942.172,24	-	-
Mar	48.543.422,14	57.580.202,00	61.193.538,00	67.147.633,35	72.832.889,19	81.971.086,12	90.742.484,15	92.357.333,84
Abr	48.546.788,90	56.090.657,41	61.185.537,72	134.295.266,70	72.832.889,19	81.971.086,12	272.227.452,45	185.114.667,68
Mai	97.033.325,00	56.085.005,73	61.369.976,14	67.147.633,35	72.832.889,19	81.971.086,12	90.742.484,15	92.557.333,84
Jun	79.283.418,20	116.170.065,43	61.273.081,85	67.147.633,35	72.832.889,19	81.971.086,12	90.742.484,15	92.757.333,84
Jul	51.619.598,93	60.510.848,49	61.490.991,75	71.404.793,31	72.832.889,19	81.971.086,12	90.742.484,15	92.557.333,84
Ago	51.703.610,78	60.459.212,10	64.686.425,03	71.404.793,31	72.832.889,19	81.971.086,12	90.742.484,15	92.557.333,84
Set	51.704.319,80	146.652.521,98	65.781.922,94	71.404.793,31	72.832.889,19	88.963.219,77	90.742.484,15	92.557.333,84
Out	51.706.298,65	60.459.212,10	65.284.652,66	71.404.793,31	80.363.809,93	88.963.219,77	90.742.484,15	92.557.333,84
Nov	42.678.430,30	120.919.705,40	66.377.373,54	71.404.793,31	80.363.809,93	88.963.219,77	90.742.484,15	92.557.333,84
Dez	108.004.967,14	-	131.662.026,20	142.809.586,62	160.727.619,86	177.926.439,54	-	-
Total	679.539.849,63	844.604.005,88	821.872.337,09	902.719.353,27	976.951.242,43	1.100.584.787,81	1.088.909.809,80	1.110.688.006,08

Fonte: Sistema FINCON

Da análise das tabelas acima se extrai uma diferença de R\$ 844.062.463,88 (oitocentos e quarenta e quatro milhões, sessenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e três reais e oitenta e oito centavos) entre o *valor correspondente aos 35% do valor da folha de ativos dos servidores da Educação* (R\$ 6.681.806.928,11 – seis bilhões, seiscentos e oitenta e um milhões, oitocentos e seis mil, novecentos e vinte e oito reais e onze centavos) e o que *foi efetivamente transferido ao FUNPREVI a título de contribuição suplementar* (R\$ 7.525.869.391,99 – sete bilhões, quinhentos e vinte e cinco milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, trezentos e noventa e um reais e noventa e nove centavos).

Desta forma, mesmo que fosse possível considerar, na forma do posicionamento do Tribunal de Contas de Minas Gerais (que é o mesmo da CAD e da Procuradoria Especial), a contribuição suplementar como gasto com MDE (o que, repita-se, não é possível), ainda assim a Educação seria credora de R\$ 844.062.463,88 que foram

transferidos ao FUNPREVI, a título de contribuição suplementar, acima do valor correspondente aos 35% da folha de ativos.

Cabe registrar, por último, que até mesmo se fosse possível adotar o entendimento esposado pelo Exmo. Conselheiro Luiz Antônio Guaraná no sentido de que podem ser considerados gastos com MDE os valores compreendidos entre o piso e o teto do Anexo I, da Lei nº 5.300/11, *também nesse caso a Educação sofreu prejuízo* pois o Município destinou ao FUNPREVI o valor de R\$ 207.341.027,00 (duzentos e sete milhões, trezentos e quarenta e um mil e vinte e sete reais) acima do valor do piso. De fato, de acordo com o que se extrai da análise feita pela CAD (acima transcrita, em fl. 41), o valor correspondente a 35% da folha é R\$ 32.041.757,75, o que determinaria a transferência do valor do piso (R\$ 53.763.027,08). Contudo, o valor efetivamente repassado foi R\$ 54.241.940,06, sendo o mesmo desvinculado de qualquer referência.

Segue trecho do voto do Exmo. Conselheiro, de onde se pode extrair sua concepção (igualmente inconstitucional e ilegal) a respeito da contabilização da contribuição suplementar como gasto com MDE:

- a partir do Exercício de 2017, respeite, integralmente, o art. 33 da Lei nº 5.300/11, repassando a contribuição suplementar ao FUNPREVI, e contabilizando-a nos limites constitucionais, de forma a não descaracterizar sua natureza, da seguinte forma:

I - no caso de o valor resultante da aplicação da alíquota da contribuição suplementar ficar **abaixo do valor estabelecido como piso para a área da Educação**, na forma do Anexo I da Lei nº 5.300/11, que seja computado o valor do piso como gasto do MDE;

II - no caso de o valor resultante da aplicação da alíquota da contribuição suplementar ficar **acima do valor estabelecido como teto para a área da Educação**, na forma do Anexo I da Lei nº 5.300/11, que seja computado o valor do teto como gasto do MDE;

III - no caso de o valor resultante da aplicação da alíquota da contribuição suplementar ficar **entre os valores estabelecidos como piso e teto para a área da Educação**, na forma do Anexo I da Lei nº 5.300/11, que seja computado o valor resultante da aplicação da alíquota de 35% como gasto do MDE.

Outrossim, transcreve-se, abaixo, fragmento do voto em que o Exmo. Sr. Luiz Antônio Guaraná apresenta cálculo demonstrando o prejuízo sofrido pela Educação, mesmo adotando o entendimento *supra*:

Assim, nas hipóteses em que o valor correspondente à alíquota da contribuição suplementar (35%) ficasse aquém ou além dos respectivos pisos e tetos estabelecidos por categoria no Anexo I da lei nº 5.300/11, para NÃO PERDER O VÍNCULO COM AS RESPECTIVAS ÁREAS, os REPASSES recolhidos ao FUNPREVI deveriam ter ocorrido na forma do quadro abaixo:

		2011	2012	2013	2014	2015	2016		
Educação	a	Piso Educação	679.060.936	732.091.139	787.299.859	855.678.279	930.429.754	1.048.175.988	5.032.735.955
	b	Valor Repassado	679.539.849	758.409.414	821.872.337	902.719.353	976.951.242	1.100.584.787	5.240.076.982
		b-a	478.913	26.318.275	34.572.478	47.041.074	46.521.488	52.408.799	207.341.027
Saúde	a	Teto Saúde	34.063.610	36.723.754	39.493.179	42.923.233	46.672.978	52.579.461	252.456.215
	b	Valor Repassado	32.464.413	36.232.336	39.264.221	43.126.615	46.672.978	52.579.461	250.340.024
		b-a	-1.599.197	-491.418	-228.958	203.382	0	0	-2.116.191
outros	a	Piso/Teto -Outros	278.929.375	300.711.928	323.389.324	351.476.273	382.181.003	430.546.152	2.067.234.055
	b	Valor Repassado	265.834.373	296.687.959	321.514.504	353.141.664	382.181.003	430.546.152	2.049.905.655
		b-a	-13.095.002	-4.023.969	-1.874.820	1.665.391	0	0	-17.328.400

1 – No caso da Educação, deveria ter sido expurgado do cômputo do MDE, **ao longo do período**, o valor histórico total de R\$ 207.341.027,00 (duzentos e sete milhões trezentos e quarenta e um mil, vinte sete reais). Por conseguinte, esse valor teria que ser aplicado a mais em MDE.

De tudo o que foi exposto neste capítulo, conclui-se que mesmo que se adote a interpretação (inconstitucional e ilegal) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, da CAD e da Procuradoria Especial, ou a do Exmo. Conselheiro Luiz Antônio Guaraná (igualmente inconstitucional e ilegal), ainda assim terá havido prejuízo para a Educação no Município do Rio de Janeiro.

II.II.IV - A NULIDADE DO VOTO PROFERIDO NOS AUTOS DO PROCESSO TCM 40/002205/2013

O tema tratado nesta petição inicial foi inicialmente abordado nos autos do *procedimento TCM 40/1669/2011* o qual teve início por meio do Ofício GP/SC nº 25, de 11 de abril de 2011, subscrito pelo então *Secretário-Chefe do Gabinete do Prefeito, Sr. Luiz Antônio Guaraná*.

Conforme acima dito, referido ofício encaminhou ao Tribunal de Contas do Município a promoção PG/PSE/04/2010/PFT, elaborada pela Procuradoria-Geral do Município, em resposta a *consulta* formulada pela Secretaria Municipal de Fazenda “acerca da natureza e classificação contábil da despesa que o Tesouro Municipal tem em

decorrência do que dispõe o art. 33 da Lei nº 3.344/2001, que instituiu o FUNPREVI". A Procuradoria-Geral do Município, na pessoa do então Procurador-Geral do Município, Dr. Fernando dos Santos Dionísio, manifestou-se no sentido de que (...)"

Como dito antes, o Município não paga inativos, quem o faz é o FUNPREVI com suas receitas oriundas daquelas definidas no artigo 4º. da sua lei de criação.

Por se tratar de uma obrigação patronal, essa contribuição complementar do artigo 33 da lei em foco, naquilo que se possa identificar como afeta aos trabalhadores da educação, pode ser considerada nos gastos do MDE/FUNDEB. Se assim não fosse, nenhuma contribuição patronal poderia, o que não é realidade. As contribuições previdenciárias patronal, na área de educação, são consideradas dentro dos gastos do MDE/FUNDEB, para atendimento do mínimo constitucional e demais disposições legais. (grifos nossos)

Após haver tramitado por órgãos internos do TCM e pela Procuradoria Especial que atua junto à Corte de Contas, o procedimento TCM 40/1669/2011 foi finalmente arquivado em razão da proposta formulada pelo Exmo. Sr. Prefeito, por meio do ofício GP nº 337, de 29/09/2011, onde este afirma que entendeu por bem "acatar, até que diversa exegese venha a ser placitada, a sistemática de expurgo proposta pelo Tribunal" apresentando "proposta para equacionar a questão apontada por essa E. Corte de Contas, no que diz respeito à aplicação deste Município na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE", assumindo "o compromisso de expurgar o percentual da despesa com a contribuição complementar com vistas ao cumprimento dos termos do art. 212, da CFRB, nos exercícios de 2012 a 2021".

A matéria, contudo, foi ressuscitada pelo ofício GP nº 221, de 09 de maio de 2013, da lavra do Exmo. Sr. Eduardo Paes, Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, em que requereu a Complementação à Prestação de Contas do Exercício de 2012, dando origem, assim, ao processo TCM nº 40/002.205/2013.

Registrou o Exmo. Sr. Prefeito que, muito embora tenha apresentado proposta de expurgo da contribuição complementar das despesas com MDE, surgiram, posteriormente, novos entendimentos e situações que, a seu ver, "confirmam o posicionamento já defendido por esta Prefeitura com relação à apropriação do valor da contribuição complementar paga ao FUNPREVI na aplicação do MDE".

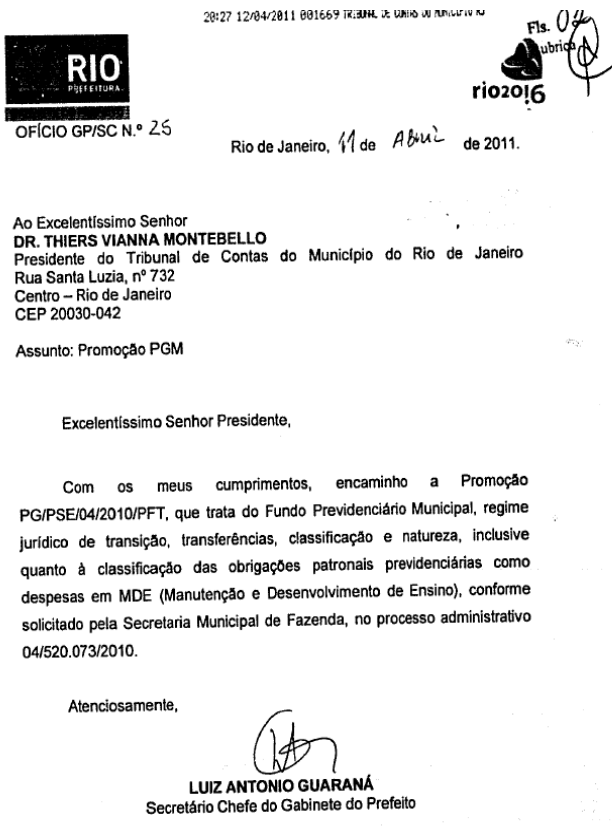
O processo TCM 40/002205/2013 foi arquivado no ano de 2017, sendo certo que o Relator do voto que decidiu pelo arquivamento dos autos foi o Exmo. Sr. Luiz Antonio Guaraná, agora Conselheiro do Tribunal de Contas do Município, onde ingressou em novembro de 2014, quando o Sr. Eduardo Paes exercia seu segundo mandato à frente da Prefeitura do Rio.

Cristalina, portanto, a suspeição do Exmo. Conselheiro Luiz Antonio Guaraná.

De fato, segundo prescreve o artigo 42, do Regimento Interno²¹ do TCM à época em vigor, “*aplicam-se aos Conselheiros as regras relativas à suspeição, na forma prevista no Código de Processo Civil*”.

O Código de Processo Civil, por sua vez, prevê como sendo um dos motivos de suspeição, o *interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes* (art. 145, inciso IV²²).

Ora, da leitura do ofício GP/SC nº 25, conclui-se facilmente que o atual Conselheiro, e então Chefe de Gabinete do Prefeito, tinha interesse em julgar o processo 40/002205/2013 em favor do então Prefeito. Veja-se a cópia do ofício que iniciou o processo 40/001669/2011:



²¹ Deliberação TCM nº 183, de 12 de setembro de 2011.

²² Art. 145. Há suspeição do juiz:

[...]

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Confira-se, também, o trecho do voto do Exmo. Conselheiro, em que este manifesta seu entendimento no sentido de que o valor da contribuição suplementar é passível de ser contabilizado como gasto com MDE:



sim, desvinculá-la do seu objetivo, que é a cobertura de déficit atuarial a partir da constituição de reservas técnicas.

Isso posto, **VOTO**, com fundamento na Portaria Conjunta nº 2, de 19/08/2010, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que alterou a Portaria Interministerial STN/SCF nº 163, de 04/05/2001, na Lei nº 11.494/07, a LDB, no art. 212 da Constituição Federal e na Lei nº 5.300/11, pelo **ARQUIVAMENTO**, no sentido de que o valor da contribuição suplementar a ser contabilizado como despesa do MDE, no Exercício de 2016, cujas contas ainda não foram apreciadas, respeite os valores estabelecidos como piso e teto pelo Anexo I, da Lei nº 5.300/11, fixados de forma a manter o equilíbrio atuarial do FUNPREVI e a capacidade orçamentária e financeira do Município, como previsto na Portaria MPS nº 403/08, e passíveis de contabilização como gasto do MDE, por guardar relação direta com os profissionais da Educação, **DETERMINANDO** ao Poder Executivo que:

Finalmente, veja-se cópia da ata da sessão do Tribunal de Contas em que se decidiu pelo arquivamento do processo 40/002205/2013:

40/002205/2013	
Data da autuação	Folha
10/05/2013	147
Rubrica	<i>Gury</i>

Certifico que na **35ª Sessão Ordinária do Plenário**, ocorrida em **06/06/2017**, presidida pelo Excelentíssimo Senhor Conselheiro **Thiers Vianna Montebello**, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, ao conhecer a matéria, **decidiu**, por **unanimidade**, nos termos do voto do Relator, Excelentíssimo Senhor Conselheiro **Luiz Antonio Chrispim Guaraná**, pelo **ARQUIVAMENTO** do presente processo, com **DETERMINAÇÕES** ao Poder Executivo, conforme Voto n.º 595/2017-LAG, às fls. 193 a 195, **RECOMENDANDO** ao Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro – PREVI-RIO que realize um novo estudo acerca do valor a ser repassado ao Fundo Especial de Previdência do Município do Rio de Janeiro - FUNPREVI a título de contribuição suplementar, tendo em vista que a quantia repassada ao Fundo se deu com base no valor global da folha e não nos limites estabelecidos no Plano de Amortização (Lei nº 5.300/11). **Decidiu**, ainda, pelo **ENVIO DE CÓPIAS** de inteiro teor do referido voto às Comissões constituídas no âmbito da Augusta Câmara Municipal, nos termos do disposto às fls. 196. Votaram os Excelentíssimos Senhores Conselheiros: *Nestor Guimarães Martins da Rocha, José de Moraes Correia Neto, Ivan Moreira dos Santos e Felipe Galvão Puccioni* e o Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Substituto convocado *Emil Leite Ibrahim*.

Ao Gabinete do Excelentíssimo Senhor Presidente visando à assinatura dos ofícios nºs TCM/GPA/SES/035/01774/2017, TCM/GPA/SES/E/035/00378/2017 e TCM/GPA/SES/E/035/00379/2017, todas de 06/06/2017.

Secretaria das Sessões, 06/06/2017.

Como se vê, o interesse do Exmo. Conselheiro restou perfeitamente delineado através dos documentos acima transcritos.

Desta forma, considerando a suspeição decorrente do citado interesse, deve o voto do Exmo. Sr. Luiz Antônio Guaraná ser declarado nulo, na forma do que prescreve o parágrafo 7º, do art. 146, do Código de Processo Civil, segundo o qual “*o tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição*”.

II.II.V - VALORES TRANSFERIDOS PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO AO FUNPREVI A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR

Segundo se depreende da informação abaixo, prestada pela Secretaria Municipal de Educação, a partir do exercício de 2011 até o de 2021, foi transferida ao FUNPREVI, a título de contribuição patronal suplementar, pela Secretaria Municipal de Educação, a quantia de R\$ 10.358.573.369,47 (dez bilhões, trezentos e cinquenta e oito milhões, quinhentos e setenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e sete centavos).

Esses valores foram considerados, inconstitucional e ilegalmente, como sendo despesa com MDE, razão pela qual devem ser restituídos e aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino previstas no artigo 70, da LDB.

Ao Senhor

D. Marcos Moraes Fagundes

Promotor de Justiça

1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital

Av. Nilo Peçanha 151 – 9º andar - Centro

Rio de Janeiro/RJ

CEP 20020-010

Assunto: Ofício 1ª PJTCPEC nº 488/20

Senhor Promotor Público,

Em atenção ao Ofício 1ª PJTCPEC nº 488/20, que tem por referência o procedimento MPRJ 2017.01228221, encaminho a Vossa Senhoria, em arquivo eletrônico, planilha contendo os valores transferidos ao FUNPREVI, a título de contribuição previdenciária suplementar (CSP), fixada no caput e nos parágrafos 1º e 2º da Lei Municipal 3.444/2001, alterada pela Lei 5.300/2011.

Cabe ressaltar que as referidas planilhas foram fornecidas pelo Subgerente da Gerência de Integração do Sistema Municipal de Orçamento, onde se acham indicados os valores anuais repassados, desde 2011, ano em que foram iniciados os repasses.

Atenciosamente,

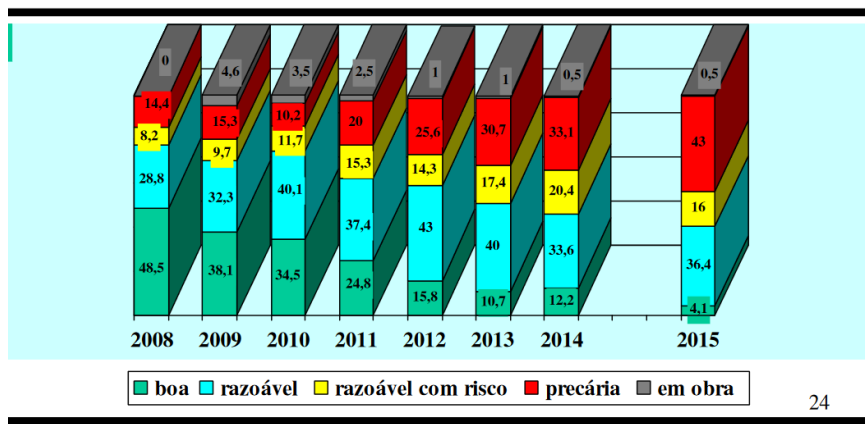
RENAN FERREIRINHA
Secretário Municipal de Educação.

SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

VALORES TRANSFERIDOS AO FUNPREVI		
ANO	FONTE DE RECURSOS	
	163 - ORDINÁRIOS NÃO VINCULADOS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUPLEMENTAR - EDUCAÇÃO	165 - ORDINÁRIOS NÃO VINCULADOS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUPLEMENTAR
2011	R\$ 0,00	R\$ 679.644.000,00
2012	R\$ 0,00	R\$ 758.410.696,00
2013	R\$ 0,00	R\$ 821.872.337,09
2014	R\$ 0,00	R\$ 902.720.000,00
2015	R\$ 0,00	R\$ 976.951.242,43
2016	R\$ 0,00	R\$ 1.100.584.800,00
2017	R\$ 0,00	R\$ 1.179.652.293,95
2018	R\$ 1.203.301.000,00	R\$ 0,00
2019	R\$ 0,00	R\$ 0,00
2020	R\$ 1.332.077.512,00	R\$ 21.586.488,00
2021	R\$ 1.316.000.000,00	R\$ 65.773.000,00
TOTAL	R\$ 3.851.378.512,00	R\$ 6.507.194.857,47

A subtração dos recursos da educação para pagamento de inativos vem causando severos agravamentos das condições estruturais das unidades de ensino, segundo se apura do gráfico abaixo, extraído do último relatório consolidado elaborado em 2015 pelo *Programa de Visita às Unidades Escolares*, do TCM, de acordo com o qual o percentual de escolas em situação precária vem aumentando a cada ano.

Esse procedimento teve como objetivo minimizar a subjetividade na avaliação das condições estruturais das unidades. A equipe de visita apenas assinala no check-list os problemas detectados. Ao lançar os dados coletados no SED, o próprio sistema classifica a estrutura da unidade como precária, razoável com risco ou boa. Os resultados obtidos são apresentados a seguir:



Verifica-se que o percentual de escolas precárias, de acordo com o último relatório disponível extraído do sítio eletrônico do TCM²³ alcançou quase a metade das unidades, ou seja, 43%, os quais, se somados às unidades em estado ‘razoável com risco’, chega a 59% das unidades.

Outro fator que reflete a falta de investimentos em educação é a constante fila de espera para vagas de educação infantil (creche e pré-escola), segmento este cuja responsabilidade é do Município, na forma do que dispõe o art. 11, inciso V, da LDB:

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...]

V - *oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.*

²³ [https://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/12175/ProgramaVisitaEscolas\(2015\).pdf](https://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/12175/ProgramaVisitaEscolas(2015).pdf) – acesso em 26 de maio de 2021.

A questão da fila de espera para vagas em creche e pré-escola foi objeto de ação proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, já transitada em julgado e em fase de execução. Veja-se, abaixo, a tabela com a quantidade de crianças em fila de espera no mês de dezembro de cada ano, de acordo com dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação:

ANO	NÚMERO DE CRIANÇAS EM ESPERA NO MÊS DE DEZEMBRO
2010	11.928
2011	10.500
2012	23.935
2013	34.826
2014	28.236
2015	37.271
2016	23.454
2017	37.619
2018	33.467
2019	30.745 (dados de set/2019)

Os dois exemplos acima apontados demonstram o impacto deletério da falta de investimento na política de educação do Município do Rio de Janeiro, o que acaba por influenciar, de forma negativa, várias gerações de crianças e adolescentes que deixam de ter uma educação de qualidade, em clara afronta ao princípio constitucional insculpido no artigo 206, inciso VII, da Magna Carta.

Estes são apenas dois exemplos dos graves danos causados à educação em razão da contabilização, de recursos usados para capitalizar o FUNPREVI, como gastos em MDE, sendo certo que, a permanecer essa prática, muitos outros exemplos serão acrescidos aos acima apontados.

II.II.VI – O DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 212, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De tudo o que foi dito até aqui, conclui-se que, no período compreendido entre o ano de 2011 e o presente ano de 2021, o Município descumpriu reiteradamente a norma contida no artigo 212, da Constituição Federal, haja vista que, em razão da

prática de considerar o gasto em contribuição suplementar como despesa com MDE, jamais aplicou em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino os 25% previstos na norma constitucional, conforme agora se demonstrará.

Com efeito, de acordo com informações extraídas dos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária (artigos 165, par. 3º²⁴, da Constituição Federal e 52²⁵, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000) apresentados no site da Controladoria Geral do Município²⁶, o máximo a que o Município conseguiu chegar foi ao percentual de 21,13%, no exercício de 2017.

Na tabela abaixo são exibidos (i) os valores que o Município apresentou, a cada ano, como tendo sido despesa com MDE (extraídos dos RREO – Anexos X e 8), (ii) os valores que a SME declarou ter transferido ao FUNPREVI a título de contribuição suplementar (acima), e (iii) a diferença entre ambos os valores, que corresponde ao valor efetivamente aplicado, para fins de cálculo da despesa com MDE (quanto ao exercício de 2019, a SME informou que não houve transferência para o FUNPREVI):

Exercício	RREO (site da Controladoria Geral do Município)	Transferidos a título de CPS (informado pela SME)	Valor efetivamente aplicado em MDE
2011	Anexo X linha 38 R\$ 2.369.419.178,81	R\$ 679.644.000,00	R\$ 1.689.775.178,81
2012	Anexo X linha 38 R\$ 2.689.804.584,91	R\$ 758.410.696,00	R\$ 1.931.393.888,91
2013	Anexo 8 linha 38 R\$ 3.130.092.961,32	R\$ 821.872.337,09	R\$ 2.308.220.624,23
2014	Anexo 8 linha 38 R\$ 3.225.502.331,10	R\$ 902.720.000,00	R\$ 2.322.782.331,10
2015	Anexo 8 linha 38 R\$ 3.465.415.478,52	R\$ 976.951.242,43	R\$ 2.488.464.236,09
2016	Anexo 8 linha 38 R\$ 3.978.299.387,23	R\$ 1.100.584.800,00	R\$ 2.877.714.587,23
2017	Anexo 8 linha 37 R\$ 4.044.796.233,63	R\$ 1.179.652.293,95	R\$ 2.865.143.939,68
2018	Anexo 8 linha 37 R\$ 3.945.272.644,73	R\$ 1.203.301.000,00	R\$ 2.741.971.644,73
2019	-- R\$ -	R\$ -	R\$ -
2020	Anexo 8 linha 36 R\$ 4.445.397.930,72	R\$ 1.353.664.000,00	R\$ 3.091.733.930,72

A tabela a seguir, por sua vez, apresenta (i) os valores declarados pelo Município, em cada ano, como Receita resultante de impostos (extraídos dos RREO), (ii) o montante

²⁴ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, *relatório resumido da execução orçamentária*. (grifo nosso)

²⁵ Art. 52. O relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre e composto de:

²⁶ <http://www.rio.rj.gov.br/web/cgm/exibeconte%C3%BAdo?id=4114191>.

correspondente a 25% de tais valores, (iii) o valor efetivamente aplicado em MDE (tabela acima – segundo informações da SME) e (iv) os respectivos percentuais:

Exercício	Receita de impostos e transferências – art. 212, CF (linha 3 do RREO)	Valor mínimo que deveria ter sido aplicado em MDE – art. 212, CF (25%)	Valor efetivamente aplicado em MDE	Percentual efetivamente aplicado em MDE
2011	R\$ 9.362.117.554,73	R\$ 2.340.529.388,68	R\$ 1.689.775.178,81	18,05%
2012	R\$ 10.474.979.654,21	R\$ 2.618.744.913,55	R\$ 1.931.393.888,91	18,44%
2013	R\$ 12.325.274.634,33	R\$ 3.081.318.658,58	R\$ 2.308.220.624,23	18,73%
2014	R\$ 12.686.556.462,34	R\$ 3.171.639.115,58	R\$ 2.322.782.331,10	18,31%
2015	R\$ 13.423.254.662,51	R\$ 3.355.813.665,62	R\$ 2.488.464.236,09	18,54%
2016	R\$ 13.744.198.488,75	R\$ 3.436.049.622,18	R\$ 2.877.714.587,23	20,94%
2017	R\$ 13.562.696.137,37	R\$ 3.390.674.034,34	R\$ 2.865.143.939,68	21,13%
2018	R\$ 14.657.111.307,75	R\$ 3.664.277.826,93	R\$ 2.741.971.644,13	18,71%
2019	R\$ -	R\$ -	R\$ -	
2020	R\$ 15.398.871.475,08	R\$ 3.849.717.868,77	R\$ 3.091.733.930,72	20,08%

Restou claramente demonstrado, assim, o reiterado descumprimento do disposto no artigo 212, da CRFB, o que vem trazendo sérias consequências para a prestação de um serviço educacional de qualidade pelo Município do Rio de Janeiro.

III – TUTELA DE URGÊNCIA

Para a concessão da tutela de urgência prevista no art. 300, do Código de Processo Civil é necessário que estejam presentes os requisitos autorizativos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

No que tange à *probabilidade do direito*, não há dúvidas, em face de tudo o que foi até aqui exposto, que os valores expendidos com a contribuição patronal suplementar não podem ser considerados como gasto com manutenção e desenvolvimento do ensino, sendo tal prática contrária à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais em vigor, notadamente a Lei nº 9.394/96 (LDB).

É pacífico, também, que o entendimento até aqui adotado pela Edilidade, com respaldo do Tribunal de Contas municipal, resultou em prejuízos bilionários para a educação de qualidade no município do Rio de Janeiro.

Quanto ao *perigo na demora*, restou este perfeitamente delineado nos autos uma vez que todo mês o Tesouro Municipal realiza aporte no FUNPREVI, a título de contribuição suplementar, sendo tais aportes considerados despesas com MDE, razão pela qual se faz necessário interromper tal prática a fim de que o Município

do Rio de Janeiro deixe de considerar tais aportes como despesas em manutenção e desenvolvimento do ensino.

Assim sendo, presentes os requisitos autorizativos, mostra-se *imperiosa a concessão do presente pleito liminar*, inaudita altera pars, *para determinar ao réu que se abstenha de contabilizar, como gasto com MDE, os recursos destinados pelo Tesouro Municipal ao FUNPREVI a título de contribuição suplementar (seja o valor correspondente a 35% da folha de ativos, seja o valor correspondente ao piso ou ao teto previstos no Anexo I, da Lei nº 5.300/2011).*

Como forma de garantir a aplicação da decisão judicial, *requer* seja aplicada multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigida monetariamente até a data do efetivo cumprimento da medida judicial, sem prejuízo da adoção de providência de caráter prático equivalente pelo Juízo, caso inerte a Administração Pública no cumprimento da ordem. *Requer*, ainda, que em caso de incidência de multa, o montante obtido seja destinado à conta do FUNDEB do Município do Rio de Janeiro.

IV – PEDIDOS

Em definitivo, postula o Ministério Público:

A) Seja a presente inicial recebida, determinando-se a citação do réu, no endereço supracitado, para integrar a relação processual, nos termos do art. 238 do CPC, bem como seja designada data para realização da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334, do CPC;

B) *Liminarmente*, seja deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos moldes do item III, supra;

C) *Ao final*, seja confirmado o pedido de tutela de urgência, julgando-se procedente o pedido para determinar ao réu que *se abstenha de contabilizar, como gasto com MDE, os recursos destinados pelo Tesouro Municipal ao FUNPREVI a título de contribuição suplementar (seja o valor correspondente a 35% da folha de ativos, seja o valor correspondente ao piso ou ao teto previstos no Anexo I, da Lei nº 5.300/2011) sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigida monetariamente até a data do efetivo cumprimento da medida judicial, sem prejuízo da adoção de providência de caráter prático equivalente pelo Juízo, caso inerte a Administração Pública no cumprimento da ordem. Requer*, ainda, que em caso de incidência de multa, o montante obtido seja destinado à conta do FUNDEB do Município do Rio de Janeiro.

D) Seja o pedido julgado procedente, também, para:

D.1) *declarar* inconstitucional e ilegal a prática, adotada pelo Município do Rio de Janeiro, de considerar a contribuição suplementar, paga ao FUNPREVI, como despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino;

D.2) *condenar* o réu a depositar, na conta do FUNDEB a quantia apurada até este momento, de R\$ R\$ 10.358.573.369,47 (dez bilhões, trezentos e cinquenta e oito milhões, quinhentos e setenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e sete centavos), bem como os valores que àquele se somarem até o efetivo cumprimento da determinação judicial, a fim de que sejam os mesmos aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino;

D.3) subsidiariamente, e apenas *ad argumentandum*, para o caso de não se entender inconstitucional e ilegal o posicionamento no sentido de que a contribuição suplementar pode ser considerada despesa com MDE, *condenar* o réu a depositar na conta do FUNDEB a quantia apurada até este momento, de R\$ 844.062.463,88 (oitocentos e quarenta e quatro milhões, sessenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e três reais e oitenta e oito centavos), que corresponde à diferença entre o valor dos 35% da folha de ativos da educação e o que foi efetivamente transferido ao FUNPREVI a título de contribuição suplementar entre os anos de 2011 e 2018, requerendo também o Ministério Público seja oficiado à Controladoria-Geral do Município para que informe tal valor relativamente aos anos de 2019 e seguintes, devendo tais valores serem também depositados na conta do FUNDEB para utilização em ações relativas a manutenção e desenvolvimento do ensino;

D.4) ainda subsidiariamente, para o caso de não se entender inconstitucional e ilegal o posicionamento no sentido de que a contribuição suplementar pode ser considerada despesa com MDE e, além disso, não se adotar o entendimento contido no item D.3, acima, *condenar* o réu a depositar na conta do FUNDEB a quantia inicial de R\$ 207.341.027,00 (duzentos e sete milhões, trezentos e quarenta e um mil e vinte e sete reais), na forma do que consta no voto do Exmo. Conselheiro Luiz Antônio Guaraná, relativamente aos anos de 2011 a 2016, requerendo também o Ministério Público seja oficiado ao Tribunal de Contas do Município para que informe tal valor relativamente aos anos de 2017 e seguintes, devendo tais valores serem também depositados na conta do FUNDEB para utilização em ações relativas a manutenção e desenvolvimento do ensino;

E) Requer, ainda, seja a verba sucumbencial destinada ao Fundo Especial do Ministério Público, regulamentado pela Lei Estadual n.º 2819/97 e pela Resolução GPGJ n.º 801/98.

O Autor provará o alegado pelas provas documentais que já instruem a inicial, colhidas durante o inquérito civil prévio e, se necessário, também pelas provas testemunhal, pericial, documental superveniente, depoimento pessoal e inspeção judicial.

Para os fins do art. 291 do CPC, atribui-se à causa o valor de R\$ R\$ 10.358.573.369,47 (dez bilhões, trezentos e cinquenta e oito milhões, quinhentos e setenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e sete centavos).

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2021.

MARCOS MORAES FAGUNDES

Promotor de Justiça

Mat. 1309



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.



6ª EDIÇÃO
HISTÓRIA EM DESTAQUE

ROBERTO LYRA (1902-1982)

**CDM
MPRJ**

CENTRO DE MEMÓRIA PROCURADOR DE
JUSTIÇA JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR

História em Destaque

• • •

Tributo a Roberto Lyra¹

Em agosto de 2021, a 6ª edição do Projeto *História em Destaque* faz um tributo a *Roberto Lyra*, membro ilustre do MPRJ. Apresenta como item documental um objeto museológico: o *totem* em sua homenagem.

O totem é composto por uma placa ovalada de granito preta sobre uma base de ferro fundido. A imagem do busto de Roberto Lyra está ao centro, gravada em chapa de cobre, ladeada pelo texto:

Roberto Lyra,

Príncipe dos Promotores de Justiça, Professor emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, tendo fundado a Faculdade de Direito. Penalista e Penitenciariasta, integrou as

¹ A notícia sobre esta edição foi publicada no site do MPRJ em 29/07/2021.

comissões revisoras dos anteprojetos dos Códigos Penais (1940 e 1963) e das comissões elaboradoras dos anteprojetos dos Códigos de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais (1940). Fundador da Sociedade Brasileira de Criminologia e da Associação do Ministério Público do Distrito Federal. Presidiu a *Association Internationale de Droit Pénal*. Laureado com o Prêmio Teixeira de Freitas e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ministro da Educação e membro da Corte Permanente de Arbitragem. Acima de tudo, tribuno do Júri.

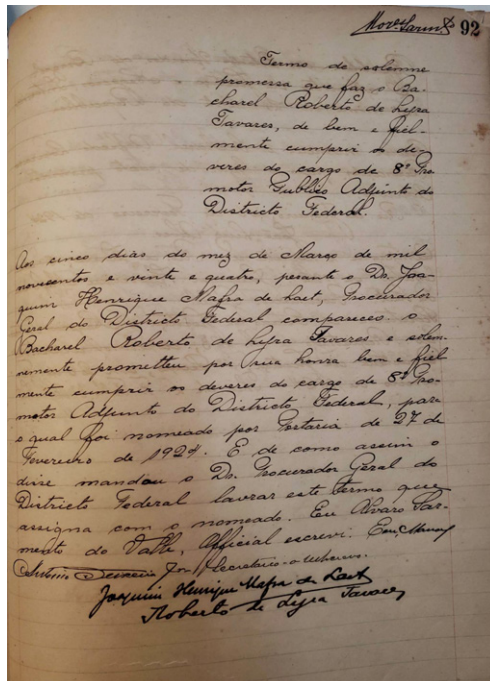
A peça foi confeccionada para compor a *Galeria dos Vultos do MP* inaugurada em 10/12/2002 na entrada principal do Edifício-sede do MPRJ, durante a semana de celebrações do *Dia Nacional do MP* (14/12). Em 2018, teve a guarda transferida pela Secretaria de Engenharia e Arquitetura (SEA) para o Centro de Memória, passando a integrar o fundo *Memória Institucional*. Em dezembro daquele ano, fez parte da *Exposição Ministério Público: 127 anos no Rio de Janeiro (1891-2018)*.

Roberto Lyra (1902-1982) foi uma grande personalidade jurídica brasileira. Jurista, conferencista, professor de renome internacional, *integrou o MPRJ por trinta e seis anos, aposentando-se na carreira*. Projetou-se para além da instituição, sem, contudo, afastar-se dela. A prática ministerial e as reflexões sobre as questões sociais e jurídicas do seu tempo, que tinham no crime, na prisão e, em última instância, na cadeia dos réus no Júri, uma das suas problemáticas perversas, constituíram a matéria esmiuçada em centenas de artigos e livros de Direito Penal; Processual Penal; Criminologia; Filosofia; Sociologia e Antropologia jurídicas.

Natural de Recife/PE, graduou-se aos 18 anos (1920) pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (atual UFRJ). Iniciou a carreira no Ministério Público do Distrito Federal em 1924, nomeado 8º Promotor de Justiça Adjunto. Atuou em Campo Grande por dois anos. Ia de trem, conforme relatos da esposa, Sophia Augusta de Lyra Tavares. Em 12/03/1999, o *Programa de História Oral do Poder Judiciário* (Museu da Justiça/TJRJ) entrevistou Sra. Sophia, aos 96 anos. Entre as curiosidades, fica evidenciada a grande sensibilidade social e o amor do marido pelo magistério desde a mocidade. Nomeado Professor Coadjuvante do Ensino Noturno aos 16 anos, lecionou por dois anos na antiga Escola Miguel Calmon (1918-1920), na Gávea. Muito querido por seus alunos, na maioria operários da Fábrica de Fiação Corcovado, recebia muitos presentes, entre os quais, frutas, como melancia, mamão e bananas, e flores, que compartilhava com a jovem namorada.

A partir de 1926, foi lotado junto à 2ª Pretoria Criminal, circunscrição judicial vigente à época, e teve algumas designações para atuar no Júri, mas foi entre 1931 e 1936 que se notabilizou *Tribuno do Júri*. Teve atuações memoráveis, fartamente noticiadas pela imprensa, em que os embates com advogados como Evaristo de Moraes, Mário Bulhões Pedreira e Evandro Lins e Silva eram acompanhados com imenso interesse pelo grande público. Acusador com retórica empolgante e implacável,

também absolvía ou pedia requalificação da pena, com a mesma convicção. Seu compromisso era com a Justiça. Foi neste período que recebeu do jurista Evandro Lins e Silva, à época estudante da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (1931), o epíteto de *Príncipe dos Promotores Públicos*. Entre os escritos sobre a instituição, destacam-se *O Ministério Público e o Júri* (1933) e *Teoria e Prática da Promotoria Pública* (1937), esta última considerada uma das obras basilares para a



Termo de posse - Roberto Lyra - 1924

organização do Ministério Público contemporâneo. Entre 1937 e 1940 atuou junto à 5ª Vara Criminal, conciliando com o magistério na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro (atual UERJ), escola que fundou junto com um grupo de professores em 1935.

Promovido a Curador de Ausentes em 1940, atuou também na Curadoria de Massas Falidas (1950). A Lei nº 1.301/1950 criou quatro cargos de Subprocuradores como função gratificada ocupada pelos Curadores designados pelo PGJ, de modo que a partir de 1951, exerceu as funções de 1º, 3º e 4º Subprocurador de Justiça que, entre outras funções, substituíam o Procurador-Geral e atuavam nas sessões junto às

Câmaras Cíveis e Criminais da Corte de Apelação. Como 1º Subprocurador, nos meses de julho e agosto/1958, exerceu interinamente o cargo de Procurador-Geral durante as férias do titular, Candido de Oliveira Neto. Em 1959, foi promovido a Procurador de Justiça.

Em 1946, participou da criação da Associação do Ministério Público do Distrito Federal (atual AMPERJ), sendo um dos redatores do estatuto, e integrou o Conselho Consultivo no biênio 1954-1956. Participou da comissão que elaborou o Código do Ministério Público (Lei nº 3.434/1958), a primeira norma a reunir em um único documento a organização e as atribuições da instituição. Até então a legislação era esparsa e de difícil consulta. Entre as inovações, estavam a criação do Conselho do Ministério Público e do cargo de Procurador de Justiça como órgãos do MP e a inclusão do Estagiário Forense como órgão auxiliar.

Após a aposentadoria na instituição em 1960, teve uma breve passagem pelo Ministério de Educação (1962), ocasião em que negociou o fim da greve nacional de estudantes universitários. Relatou a experiência na obra *Contribuição para a história do primeiro governo de esquerda no Brasil. Conselho de Ministros Brochado da Rocha* (1980). Ao exonerar-se, concentrou-se na ampla gama de atividades na área do Direito nacional e internacional. No magistério, aposentou-se na cátedra em 1972.



Totem - Roberto Lyra

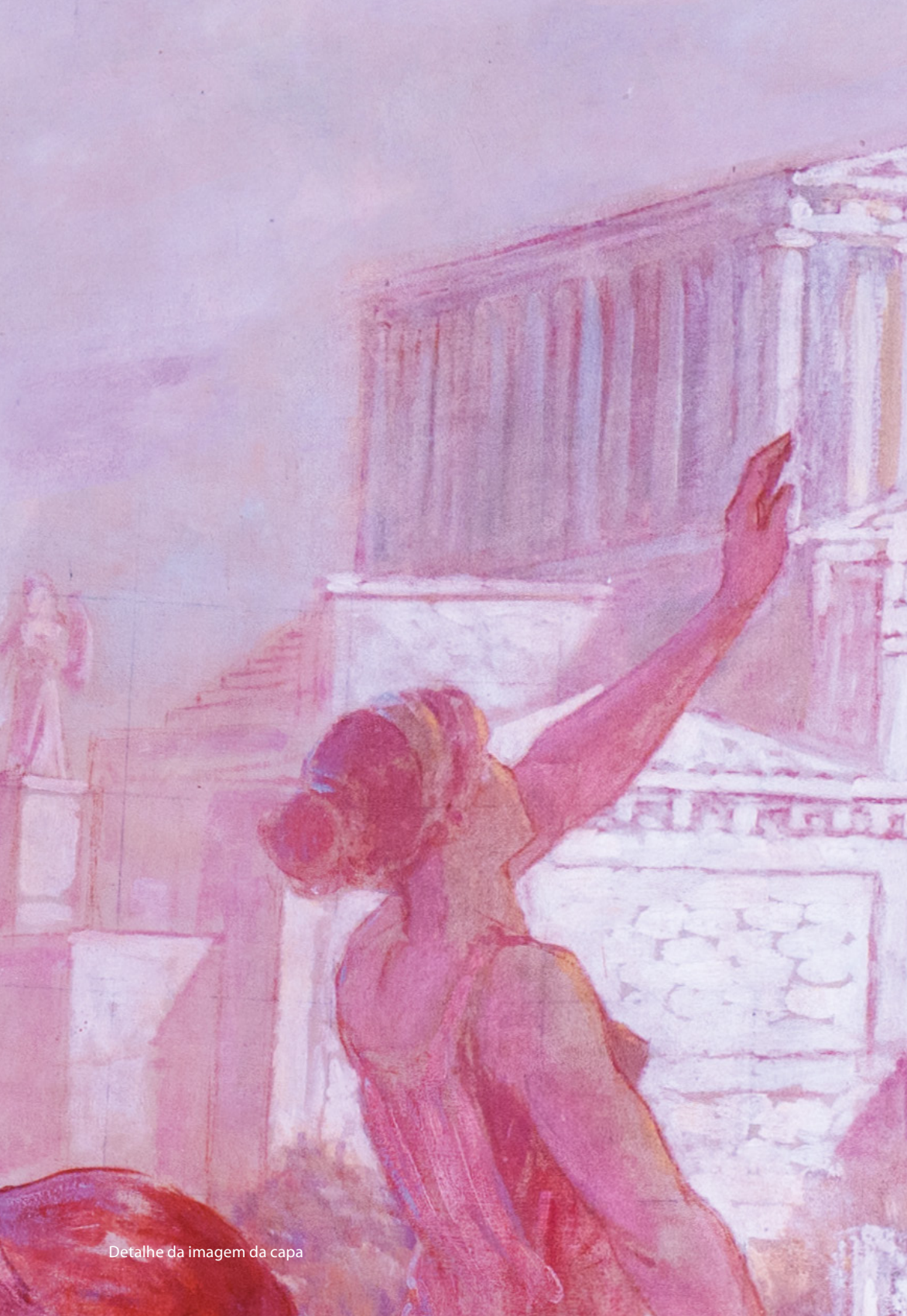
Em 1980, o então Promotor de Justiça João Marcello de Araújo Júnior, ex-aluno e amigo, e que dá nome ao Centro de Memória do MPRJ, publicou a biografia: *Roberto Lyra*. Dois anos depois o homenageado vem a falecer no Rio de Janeiro com oitenta anos.

Em 2002, foi publicada a obra *O Centenário do Imortal Roberto Lyra: coletânea em homenagem*, organizada por Sérgio de Andréa Ferreira e Fernando Galvão de Andréa Ferreira, membros do MPRJ. Este livro está disponível no acervo da Biblioteca da instituição.

Em homenagem mais recente, foi atribuído o nome *Lyra* à inteligência artificial desenvolvida em 2018 pela equipe da Coordenadoria de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (CADG), responsável pela plataforma digital *MP em Mapas*. *Lyra* tem sido treinado para analisar milhares de documentos judiciais com o objetivo de estabelecer estatísticas e previsões sobre o andamento de processos recorrentes. A tecnologia possibilita ao MPRJ uma atuação mais ágil e efetiva em demandas coletivas. Um tributo que busca fazer jus à capacidade intelectual e laborativa do gênio e eterno Roberto Lyra.

Mais informações e imagens do *Livro do Promotor Público* podem ser acessadas no link: <<https://atom.mprj.mp.br/index.php/6-edi-o-totem-do-promotor-de-justi-a-roberto-lyra>>.

O Projeto *História em Destaque* tem como objetivo a divulgação do valioso acervo histórico da instituição, destacando, a cada mês, um dos 16 mil documentos que resgatam a trajetória do MPRJ. A divulgação do acervo, feita pela plataforma ICA-AtoM, pode ser acessada no 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 *HABEAS CORPUS*
Nº 218.884 / PERNAMBUCO**

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): OZÉIAS LEÔNCIO FERREIRA

ADV.(A/S): PAULO RUBEM MEDEIROS COELHO

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL. COMPROVAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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 13.9.2022 a 23.9.2022.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

26/09/2022
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 218.884 / PERNAMBUCO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): OZÉIAS LEÔNCIO FERREIRA

ADV.(A/S): PAULO RUBEM MEDEIROS COELHO

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 22.8.2022, foi negado seguimento ao *habeas corpus*, sem requerimento de medida liminar, impetrado, em 16.8.2022, por Paulo Rubem Medeiros Coelho, advogado, em benefício de Ozéias Leôncio Ferreira, contra acórdão do Superior Tribunal Militar pelo qual, em 28.4.2021, não conhecida a Revisão Criminal n. 7000753-44.2020.7.00.0000.

2. Publicado esse ato no DJe de 23.8.2022, Ozéias Leôncio Ferreira interpôs, em 29.8.2022, tempestivamente, o presente agravo regimental.

3. Alega que *“o pedido elaborado no presente habeas corpus não exige a análise do conjunto probatório, mas tão somente o conteúdo da decisão judicial que considerou desimportante a análise meritória de provas produzidas nos autos da instrução criminal/ revisão criminal”*.

Sustenta que *“não se aponta que o STM tenha se manifestado dessa ou daquela maneira sobre parte dos documentos, mas tão somente afirma-se e se comprova que o tribunal castrense simplesmente considera que não é preciso analisar provas produzidas por um dos corréus, o que por si só já demonstra a afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”*.

Salienta que *“o STM além de cravar que a análise dos documentos é desimportante, também falhou na sua obrigação de apontar em que ponto da sentença de primeiro grau, ou no acórdão que julgou a apelação, ou mesmo no acórdão que julgou a revisão criminal, foram inseridas a apreciação dos elementos probatórios negligenciados. Ao invés disso, afirma de forma genérica que os documentos foram analisados, sem reproduzir uma única linha com os dizeres que comprovariam tal afirmação”*.

Estes o requerimento e os pedidos:

“Diante do exposto, requer o impetrante que Vossa Excelência, com fundamento no § 2º do Art. 317 do RISTF, reconsidere a decisão que negou seguimento ao habeas corpus e, com lastro no art. 191 do mesmo diploma, requisite informações a autoridade coatora, dando-se seguimento ao feito.

Não sendo este o entendimento de Vossa Excelência, pugna-se pelo julgamento do Agravo Regimental, pugnando-se pelo seu provimento, para que se dê seguimento ao habeas corpus e, ao final, seja concedida a ordem."

É o relatório.

26/09/2022
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 218.884 / PERNAMBUCO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao agravante.

2. Tem-se nos autos que o agravante foi condenado à pena de três anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime do art. 308 do Código Penal Militar (corrupção passiva), por participar de esquema de corrupção envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife – HMAR.

Consta que, durante a gestão do corrêu Francisco José Madeiro Monteiro como Diretor do Hospital, entre janeiro de 2008 e fevereiro de 2011, ele teria recebido vantagem indevida do corrêu Eriberto de Queiroz Marques, trinta e uma vezes, totalizando o valor de R\$ 243.509,02.

O recebimento dos valores teria sido intermediado pelos corrêus Coronel Odilson Riquelme e Tenente Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho e pelo agravante Ozéias Leôncio Ferreira, que teriam recebido as quantias de R\$ 132.106,86, R\$ 15.086,00 e R\$ 93.013,99, respectivamente.

A vantagem teria sido paga para garantir que a empresa Serviço de Quimioterapia de Pernambuco Ltda. – SEQUIPE obtivesse preferência nos encaminhamentos do Fundo de Saúde do Exército – FUSEx relativos aos procedimentos de oncologia do Hospital, o que teria acarretado ganho à empresa no montante de R\$ 3.740.696,52 entre janeiro de 2008 e fevereiro de 2011.

3. Neste *habeas corpus*, afirma-se que as defesas dos corrêus Francisco José Madeiro Monteiro e Odilson Riquelme teriam apresentado documentos que comprovariam que os valores por eles recebidos teriam sido empregados nas atividades do Hospital Militar de Área do Recife.

Sustenta-se, entretanto, que os documentos apresentados por Odilson Riquelme não teriam sido apreciados na sentença condenatória ou no acórdão pelo qual negado provimento às apelações defensivas.

4. No acórdão questionado na presente impetração, o Superior Tribunal Militar não conheceu da Revisão Criminal n. 7000753-44.2020.7.00.0000, concluindo que o agravante havia fundamentado o pedido em documentos que constavam da ação penal, antes devidamente examinados na sentença condenatória e no acórdão confirmatório da condenação:

"Na espécie, o requerente fundamentou seu pleito em provas produzidas por corréus já constantes do feito e analisadas pelas instâncias judiciais, embora em sentido diverso do pretendido pelo autor.

Inicialmente, cabe ressaltar a inexistência de condenação fundamentada em prova inidônea, tampouco, não apoiada em nenhuma outra produzida no curso processual, de sorte a descaracterizar eventual sentença condenatória contrária à evidência do processo. Ao revés, a decisão prolatada pelo Juízo de primeiro grau demonstrou ser suficientemente fundamentada e embasada em diversos elementos probatórios, a exemplo da prova documental e da parcial confissão judicial do agente.

Nesse sentido, colaciono os seguintes trechos do decisum prolatado na Ação Penal Militar nº 0000081-23.2012.7.07.0007, pertinentes à visualização do embasamento condenatório de OZÉIAS LEÔNCIO FERREIRA com lastro em conjunto probatório absolutamente idôneo:

A citada denúncia aponta em detalhes que 05 (cinco) termos de doações ideologicamente falsos tiveram vinculação direta com os cheques emitidos por ERIBERTO, compatíveis com o retorno de 10% do valor das ordens de pagamentos do HMAR à SEQUIPE.

Contudo, tal alegação do MPM somente é comprovada em 02 (dois) termos de doação, por meio de um cruzamento dos cheques e termos assinados pelo réu ERIBERTO, com as ordens bancárias feitas pelo HMAR em favor da SEQUIPE e os depósitos dos cheques feitos na conta corrente do réu OZÉIAS LEÔNCIO FERREIRA.

(...)

A defesa do réu FRANCISCO MADEIRO indagou qual seria a razão pela qual os acusados iriam adquirir bens e serviços e não ficar com todo o dinheiro?

A resposta: dar aparente legalidade perante os demais militares da unidade, fortalecendo a pessoa do diretor e permitindo que o esquema tivesse continuidade sob vista de todos, que pensavam que todo o dinheiro do caixa 2 era revertido para o bem da unidade, o que não deixaria de ser ilegal.

(...)

Os 09 (nove) cheques relativos aos termos de doação (...) foram depositados na conta corrente do corréu OZÉIAS LEÔNCIO e não do HMAR, situação que já denota uma forma usada

por MADEIRO para dissimular o uso dos recursos em proveito próprio, contando com a participação de OZÉIAS, escriturário do posto do Banco do Brasil localizado dentro do HMAR.

O uso da conta corrente de OZÉIAS é confessado por MADEIRO (...) quando o Sr Roberto executava serviços no HMAR, o declarante ia até o Banco do Brasil do HMAR e mandava o Sr. Ozéias sacar dinheiro da conta deste para fazer o pagamento do Sr Roberto (...) e confirmado pelo próprio OZÉIAS (...) que nunca viu maldade em atender o pedido do Cel Madeiro e depositou os cheques na sua conta (...), sob alegação genérica de facilitar os pagamentos do dia a dia do HMAR, mas se essa fosse a ideia, porque o MADEIRO não usou sua própria conta pessoal e não a de um terceiro (OZÉIAS), o qual disse em Juízo 'que nunca levou ao conhecimento do gerente da agência ou de outro funcionário o acordo que fez com o Cel Madeiro.'

(...)

Passando ao réu OZÉIAS LEÔNCIO, ficou comprovado com base em cruzamento dos cheques de ERIBERTO, termos de doação e ordens bancárias de pagamento e demais cheques depositados em sua conta, no período de 18 JUN. 2010 a 15 FEV. 11, que o réu recebeu em 15 (quinze) diferentes oportunidades, em sua conta corrente, a importância de R\$ 93.013,99, conforme tabela abaixo:

(...)

Registre-se que o acusado OZÉIAS recebeu ainda em sua conta corrente o seguinte cheque do corréu ERIBERTO, em 12 de julho de 2010, na conta poupança U0 10017032-3, do Banco do Brasil S.A., agência 1814-7, a quantia de R\$ 4.838,33, Cheque nº 492966, da conta da SEQUIPE no Banco do Brasil, assinado pelo acusado ERIBERTO (fls. 2.285 e fls. 2.293, vol. 12, apartado 01).

Apesar de não haver a compatibilidade deste cheque com percentagem de 10% das ordens de pagamento do HMAR para a SEQUIPE, fica evidente que o depósito foi realizado dentro do contexto delitivo, beneficiando tanto OZÉIAS quanto MADEIRO.

A Defensoria Pública da União, da mesma forma que na defesa de RIQUELME, alegou que seu defendido não teve qualquer vantagem patrimonial, argumentando que OZÉIAS acompanhava a movimentação dos cheques depositados

por MADEIRO, através de tabelas por ele mesmo produzidas (fls. 553/577).

Essas tabelas apenas reforçam a quebra de sigilo bancário, servindo para mera confrontação. Neste crime transeunte (que deixam rastros), a perícia, no caso em questão contábil, utilizou-se preferencialmente dos extratos bancários, por serem uma base isenta. As tabelas apresentadas nada favorecem o acusado, por ser simples confirmação dos extratos. Observa-se que a compensação dos cheques são seguidas de saques que não correspondem a totalidade, indicando que parte do dinheiro ficava para o réu OZÉIAS.

(...)

Assim, a vantagem indevida auferida pelo réu ERIBERTO foi a manutenção da SEQUIPE como a empresa líder no número de guias expedidas pelo Fundo de Saúde do Exército (FUSEX), haja vista ser público e notório na caserna o fato de que os pacientes ligados ao FUSEX são direcionados ao prestador de serviço médico pelo Fundo, que em Recife está totalmente vinculado ao HMAR, sob a direção do réu MADEIRO no período em questão, haja vista os pagamentos terem mantido a mesma sequência, conforme se pode observar na tabela de cheques de fls. 1592A/1593A e 3989A/4008A:

(...)

Por todo o exposto, os elementos do tipo básicos da corrupção ativa e passiva ficam preenchidos, pois o réu Cel R1 FRANCISO JOSÉ MADEIRO MONTEIRO, durante sua gestão como Diretor do HMAR, no período de JAN 08 a FEV 11, recebeu indevidamente por 31 vezes, do corrêu ERIBERTO DE QUEIROZ MARQUES a importância de R\$ 243.509,02, em valores não atualizados, em conluio, sob coordenação do primeiro e por intermédio dos também acusados Cel RI ODILSON RIQUELME (13 vezes – no período de JAN 08 a FEV 11), 1º Ten RJ GENTIL DE OLIVEIRA CAVALCANTI FILHO (03 vezes – no período de 07 ABR 10 a 11 MAL 10) e OZÉIAS LEONCIO FERREIRA (15 vezes – no período de 18 JUN 2010 a 15 FEV 11), os quais receberam os valores de R\$ 132.106,86; R\$ 15.086,00 e R\$ 93.013,99, a fim de que a SEQUIPE ficasse na liderança dos encaminhamentos do FUSEX, quanto aos procedimentos de oncologia do HMAR,

auferindo um ganho não atualizado, no período de JAN 08 a FEV 11, de R\$ 3.740.696,52. (Grifos nossos.)

Igualmente, cito trechos da Apelação nº 7000057-76.2018.7.00.0000 julgada por esta Corte Superior, de Relatoria do Ministro Alt Esq ALVARO LUIZ PINTO, aptas a demonstrar que o Acórdão confirmatório da condenação, em desfavor de OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA, foi amparado por uma pluralidade de provas e devidamente fundamentado:

Observa-se desses depoimentos que a empreitada criminosa era orquestrada pelo Acusado de duas formas:

1) Por intermédio de Termos de Doação fictícios, os quais registravam materiais que nunca ingressaram no patrimônio da Unidade Militar, porém, tiveram os seus valores depositados, por ordem do Réu, nas contas bancárias do Civil OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA.

Nessa condição, encontram-se os Termos de Doação nº 11/2010, no valor de R\$ 20.779,00 (vinte mil e setecentos e setenta e nove reais); nº 12/2010, no valor de R\$ 15.626,00 (quinze mil e seiscentos e vinte seis reais); e nº 01/2011, no valor de 16.289,00 (dezesesseis mil e duzentos e oitenta e nove reais). Acerca desse procedimento irregular, o Relatório de Auditoria, de 7 de outubro de 2013, elaborado por 2 (dois) Peritos da 7ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército, registrou que '(...) ficou caracterizada a (...) ausência de documentos que comprovem a entrada no patrimônio do HMAR Recife dos materiais (...)’.

2) Compensação de cheques oriundos da SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco diretamente na conta bancária do Cel RRm Ex ODILSON RIQUELME, do 1º Ten RRm Ex GENTIL DE OLIVEIRA CAVALCANTI FILHO e do Civil OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA, tudo por ordem do Cel RRm Ex FRANCISCO JOSÉ MADEIRO MONTEIRO.

(...)

Além disso, o Ofício nº 5-SAJ/HMAR, de 6 de fevereiro de 2017, subscrito pelo Cel Ex David Eber Pereira Pimentel, Subdiretor do Hospital Militar de Área de Recife, encaminhou em anexo '(...) a quantidade de procedimentos e o valor, por cada período anual (2008, 2009, 2010 e 2011) (...)’ pago pela Unidade Militar às empresas credenciadas que prestam

serviço quimioterápico a pacientes encaminhados pelo Fundo de Saúde do Exército, registrando que:

1) a empresa SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco atendeu 513 (quinhentas e treze) guias, percebendo o montante total de R\$ 3.740.696,52 (três milhões e setecentos e quarenta mil e seiscentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos);

2) a empresa Real Hospital Português atendeu 319 (trezentas e dezenove) guias, recebendo o valor total de R\$ 2.138.095,10 (dois milhões e cento e trinta e oito mil e noventa e cinco reais e dez centavos);

3) a empresa Mais Multi Assistência Incorporada à Saúde atendeu 205 (duzentas e cinco) guias, auferindo a importância total de R\$ 1.594.658,39 (um milhão e quinhentos e noventa e quatro mil e seiscentos e cinquenta e oito reais e trinta e nove centavos);

4) a empresa Unionco Unidade de Cirurgia de Oncologia atendeu 130 (cento e trinta) guias, percebendo o valor total de R\$ 444.299,93 (quatrocentos e quarenta e quatro mil e duzentos e noventa e nove reais e noventa e três centavos);

5) a empresa Neoh Memorial Núcleo Especializado em Oncologia e Hematologia atendeu 32 (trinta e duas) guias, recebendo o montante total de R\$ 258.475,45 (duzentos e cinquenta e oito mil e quatrocentos e setenta e cinco reais e quarenta e cinco centavos).

Percebe-se, pois, que SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco foi a empresa que obteve o maior valor repassado pela Administração Militar, R\$ 3.740.696,52 (três milhões e setecentos e quarenta mil e seiscentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), aproximadamente R\$ 1.500.00,00 (um milhão e quinhentos mil reais) a mais que a segunda firma, a Real Hospital Português, que recebeu o valor total de R\$ 2.138.095,10 (dois milhões e cento e trinta e oito mil e noventa e cinco reais e dez centavos).

(...)

Quanto à autoria, à época dos acontecimentos, o Civil OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA era '(...) escrivão do Posto do Banco do Brasil do HMAR (...)', tratando-se, portanto, de funcionário civil que exercia as suas funções dentro da Unidade Militar.

Nessa condição, conforme confessou em seu interrogatório colhido em Juízo, o Réu compensou cheques destinados à Unidade Militar diretamente em sua conta bancária pessoal, declarando:

‘(...) que confirma que 15 cheques emitidos pela SEQUIPE foram depositados em sua Conta-Corrente, por solicitação do Cel Madeiro. Que, salvo engano, de 2009 a 2011 o declarante prestou serviço no posto de atendimento do Banco do Brasil, localizado no HMAR (...) Que após a compensação dos cheques, o declarante sacava o montante solicitado pelo Cel Madeiro que geralmente não correspondia ao valor total do depósito (...) Que aceitou o depósito em sua conta corrente em confiança ao Cel Madeiro (...) Que o declarante também chegou a sacar importâncias solicitadas pelo Cel Madeiro, entregues diretamente ao próprio ex-diretor do hospital. Que o declarante fez uma planilha dos depósitos realizados a pedido do Cel Madeiro, onde eram consignados os créditos e os saques. Que o Cel Madeiro também tinha o controle da movimentação dos créditos e dos saques relativos aos depósitos dos cheques da SEQUIPE (...) Que nunca levou ao conhecimento do gerente da agência ou de outro funcionário o acordo que fez com o Cel Madeiro (...).'

Os seguintes documentos constantes dos autos confirmam a confissão do Acusado, registrando os 15 (quinze) cheques emitidos pelo Civil ERIBERTO DE QUEIROZ MARQUES, destinados ao HMAR, que foram depositados na conta bancária pessoal do Réu:

(...)

Observa-se, pois, que o Civil OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA participou ativamente da empreitada criminosa desenvolvida no âmbito do HMAR, incidindo à espécie o entendimento dos Pretórios no sentido de que:

‘(...) é consabido que o sujeito ativo do crime de corrupção passiva é o funcionário público (...)

porém, é certo que o particular que concorre para o cometimento da infração também deve ser responsabilizado, vez que aqui comunicam-se as condições pessoais elementares do tipo (...)’ (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal nº 35980314617, Relatora: Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos, DJ: 28/03/2005).

Quanto à materialidade, os documentos anteriormente citados demonstram o recebimento de valores destinados à Unidade Militar diretamente na conta bancária pessoal do Acusado, confirmando a sua participação na empreitada criminoso.

Além disso, o Ofício nº 5-SAJ/HMAR, de 6 de fevereiro de 2017, subscrito pelo Cel Ex David Eber Pereira Pimentel, Subdiretor do Hospital Militar de Área de Recife, demonstrou o benefício obtido pela empresa SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco em virtude da atuação do Acusado.

(...)

Quanto à culpabilidade, tratando-se de ‘(...) juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito)’ (Luiz Flávio Gomes. Direito Penal: parte geral, v. 2. Revista dos Tribunais. 2007. p. 545), é reprovável a conduta do Civil que participa de esquema criminoso no âmbito da Unidade Militar, percebendo valores destinados à Unidade Militar diretamente em sua conta bancária pessoal. Ademais, trata-se de agente imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato, dele sendo exigida conduta diversa.

(...)

Extrai-se desses documentos acostados ao caderno processual que os montantes recebidos pelo Acusado em sua conta bancária pessoal correspondiam a, aproximadamente, 10% (dez por cento) dos valores pagos pelo HMAR à SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco, justamente a empresa emitente dos cheques compensados na conta bancária do Réu.

Além disso, o Ofício nº 5-SAJ/HMAR, de 6 de fevereiro de 2017, subscrito pelo Cel Ex David Eber Pereira Pimentel, Subdiretor do Hospital Militar de Área de Recife, demonstrou o benefício obtido pela empresa SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco em virtude da empreitada criminosa apurada nestes autos.

(...)

A Defesa aduziu a ausência de vantagem ilícita percebida pelo Civil OZÉIAS LEÔNIO FERREIRA, uma vez que '(...) o dinheiro movimentado na conta dos apelantes (...) sempre foi entendido (...) como doações da SEQUIPE para o HMAR (...)’ e que a importância constante da quebra de sigilo bancário do Acusado teria sido '(...) revertida em proveito da própria administração (...)’.

O argumento não merece acolhimento.

Considerando que o Ministério Público Militar comprovou a prática delituosa apurada nos presentes autos, caberia à Defesa demonstrar que '(...) o dinheiro movimentado na conta dos apelantes (...) sempre foi entendido (...) como doações da SEQUIPE para o HMAR (...)’, ônus do qual não se desincumbiu.

Nesses termos, não se torna possível de atendimento a pretensão da Defesa, uma vez que segundo Eugênio Pacelli e Douglas Fischer: '(...) é ônus da defesa (...) desincumbir-se da prova do fato por ela alegado (...)’ (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4ª ed. Atlas. 2012. p. 311).

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: '(...) Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (...)’ (Habeas Corpus nº 70.742 /RJ, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ: 30/6/2000).

No mesmo sentido cito o seguinte precedente desta Corte Castrense: '(...) Prevalece em nosso ordenamento jurídico o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Inteligência do art. 296 do CPPM (...)’ (Apelação nº 34-69.2007.7.12.0012/AM, Relator: Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos, DJe: 23/5/2012).

In casu, o Acusado recebeu em sua conta bancária pessoal valores pagos pela SEQUIPE – Serviço Quimioterápico de Pernambuco e que deveriam ter sido destinados ao HMAR,

alegando, em sua defesa, que estava '(...) atendendo a um pedido de um Coronel condecorado e respeitadíssimo no meio militar (...)'.

Ocorre que o Réu era funcionário civil, bancário atuante na Unidade Militar, razão pela qual não devia obediência hierárquica ao Corréu Cel RRm Ex FRANCISCO JOSÉ MADEIRO MONTEIRO, e, para além, o recebimento de valores destinados à Unidade Militar em conta bancária pessoal revela-se flagrantemente ilegal. Era de se esperar, pelo menos, que o Acusado levasse tal situação ao conhecimento de seus superiores, ônus do qual não se desincumbiu, conforme se extrai do seguinte trecho de seu interrogatório colhido em Juízo:

'(...) que confirma que 15 cheques emitidos pela SEQUIPE foram depositados em sua Conta-Corrente (...) Que o declarante fez uma planilha dos depósitos realizados a pedido do Cel Madeiro, onde eram consignados os créditos e os saques (...) Que nunca levou ao conhecimento do gerente da agência ou de outro funcionário o acordo que fez com o Cel Madeiro (...)'

Observa-se nesse trecho do interrogatório do Acusado prestado sob o crivo do contraditório que a sua conduta sequer se limitava ao recebimento indevido de valores, haja vista que atuava como verdadeiro operador do esquema criminoso, elaborando '(...) planilha dos depósitos realizados (...) onde eram consignados os créditos e os saques (...)'. Tudo isso às escondidas, sem levar o assunto aos seus superiores ou a algum colega de trabalho. Em consequência, evidenciado está o dolo característico descrito no art. 308 do CPM.

No vertente caso, o Réu participou da prática delituosa, atuando como operador do esquema ilícito desenvolvido no âmbito do HMAR, razão pela qual a qualidade de militar dos demais Corréus comunica-se ao Civil OZÉIAS LEÔNICIO FERREIRA (...). (Grifos nossos.)

Veja-se, pois, pretender o requerente o mero rejuízo de seu caso, com a prolação de decisão absolutória lastreada em prova produzida por corréu que lhe beneficiaria, desconsiderando, por outro lado, o restante do acervo probatório, no qual a Sentença e o Acórdão condenatórios valeram-se para a respectiva fundamentação, à luz do princípio do livre convencimento motivado.

Como reiteradamente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme a Edição nº 63 da Jurisprudência em Tese, '1) A revisão criminal não é meio adequado para reapreciação de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva', sendo que '13) O acolhimento da pretensão revisional, nos moldes do art. 621, I, do CPP, é excepcional e limita-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, dispensando a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas'.

Relembre-se, devido à relevância da coisa julgada de envergadura constitucional, considerar-se inviável a utilização da revisão criminal como meio comum de impugnação de decisões condenatórias, como se tratasse de mais um recurso previsto pela Lei Processual Penal. (...)

Para além, cabe ressaltar que tanto a Sentença primeva quanto o Acórdão confirmatório da condenação enfrentaram a prova 'invisível' mencionada pelo requerente, embora em sentido diverso do aqui pretendido.

A propósito, extrai-se da Sentença:

Prosseguindo, a Defesa do acusado MADEIRO trouxe aos autos uma série de comprovantes de pagamentos que indicariam que seu defendido usou os valores recebidos por ERIBERTO apenas para os pagamentos de despesas do dia-a-dia do HMAR (fls. 285/500), contudo, sem entrar em detalhes sobre a autenticidade ou não dos documentos citados pela Defesa, percebe-se de plano a fragilidade da prova apresentada nos autos, pois os valores somados apenas perfazem o montante de R\$ 94.418,00, enquanto o valor comprovadamente recebido de forma ilícita pelo acusado MADEIRO gira em torno de R\$ 243.509,02.

E do Acórdão confirmatório da condenação:

No tocante à alegação defensiva segundo a qual '(...) todos os bens e valores entregues pela SEQUIPE a título de doação foram revertidos em benefício do HMAR (...)', destaca-se que consta dos autos documentos colacionados pela Defesa, dando conta da '(...) aquisição de equipamentos, reformas, manutenções de ar-condicionado (...)'. Esses serviços totalizaram, aproximadamente, R\$ 94.000,00 (noventa e quatro mil reais) (fls. 285/500). Ocorre que o volume de dinheiro movimentado por ordem do Acusado, nas contas bancárias pessoais dos Corréus Cel RRm Ex ODILSON RIQUELME, 1º Ten RRm Ex GENTIL DE OLIVEIRA CAVALCANTI FILHO e Civil OZÉIAS LEÔNIO FERREIRA,

alcançou a importância de R\$ 243.509,02 (duzentos e quarenta e três mil e quinhentos e nove reais e dois centavos), montante que, em muito, supera os R\$ 94.000,00 (noventa e quatro mil reais) destinados à Unidade Militar.

Portanto, considerando o que estabelece o artigo 296 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual '(...) O ônus da prova compete a quem alegar o fato (...)', tais documentos não se mostram aptos a amparar o argumento defensivo no sentido de que '(...) todos os bens e valores entregues pela SEQUIPE a título de doação foram revertidos em benefício do HMAR (...)'. Afinal, o Acusado recebeu da mencionada empresa quase o triplo do que efetivamente repassou à Organização Castrense.

Para Eugênio Pacelli e Douglas Fischer: '(...) é ônus da defesa (...) desincumbir-se da prova do fato por ela alegado (...)' (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311).

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: '(...) Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de alibi que aproveite ao réu (...)' (Habeas Corpus nº 70.742 /RJ, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ: 30/6/2000).

No mesmo sentido, cito o seguinte precedente desta Corte Castrense: '(...) Prevalece em nosso ordenamento jurídico o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Inteligência do art. 296 do CPPM (...)'. (Apelação nº 34-69.2007.7.12.0012/AM, Relator: Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos, DJe: 23/5/2012).

(...)

Melhor sorte não assiste aos argumentos defensivos [de Odilson Riquelme] segundo os quais '(...) o dinheiro movimentado na conta dos apelantes (...) sempre foi entendido (...) como doações da SEQUIPE para o HMAR (...) e que a importância constante da quebra de sigilo bancário do Acusado teria sido (...) revertida em proveito da própria administração (...)'

Contrapõe-se a primeira tese defensiva, segundo a qual '(...) o dinheiro movimentado na conta dos apelantes (...) sempre foi entendido (...) como doações da SEQUIPE para o HMAR (...)', o depoimento prestado em Juízo pelo Cel Ex Ricardo dos Santos Nogueira, no sentido de que:

'(...) com o tempo (...) eu fui verificando que a bagunça, ela era uma bagunça orquestrada e deliberada (...) então toda aquela bagunça que eu encontrei não foi uma falta de organização, muito pelo contrário, foi uma organização criminoso (...) que instalou essa bagunça para ficar mais fácil de se perderem os controles e ficar, assim, mais fácil para que pudessem sangrar os recursos públicos (...) o próprio Coronel Riquelme dizia que pegava algum recurso proveniente do retorno do pagamento que eram feitos a essa empresa como doação (...) o eufemismo que eles usavam pra (sic) corrupção era doação (...) verifiquei claramente que era pra (sic) fazer dinheiro, pra (sic) enriquecer pessoas que tavam (sic) lidando com essa parte da administração (...) era algo em torno de 10% do valor pago a empresa que retornava para (...) eles diziam doações (...) JUIZ: eles quem? TESTEMUNHA: Coronel Riquelme e Coronel Madeiro (...) Coronel Madeiro dava as ordens e Coronel Riquelme, vamos dizer assim, executava essas ordens (...) JUIZ: (...) o que a testemunha sabe informar sobre a participação, individualizada, de cada um dos Acusados? (...) TESTEMUNHA: O Senhor poderia ir citando os nomes? (...) JUIZ: (...) Coronel Francisco José Madeiro? TESTEMUNHA: Chefe do esquema (...) cabeça de todo o esquema (...) JUIZ: Coronel Odilson Riquelme (...) TESTEMUNHA: (...) ele tinha um caixa 2 a mando do coronel Madeiro (...) era, vamos dizer assim, o contador do esquema (...).'

Tal afirmação é expressa ao registrar que existia

'(...) uma organização criminoso (...) no âmbito do HMAR e que (...) o eufemismo que eles usavam pra (sic) corrupção era doação (...)' . Em consequência, incide na espécie o entendimento desta Corte Castrense, dando conta de que, em delitos de corrupção, '(...) As atitudes do agente, em regra, são silentes, tendentes a permanecerem camufladas. As provas da conduta não são facilmente obtidas, portanto a testemunhal tem importante peso (...)' (Apelação nº 122-54.2014.7.02.0202/SP, Relator: Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias, DJe: 24/5/2017).

Com efeito, cabe ressaltar, ad argumentandum tantum, ser desimportante, à luz da Sentença e do Acórdão condenatórios, eventual comprovação de que os supostos valores doados pela SEQUIPE foram revertidos em benefício do HMAR, porquanto a vantagem indevida característica do tipo penal consistiu na manutenção da SEQUIPE como a sociedade empresária que obteve as guias expedidas em maior número pelo Fundo de Saúde do Exército.

Relembre-se que a SEQUIPE logrou o repasse da Administração Militar de R\$ 3.740.696,52 (três milhões, setecentos e quarenta mil, seiscentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), enquanto a Real Hospital Português recebeu o valor de R\$ 2.138.095,10 (dois milhões, cento e trinta e oito mil, noventa e cinco reais e dez centavos).

Nesse sentido, não há falar em sentença ou em acórdão contrários à evidência dos autos, eis que lastreados em conjunto probatório robusto e suficientemente fundamentado à luz do caso concreto.

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conheço da presente Revisão Criminal" (grifos nossos).

5. Consta da sentença e do acórdão confirmatório da condenação que as defesas não lograram êxito em comprovar que a totalidade dos valores depositados nas contas dos réus teria sido utilizada em favor do Hospital Militar de Área do Recife.

Ademais, no acórdão pelo qual não conhecida a revisão criminal ajuizada pelo agravante, o Superior Tribunal Militar afirmou ter sido devidamente comprovado o recebimento de vantagem indevida pelos réus para que a empresa Serviço de Quimioterapia de Pernambuco Ltda. (SEQUIPE) fosse beneficiada.

Assim, para rever a conclusão no ponto suscitado pela defesa de que teriam sido juntados aos autos documentos comprobatórios da aplicação dos valores recebidos por Odilson Riquelme em benefício do Hospital Militar de Área do Recife, seria necessário reexame dos fatos e das provas dos autos.

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que "o processo de 'habeas corpus', que tem caráter essencialmente documental, não se mostra juridicamente adequado quando utilizado com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento" (RHC n. 138.119-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 7.2.2019).

Confirmam-se também os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA PERÍCIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO, REVISÃO DA DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. DISPONIBILIZAÇÃO DO MATERIAL OBTIDO PELA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: ASSEGURADO O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS DOS AUTOS INCABÍVEL EM HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 153.813-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.8.2019).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE QUE ORIENTA A MATÉRIA SOB EXAME. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESE QUE POSSIBILITE O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE WRIT. DELITOS CONTRA OS COSTUMES: PALAVRA DA VÍTIMA POSSUI ESPECIAL RELEV. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)

V - A via estreita do habeas corpus não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova.

VI - Agravo a que se nega provimento” (HC n. 170.503-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 5.8.2019).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. (...)

2. Para concluir em sentido diverso quanto à tese de absolvição do crime de associação para o tráfico de drogas, imprescindível o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.

3. *Agravo regimental conhecido e não provido*" (HC n. 157.952-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 13.12.2018).

"AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS. CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

3. *A análise acerca da ausência de indícios de autoria e prova de materialidade, de modo a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual. Precedentes.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (HC n. 151.206-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 6.6.2018).

"Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Condenação por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Recurso manejado contra decisão monocrática proferida em sede de habeas corpus impetrado ao Superior Tribunal de Justiça. Não cabimento. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante a amparar a concessão de ordem ex officio. Absolvição. Fragilidade probatória. Imprestabilidade do habeas corpus para revolver fatos e provas. Precedentes. Aplicação do § 4º do 33 da Lei nº 11.343/06 como tese alternativa. Conclusão pelas instâncias ordinárias de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa. Improriedade da via eleita para glosar elementos de prova que ampararam essa conclusão. Precedentes. Não reconhecimento do recurso. (...)

4. *Conclusões a respeito da suficiência probatória para a condenação do recorrente pelo crime de tráfico de drogas implicariam indispensável reexame aprofundado do acervo fático-probatório intimamente ligado ao mérito da própria ação penal, o qual é inviável na via eleita.*

5. *Não se admite a utilização do habeas corpus para glosar elementos probatórios que amparam conclusão das instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova, a respeito da dedicação do condenado à atividade criminosa.*

6. *Recurso ordinário do qual não se conhece*” (RHC n. 144.668, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 18.9.2017).

6. Enfatize-se que, no *Habeas Corpus* n. 193.271, de minha relatoria, impetrado em benefício do corréu Francisco José Madeiro Monteiro, debateu-se matéria análoga à presente, decidindo a Segunda Turma deste Supremo Tribunal pela impossibilidade de exame de mérito da questão, por demandar o reexame de fatos e provas:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CORRUPÇÃO PASSIVA. CONDENAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 193.271-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.12.2020).

7. Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG.REG. NO HABEAS CORPUS Nº 218.884

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): OZÉIAS LEÔNCIO FERREIRA

ADV.(A/S): PAULO RUBEM MEDEIROS COELHO (22337/PE)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: A Turma, por unanimidade, *negou provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, Sessão Virtual de 16.9.2022 a 23.9.2022.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Dias Toffoli, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizaram processos para esta Sessão a Ministra Rosa Weber, Presidente, e o Ministro André Mendonça, não tendo participado do julgamento desses feitos o Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia, respectivamente.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714/ DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): WALBER DE MOURA AGRA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. 3. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. 4. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. 5. Impossibilidade de arrependimento ao veto. 6. Precedentes. 7. Medida cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. 8. Medida cautelar referendada pelo Plenário. 9. Apreciação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem de Veto 25, com superação do veto ao art. 3º-A da Lei 13.979/2020. Perda superveniente de objeto. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente para restabelecer a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer da arguição em relação ao veto ao art. 3º-A, inciso III, por perda superveniente de objeto, e, na parte conhecida, julgou procedente a arguição em relação aos novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 05 a 12 de fevereiro de 2021.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

17/02/2021

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714/ DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): WALBER DE MOURA AGRA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 714, 715 e 718, todas com pedido de medida cautelar, propostas contra atos do Presidente da República quando da fase de deliberação executiva do Projeto de Lei (PL) 1.562/2020.

Na ADPF 714, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), alega-se que o veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo a dispositivo normativo constante do PL 1.562/2020 resulta lesivo a preceito fundamental, o direito à saúde (art. 6º e art. 196 da Constituição Federal) (eDOC 1).

O requerente informa que o PL 1.562/2020 altera a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública deflagrada pela pandemia da Covid-19. Complementa que, encerrada a fase de deliberação legislativa, o Projeto de Lei foi remetido ao Presidente da República (art. 66 da Constituição Federal), oportunidade em que alguns dispositivos foram vetados, dentre os quais o inciso III do novo art. 3º-A, que abaixo segue com grifos:

“Art. 3º A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 3º-A a 3º-I:

‘Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em:

- I – veículos de transporte remunerado privado individual de passageiros por aplicativo ou por meio de táxis;
- II – ônibus, aeronaves ou embarcações de uso coletivo fretados;
- III – *estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.* (Dispositivo vetado)

Afirma o partido autor que o Presidente da República invocou indevidamente o direito à inviolabilidade domiciliar, na motivação do veto ao inc. III do art. 3º-A, para transgredir o direito à saúde e incitar a população brasileira a descumprir normas locais. (eDOC 1, p. 4)

Defende que o veto presidencial ao dispositivo em questão faz com que o *caput* do art. 3º-A perca “sua razão de ser” porque “enquanto a cabeça do artigo torna obrigatório o uso de máscara em locais privados acessíveis ao público, o veto no então inciso III, retirou essa obrigatoriedade para estabelecimentos comerciais, industriais e de ensino, templos religiosos e demais locais fechados”. (eDOC 1, p. 16)

Por esses motivos, pede seja dada interpretação conforme à Constituição ao art. 3º-A da Lei 14.019/2020, “no sentido de estender a obrigatoriedade de uso de máscara de proteção individual para circulação em todos os espaços privados acessíveis ao público, especialmente estabelecimentos comerciais, industriais e de ensino, templos religiosos e demais locais fechados” (eDOC 1, p. 19).

Por seu turno, a ADPF 715, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade, questiona atos que se seguiram à aposição do veto parcial ao PL 1.562/2020. Notícia o requerente que, no dia 3 de julho de 2020, foram publicadas a Lei 14.019, de 2 de julho de 2020, e a Mensagem 374, que informava o veto parcial oposto ao PL 1.562/2020. Ocorre que o Diário Oficial da União do dia 6 de julho de 2020 veiculou novos vetos, agora aos textos legais constantes no § 5º do art. 3º-B e no art. 3º-F, que na primeira publicação da Lei 14.019/2020 assumiram a seguinte redação:

“Art. 3º-B (Vetado)

(...)

§ 5º Os órgãos, entidades e estabelecimentos a que se refere este artigo deverão afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento, nos termos de regulamento.”

“Art. 3º-F. É obrigatório o uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, observada a primeira parte do *caput* do art. 3º-B desta Lei”.

Consecutivamente, o mesmo DOU de 6 de julho de 2020 trouxe nova publicação da Lei 14.019/2020, agora sem as partes acima transcritas, e mencionadas na “republicação” do veto.

O partido autor afirma que o Poder Executivo, “*sob desculpa de retificação, na prática veta texto de Lei já sancionada, promulgada e publicada*”, incorrendo em violação ao preceito fundamental da separação de poderes (arts. 2º e 66, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal). (eDOC 1). Assim alega: (i) impossibilidade de se renovar o exercício do poder de veto, ante a ocorrência de preclusão temporal, lógica e consumativa da prerrogativa quando de sua primeira utilização, formalizada na primeira publicação da Mensagem 374, no Diário Oficial da União de 3.7.2020; (ii) aposição de veto não mais a projeto de lei e sim a uma lei já promulgada e publicada, porque o que se apresenta como retificação fora levado a efeito após decurso do prazo constitucional de 15 (quinze) dias (eDOC 1, p. 13).

Por esses motivos, pede a suspensão dos “*efeitos da retificação no DOU de 6 de julho de 2020 da Lei n. 14.019 e da Mensagem n. 374, ambas de 2 de julho de 2020, mantendo os efeitos da publicação original no DOU de 3 de julho de 2020*”, com a fixação da tese de que o veto é ato único e irretratável. (eDOC 1, p. 16)

O autor da ADPF 714 também se manifestou sobre as “retificações” – da Mensagem 374 e da Lei 14.019/2020, que circularam no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, em aditamento à petição inicial (eDOC 7). Requer seja dada interpretação conforme à Constituição ao art. 3º-F da Lei 14.019/2020, “*no sentido de estender a obrigatoriedade de uso de máscara de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço*”. (eDOC 7, p. 4)

Por fim, o Partido dos Trabalhadores apresentou a ADPF 718, na qual postula “*a inconstitucionalidade do veto presidencial ao inc. III do art. 3º-A, ao § 5º do art. 3º-B e ao art. 3º-F, todos da Lei n. 13.979/2020*” (alterados, na forma já exposta), em razão de violação aos preceitos fundamentais do direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), ao direito social à saúde (art. 6º, *caput*, da Constituição Federal), ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal) e ao direito fundamental à proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal). Requer, assim, a declaração de inconstitucionalidade dos vetos ao inc. III do art. 3º-A, ao § 5º do art. 3º-B e ao art. 3º-F.

A Presidência desta Corte entendeu que não havia urgência necessária à apreciação da medida cautelar e adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. Solicitou informações aos requeridos e abriu vista à AGU e à PGR. (eDOC 9, ADPF 714).

Em 3 de agosto de 2020, *ad referendum* do Plenário desta Corte, com base no art. 5º, §1º, da Lei 9.882/1999 e no art. 21, V, do RISTF, deferi parcialmente a medida cautelar pleiteada para *suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020*, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020.

A medida cautelar foi referendada, por unanimidade, pelo Tribunal em Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. (eDOC 35, ADPF 714)

A Presidência da República, em informações (eDOC 22, ADPF 714), pede a improcedência do pedido, uma vez que o veto estaria em conformidade com as regras constitucionais ínsitas à espécie.

A AGU manifesta-se pelo não conhecimento das arguições e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados:

“Processo legislativo. Vetos aos artigos 3º-A, inciso III e 3º-F da Lei nº 13.979/2020, com redação conferida pela Lei nº 14.019/2020. Preliminares. Inexistência de ato do Poder Público passível de figurar como objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Inadmissibilidade de controle prévio de constitucionalidade. Ausência de procuração com poderes específicos para impugnar o veto ao artigo 3º-F da Lei nº 13.979/2020. Mérito. Os vetos apostos pelo Presidente da República pautaram-se em ponderação de interesses que resultou na prevalência do direito à inviolabilidade de domicílio, na liberdade para o exercício, pelos entes subnacionais, das competências materiais e legislativas previstas pelo Texto Constitucional, bem como no respeito às regras de proteção ao trabalhador em vigor. Inexiste irregularidade formal em republicação de mensagem de veto que objetiva apenas sanar incorreção constatada na versão original do ato. Manifestação pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados pelo autor”. (eDOC 27, ADPF 714)

O Senado Federal postula o não cabimento do controle prévio, devendo-se aguardar a análise dos vetos pelo Congresso Nacional (eDOC 29, ADPF 714). Na Petição 66.261/2020, por meio da qual complementa as informações anteriores, comunica que, em 19 de agosto de 2020, o Congresso Nacional apreciou os vetos, rejeitando o veto apostado ao inciso III do art. 3º-A da Lei 13.979/2020, o que levaria à perda parcial e superveniente de objeto. Em relação à republicação do veto apostado à Lei 14.019, requer a procedência do pedido (eDOC 33, ADPF 714).

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo não conhecimento da ação, por perda de objeto, quanto ao veto ao inciso III do art. 3º-A da Lei 13.979/2020, e pelo conhecimento da ação e procedência do pedido quanto ao veto ao §5º do art. 3º-B e ao art. 3º-F da Lei 13.979/2020, a fim de restabelecer a plena vigência das normas (eDOC 47, ADPF 714).

É o relatório.

17/02/2021
PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trago a julgamento deste Plenário o mérito das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 714, 715 e 718.

1. Do conhecimento

A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 103, §1º, da CF/88) requer – além da observância da regra da *subsidiariedade* (art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999) – que o fundamento da controvérsia constitucional trazida ao conhecimento da Corte possua *relevância* (inc. I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/1999).

No caso, a controvérsia constitucional que ora se apresenta é tipicamente daquelas em que a relevância só se evidencia após sua adequada *delimitação*.

Os autógrafos do PL 1.562/2020 foram remetidos à sanção presidencial por meio da Mensagem 7/2020, de 12 de junho de 2020, do Presidente da Câmara dos Deputados. Tal documento, que contém a redação final aprovada na Casa que ultimou o processo legislativo, mostra que o art. 3º do PL 1.562/2020 tratou de inserir uma série de dispositivos (arts. 3º-A a 3º-I) no corpo da Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – que por sua vez consiste em uma das principais medidas legislativas decretadas pelo Congresso Nacional para o enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus – Covid-19).

O recebimento dos autógrafos deu-se no mesmo dia, 12 de junho de 2020, de modo que o prazo de 15 (quinze) dias úteis para o exercício da deliberação executiva quanto ao Projeto de Lei (art. 66, § 1º, da CF/88) tinha como *marco final* o dia 2 de julho de 2020.

Foi exatamente em tal data que o Chefe do Poder Executivo enviou a *Mensagem 374*, de 2 de julho de 2020, ao Presidente do Senado Federal, em que comunica o *veto parcial* e expõe seus motivos; a publicação do expediente deu-se no Diário Oficial da União de 3 de julho de 2020 (Edição 126, Seção 1, página 4).

Os demais dispositivos do Projeto de Lei 1.526/2020 sobre os quais não recaiu o veto foram sancionados, o que resultou na promulgação da Lei 14.019, de 2 de julho de 2020, publicada na edição do Diário Oficial da União de 3 de julho de 2020 (Edição 126, Seção 1, página 2).

Nada obstante, o Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020 trouxe a publicação de 2 (*dois*) novos vetos a dispositivos que constavam, antes, no PL 1.562/2020, mas que, desde 3 de julho de 2020, integram a Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020, a saber: o § 5º do art. 3º-B e o art. 3º-F. Na mesma edição do Diário, houve nova publicação da Lei 14.019/2020 contemplando os novos vetos.

De se notar a heterodoxia do procedimento, cuja vocação para o inusitado não esmorece com a nota, em rodapé, de que o expediente cuidaria de mera republicação “*por ter constado incorreção, quanto ao original*” (ADPF 718, eDOC 3, p. 6).

Heterodoxia procedimental que inviabiliza o não conhecimento dos pedidos deduzidos pelas partes autoras (ou pelo menos a maior parte deles) com apoio no fundamento de que a controvérsia constitucional que se coloca articula matéria circunscrita à intimidade do exercício do poder político, uma *political question*, a recomendar, por isso, uma autocontenção do Poder Judiciário: seja nos termos inaugurados por *Luther v. Border* (1849), na experiência jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, seja na linha da ADPF 1/DF-QO:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. (...)”

8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço.

9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo – que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, – no conceito de ‘ato do Poder Público’, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, – eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, – poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. (grifamos) (QO na ADPF/DF, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 3.2.2000, DJ 7.11.2003)

Não se imagina como os fatos subjacentes à controvérsia constitucional em análise poderiam ser compreendidos na chave de uma opção legítima dentro da margem de discricionariedade titularizada pelo Chefe do Poder Executivo quando do exercício do poder de veto que lhe é constitucionalmente deferido (art. 66 e art.

84, inc. V, CF/88), e assim justificar o não seguimento da presente ação nos moldes da ADPF 1/DFQO.

1. Perda superveniente de objeto quanto ao art. 3º-A, inciso III

Já em relação ao veto do Presidente da República apostado ao inciso III do art. 3º-A da Lei 13.979/2020, na redação dada pela Lei 14.019/2020, entendo que a ação não deve ser conhecida.

Em 19 de agosto de 2020, as Casas do Congresso Nacional rejeitaram o Veto 25 de 2020, tendo sido promulgada a norma então vetada, a qual se encontra vigente e em plena validade, conforme informado pelo Senado Federal (eDOC 33):

“(…) Houve a rejeição dos vetos apostos ao inciso III do art. 3º-A, ao § 1º do art. 3º-A, ao inciso I do § 1º do art. 3º-A, ao inciso II do § 1º do art. 3º-A, ao § 2º do art. 3º-A, ao § 6º do art. 3º-A, ao “*caput*” do art. 3º-B, § 1º do art. 3º-B, aos incisos I, II e III do § 1º do art. 3º-B, ao § 2º do art. 3º-B, ao art. 3º-C, ao “*caput*” do art. 3º-D, ao parágrafo único do art. 3º-D e ao parágrafo único do art. 3º-H, todos da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com a redação dada pelo Projeto de Lei nº 1.562, de 2020. Os demais vetos foram mantidos, à exceção dos vetos apostos ao § 5º do art. 3º-B e ao art. 3º-F, praticados em “*republicação*” da Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020, que não foram objeto de deliberação pelas Casas do Congresso Nacional, em cumprimento à decisão cautelar que suspendeu os efeitos da deliberação executiva, preservando a vigência e a eficácia desses dispositivos. (...)”

Assim, constato a perda superveniente de objeto em relação ao art. 3º-A, inciso III, da Lei 13.979/2020, razão pela qual deixo de conhecer a arguição em relação a este pedido.

2. Do mérito

Em relação à parte conhecida, portanto, passo ao exame do mérito.

2.1. Dos pedidos de suspensão dos efeitos da retificação de vetos da Lei 14.019 no DOU de 6 de julho de 2020

No tocante aos pedidos de suspensão dos efeitos da retificação no DOU de 6 de julho de 2020, verifica-se que, para além de qualquer dúvida razoável, o que ocorreu foi um “exercício renovado” do poder de veto. Exercício cuja desconformidade com o art. 66 da Constituição Federal acontece pelo só fato de sua repetição, e que afronta

suficientemente a higidez da ordem constitucional a ponto de representar violação ao preceito fundamental da separação dos poderes (art. 2º, CF/88).

As normas que disciplinam o processo constitucional de formação das leis não encerram mera formalidade dispensável, reflexo de uma normatividade inferior a conferir-lhes eficácia meramente “diretórias” (CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 10). Seu caráter plenamente cogente, no plano jurídico, é conclusão a que se chega até pelo princípio da unidade da Constituição. Mas sua centralidade é algo que apenas se deixa revelar quando se percebe que o processo legislativo desempenha o papel de servir como momento institucional do modelo de circulação social do poder político no Estado Democrático de Direito (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76-77).

Os mais elevados valores materiais necessários para a convivência democrática não são localizáveis no éter; são, antes, produto de procedimentos: “a democracia como forma de racionalizar processos na ordem política cria publicidade no seio de seus próprios procedimentos. O procedimento formal se converte, portanto, em garantia de retidão e justiça material” (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2013, p. 144).

Nem fim em si mesmo, nem mero instrumento a ser relativizado para a realização de um resultado tido como mais nobre: a formação das espécies normativas primárias (art. 59, CF/88), no marco de uma leitura constitucionalmente adequada, é função pública estruturada em *iter* procedimental, com etapas sucessivas, tanto pela necessidade prática de coordenar o agir de uma pluralidade de órgãos estatais, quanto para dotar a formação do ato final, no caso a lei, de um mínimo de previsibilidade que possibilite a setores da sociedade a se organizarem em busca de influírem efetivamente no ato final. (GALEOTTI, Serio. *Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 86).

Desse caráter concatenado em fases, que orienta a formação legislativa, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em página inextinguível, vislumbrou aplicável ao processo legislativo o *princípio da preclusão*, muito embora não tenha a Constituição de 1988 dele tratado expressamente:

“Dada a natureza processual da tramitação legislativa – que aborrece toda forma de retrocesso – prescinde, a meu ver, de norma constitucional expressa que o *princípio dinâmico da preclusão seja igualmente o processo legislativo, de modo a que* – salvo as exigências explícitas de reiteração, a exemplo daquelas de votação em dois turnos – *a decisão de cada uma das fases do procedimento ou o encerra definitivamente ou abre a fase seguinte, sempre, porém, sem jamais admitir o retorno à fase vencida*”. (ênfase nossa) (ADI 1.254/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.1999, DJ 17.3.2000, folha 99).

A controvérsia constitucional que aqui se aborda versa exatamente sobre uma *preclusão*: aquela ocorrida na etapa da deliberação executiva, cuja consumação põe fim à fase constitutiva de formação da lei ao mesmo tempo em que inaugura a fase complementar, ou integratória da eficácia da lei – promulgação e publicação (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 62).

As Constituições brasileiras do período republicano guardam a noção de que a lei (*grosso modo* e via de regra) é resultado da conjugação da manifestação do Congresso Nacional com aquela do Chefe do Poder Executivo, materializada pela sanção. Na feliz síntese da Ministra Cármen Lúcia, “*a lei, no Brasil, tem sido tradicionalmente e salvo exceções expressas previstas no próprio texto constitucional, resultado da vontade compósita dos órgãos do legislativo e do executivo*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 173).

Representativo dessa noção do exercício partilhado da função legislativa era o art. 16 da Constituição Republicana de 1891: “*O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República*”. Dispositivo que bem evidencia o que Hans Kelsen descreveu como a “*composição de uma função orgânica [a partir] de duas funções parciais*”. (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Trad. Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 364).

Perfilhando a noção de *lei como ato complexo*, a Constituição de 1988 dedicou razoável atenção ao modo pelo qual se desenvolvem as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo quando da passagem da etapa da deliberação legislativa para a etapa da deliberação executiva. O art. 66, *caput* e parágrafos, enuncia modalidades de sanção e veto, demarca elementos e formalidades essenciais e – o que se revela central para o caso em apreço – assina prazos e estatui consequências em hipótese de descumprimento.

Da leitura do art. 66 da CF/88, José Afonso da Silva conclui que, uma vez manifestada a aquiescência do Poder Executivo com o Projeto de Lei que lhe fora enviado, pela aposição da sanção, ocorre exatamente uma *preclusão* – na forma divisada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no trecho do julgamento da ADI 1.254/RJ acima transcrito – suficiente para conferir ao *ao veto caráter terminativo*:

“(…) a sanção, uma vez dada, escapa ao controle do outorgante, para integrar o ato complexo – a lei –, como um todo, passando, em consequência, a ser elemento da lei, que não pode ser retirado ou revogado, senão com a revogação da lei. *É irretirável.*” (ênfase nossa) (SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214-215).

Também assim já me pronunciei em sede doutrinária (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva,

2017, p. 949). E estamos bem acompanhados, considerando que há tempos é essa o abalizado posicionamento do eminente Ministro Celso de Mello:

“O veto é irretratável. Uma vez manifestado, e comunicadas as razões ao Legislativo, torna-se o veto insuscetível de retratação”. (José Celso de Mello Filho. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 224)

Com efeito, a irretratabilidade do veto configura traço constante de nossa experiência constitucional. Orienta mesmo o Manual de Redação da Presidência da República:

“Uma das mais relevantes características do veto é a sua irretratabilidade. Tal como já acentuado pelo Supremo Tribunal Federal, manifestado o veto, o Presidente da República não pode retirá-lo ou retratar-se para sancionar o projeto vetado”, (BRASIL *Manual de Redação da Presidência da República*. 3ª ed. Org. Gilmar Ferreira Mendes. 3ª ed. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 160).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, orientando-se pela lógica da preclusão entre as etapas do processo legislativo, também pontificou que “*O poder de veto, quando usado pelo executor, não pode ser retratado*”, para negar a possibilidade, ao então Governador de Pernambuco de proceder à sanção de Projeto de Lei que, dois dias antes, fora enviado à Assembleia Legislativa com mensagem de veto. (Representação 432/PE, Rel. Ministro ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 22.1.1960).

Além de rigor conceitual e sólida tradição constitucional, a construção que ora se comenta revela plena compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, cujo *caput* do art. 66 aponta que o produto da atividade do Congresso Nacional, que é enviado ao Presidente da República para deliberação executiva, consiste em um *projeto de lei*. Valendo-se do veto parcial, a parte não vetada segue à promulgação e, como tal, transfigura-se de projeto de lei para lei. A parte vetada, por seu turno, segue para o Congresso Nacional, que deliberará, em sessão conjunta, pela manutenção ou derrubada do veto (art. 57, § 3º, inc. IV, CF/88).

A esse respeito, destaca-se que, recentemente, o Plenário do STF, no julgamento do RE 706.103 (tema 595 da repercussão geral), decidiu expressamente que a oposição de veto parcial em proposta legislativa “*implica o desmembramento do processo legislativo em duas fases distintas, eis que enquanto a parte não vetada do projeto de lei segue para a fase de promulgação, a parte objeto do veto retorna ao Poder Legislativo para nova apreciação, após o que será ou não promulgada, conforme o resultado da deliberação*” (RE 706.103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27.4.2020, DJe 14.5.2020).

A *ratio* desse julgado assenta-se justamente nessa compreensão de que a oposição de veto goza de natureza terminativa, de sorte que a parte de proposta legislativa não vetada deve, desde logo, ser promulgada, já que concluído o processo legislativo.

Daí poque a Corte, seguindo voto de relatoria do Min. Luiz Fux, aprovou a seguinte tese de mérito da repercussão geral:

“É constitucional a promulgação, pelo Chefe do Poder Executivo, da parte incontroversa de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou pela rejeição do veto, inexistindo vício de inconstitucionalidade dessa parte inicialmente publicada pela ausência de promulgação da derrubada dos vetos”. (RE 706.103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27.4.2020, DJe 14.5.2020).

Esse entendimento – admitir que se recaia veto sobre o material legislativo que já fora sancionado, promulgado e publicado, como foi o caso da Lei 14.019/2020 – seria o mesmo que reconhecer que uma sanção recaia não em um projeto de lei, mas em uma lei.

A anomalia não passou despercebida por Pontes de Miranda, que asseverou a impossibilidade de o Chefe do Poder Executivo renovar a deliberação executiva (sanção/veto). Os argumentos do jurista, embora confeccionados no marco constitucional anterior, exsurgem inteiramente aplicáveis ao caso em análise; deixam claro, inclusive, o quão inócuo é alegar republicação por erro formal para se ampliar o quantitativo de dispositivos vetados:

“Não há dois vetos ao mesmo ato legislativo. (...) Se o Presidente da República veta em parte a lei, ou pelos fundamentos *a* ou *b*, não mais pode promulgar a lei na parte vetada, nem pretender que se atenda a qualquer fundamento *c* ou *d*. Nem, *a fortiori*, vetar toda a lei e, depois, promulgá-la. *Se publica a lei como promulgada (sanção positiva), no todo ou em parte, a publicação posterior com a indicação de veto de alguma parte, ou de outra parte, é juridicamente inexistente. O que foi publicado é lei; o poder sancionador do Presidente da República exauriu-se.* Para se declarar que a nova publicação é inexistente, não se precisa de maioria absoluta dos juízes do tribunal (art. 116 [da Emenda Constitucional n. 1/1969]), porque não se trata de ato existente e nulo. Lei é o que se promulga.

Se o Presidente da República veta a lei, no todo, ou em parte, não pode mais promulgar o que vetou. O Congresso Nacional não deve, sequer, levar em consideração fundamentos novos para vetar. O

poder sancionador exerce-se de um acto, punctualmente. Não cabe publicarem-se pela segunda vez, ou outra vez, os textos, porque não se admitem correções às leis que não sejam de revisão (erros tipográficos, ou de cópia), em relação à letra do projeto que foi à sanção.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969. Tomo III (arts. 32-117). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 187-188) (grifamos)

A inusitada situação dos autos – o exercício do poder de veto em uma lei já promulgada e publicada – gera forte insegurança jurídica; dificulta até mesmo a identificação de qual é o direito vigente. A perspectiva que partilha do posicionamento de que, em situações tais, em que se impugna veto do Chefe do Poder Executivo, seria preferível aguardar a apreciação do Congresso Nacional em sessão conjunta (art. 57, § 3º, inc. IV, CF/88) evidentemente não convence.

Destaca-se ainda que o impasse instalado na presente ADPF refere-se ao principal diploma com normas gerais para o combate à pandemia da Covid-19, matéria da mais absoluta relevância constitucional.

Em obra doutrinária coordenada por mim, pelo Prof. José Roberto Afonso e por Hadassah Laís Santana (Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e para Políticas Sociais e Econômicas, no prelo), tivemos a oportunidade de registrar, no capítulo introdutório, em coautoria, o seguinte:

“Vivemos um dos maiores desafios dos últimos cem anos (certamente o maior das últimas quatro gerações), em se tratando de medidas sanitárias, epidemiológicas, econômicas e sociais. As consequências que já sabemos (milhares de mortes, desemprego de milhões de pessoas, fechamento de milhares de empresas, diminuição da remuneração de praticamente todo o Segundo e Terceiro setores, estagnação econômica, entre outros) e as ainda incertas (em sua extensão – tamanho da recessão e o momento da retomada do crescimento econômico, retorno dos empregos e do padrão remuneratório perdidos etc.) perdurarão algumas delas por mais de um ano, necessitando de uma resposta estatal à altura do problema que estamos enfrentando.

Temos assistido a medidas contraditórias, descoordenadas e investimentos públicos ineficazes no combate à pandemia (vide a espiral de casos confirmados e a escalada de dezenas de milhares de mortes lastimáveis), seja pela sobreposição de atos governamentais dúbios, seja pela gritante disparidade de preços dos mesmos produtos nas unidades federativas, incluindo a necessidade de

auxílio financeiro aos entes subnacionais que perderam receitas com a crise que assola o país.

É indubitável que o Congresso Nacional tem atuado de maneira célere, aprovando, desde a descoberta da circulação do vírus em nosso território, a cada mês, uma importante medida legislativa, v. g., a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (que instituiu medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública), o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (declaração do estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (auxílio financeiro de R\$ 600,00 a pessoas que preencham os requisitos legais), a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020 (instituição de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações) e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020 ('Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus'), mas é necessário se pensar em um projeto de coordenação unificada, de alcance nacional, com execução descentralizada e de média duração para fazer frente à esse cenário de guerra à Covid-19 (Sars-CoV-2).

(...) A quadra atual exige grandeza, altivez e espírito público de todos aqueles que representam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em todas as suas esferas de poder.

(...) É chegada a hora de, deixando as divergências de lado, promovermos uma verdadeira união nacional – e paritária – entre todos as unidades federativas, em torno do tema comum: o combate à pandemia, construindo-se consensos mínimos em medidas administrativas, financeiras e operacionais necessárias para fazer frente à calamidade sanitária, fiscal, orçamentária e econômica decorrente daquela.

Enfrentar a pandemia é um desafio nacional que requer, por óbvio, resposta de mesma envergadura". (MENDES, Gilmar Ferreira; AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís. Org. *In: Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020)

Segundo estudos científicos, *o Brasil é um dos países que menos realiza testagem para a Covid-19 (74 testes diários para cada milhão de habitantes)*. Comparativamente, analisemos alguns exemplos: Austrália (realiza 1.860 testes diários por milhão), Portugal (1.300), Estados Unidos (1.950), Reino Unido (1.390), Alemanha (830), Espanha (560), Colômbia (370), Uruguai (260) ou Paraguai (210). Mesmo Peru (90) e México (80).

Apesar de nossa população ser o equivalente a 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) da população mundial, correspondemos a 14% (quatorze por cento) das confirmações da doença e a 12% (doze por cento) da letalidade globais.

É necessário lembrar, com extremo pesar e assombro, que *nosso país atingiu lamentavelmente o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América)*. Em uma visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).

Sobretudo os dois dispositivos que foram objeto de “republicação de veto”, veiculada no Diário Oficial da União do dia 6 de julho de 2020, estabelecem importantes medidas de combate à pandemia, *in verbis*:

“Art. 3º-B (Vetado)

(...) § 5º Os órgãos, entidades e estabelecimentos a que se refere este artigo deverão afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento, nos termos de regulamento.”

“Art. 3º-F. É obrigatório o uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço, observada a primeira parte do *caput* do art. 3º-B desta Lei”.

Nesse sentido, é inconteste a relevância material do art. 3º-B, § 5º, que preserva o direito à informação, impondo aos órgãos, entidades e estabelecimentos o dever de afixar cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro de estabelecimentos fechados.

Ainda mais importante a plena normativa do art. 3º-F, que impõe a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço.

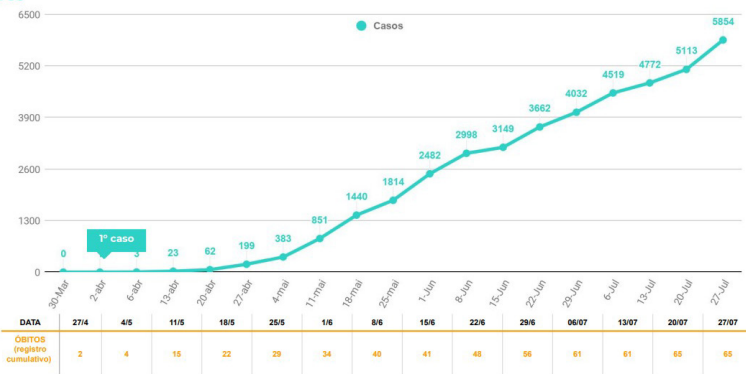
A situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade face aos riscos da pandemia do novo Coronavírus tem sido enfaticamente destacada pelos organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na sua Resolução 1/2020 “*Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*” expediu diversas recomendações sobre pessoas privadas de liberdade, conclamando que os Estados Nacionais envidassem esforços para, dentre outros:

“45. Adotar medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive a reavaliação dos casos de prisão preventiva para identificar os que podem ser convertidos em medidas alternativas à privação da liberdade, dando prioridade às populações com maior risco de saúde frente a um eventual contágio pela COVID-19, principalmente os idosos e mulheres grávidas ou com filhos lactantes.

46. Assegurar que, nos casos de pessoas em situação de risco em contexto de pandemia, se avaliem os pedidos de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão. No caso de pessoas condenadas por graves violações dos direitos humanos e delitos de lesa humanidade, atendendo o bem jurídico afetado, a gravidade dos fatos e a obrigação dos Estados de punir os responsáveis por tais violações; tais avaliações requerem análises e requisitos mais exigentes, com apego ao princípio de proporcionalidade e aos padrões interamericanos aplicáveis.

Evolução no número de casos e óbitos - Sistema Prisional

Servidores



47. Adequar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade, particularmente no que se refere a alimentação, saúde, saneamento e medidas de quarentena, para impedir o contágio intramuros pela COVID-19, garantindo em particular que todas as unidades contem com atenção médica”.

No caso brasileiro, a obrigatoriedade legislativa de uso de equipamentos de proteção individual em presídios e estabelecimentos socioeducativos assume extrema relevância, diante da precariedade estrutural das políticas de saúde nesses sistemas.

Segundo dados constantes de Relatório de Monitoramento Semanal da Covid-19 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 29 de julho de 2020, já são mais de *17.123 casos confirmados de COVID-19 no sistema prisional brasileiro e 2.420 casos confirmados no Sistema Socioeducativo*. Há fortes indícios de que esses números sejam fortemente subestimados, considerando que, no sistema prisional, até o final de julho de 2020, *apenas 18.607 testes foram realizados*. (disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf><https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>;

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-29.07.20.pdf>).

O relatório do CNJ indica uma escalada exponencial tanto no número de casos quanto no número de óbitos pela Covid-19 no sistema prisional: do dia 29 de junho a 29 de julho deste ano, o número de casos de COVID-19 confirmados nos presídios brasileiros aumentou 83,5% e o número de óbitos subiu 22%, atingindo a marca de 139

mortes. Destaca-se a evolução histórica do número de casos e de óbitos no sistema prisional: Evolução no número casos e óbitos – Sistema Prisional

Ao contrário do que se poderia imaginar, a letalidade da COVID-19 nos presídios e nos estabelecimentos socioeducativos atinge tanto detentos quanto os próprios servidores desses sistemas. Ainda de acordo com o CNJ, *são 5.854 casos de servidores contaminados pelo vírus e 65 óbitos registrados.*

Para ilustrar como a falta de rigor no uso de equipamentos de proteção individual nos presídios brasileiros potencializa a circulação do vírus, transcreve-se trecho de reportagem da Revista Piauí que narra a rotina da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão (PEFB), estabelecimento prisional em que cumpria pena o ex-Deputado Nelson Meurer, vitimado pela Covid-19 após reiteradas decisões judiciais denegatórias de sua prisão domiciliar:

“Em entrevista à Rádio Educadora, de Francisco Beltrão, a enfermeira da unidade, Maria Tereza Techy, disse que o primeiro detento contaminado pela Covid-19 no presídio também trabalhava na cozinha, no anexo de Meurer, e foi testado na mesma ocasião em que o ex-deputado. Após ter sido diagnosticado com o novo coronavírus, esse detento ficou catorze dias na unidade sentinela e, curado, voltou ao presídio. “Ele [Meurer] estava no mesmo barracão em que surgiu o primeiro caso. Como vivia junto, não tem como dizer que ele não ia pegar. Até porque era de alto risco, idoso, enfim”, disse a enfermeira Maria Tereza, na entrevista à Rádio Educadora. “Temos trabalhadores que têm vida própria, vida fora do trabalho. [...] Não resta dúvida de que esse vírus chegou por um dos colaboradores. Com certeza, ia começar onde há mais convívio com os detentos, na área externa, cozinha. Eles [os presos] que servem nosso almoço, nosso lanche, que lavam as saladas. É inevitável”, acrescentou.

A Piauí teve acesso a uma foto tirada na cozinha da PEFB, que mostra três presos em pé, em torno de uma mesa de metal, manuseando pães. Um dos detentos, sem luvas nem máscara, toca o alimento que seria distribuído a outros custodiados. Os outros dois usam os equipamentos de proteção individual. Ainda nesta semana, o sindicato vai enviar um ofício ao Ministério Público do Paraná (MP-PR) pedindo providências em relação a presos expostos a riscos. A foto é um dos elementos a serem anexados como prova.

O Depen-PR disse que não teve acesso à imagem, mas que desde o início da pandemia tem adotado todos os protocolos estabelecidos por autoridades de saúde, e que os presos que atuam em canteiros de trabalho “fazem o uso obrigatório de EPIs, fornecidos pelo próprio departamento”. O órgão ressaltou que vai instaurar procedimento administrativo para apurar o caso.

O ofício do Sindarspen ao MP-PR vai contemplar também o caso de detentos que trabalham na limpeza da unidade sentinela e da carceragem da delegacia do município. Segundo o sindicato, esses presos são levados diariamente aos postos de trabalho e, ao fim do dia, retornam à PEFB. “Estamos oficiando o MP-PR de Beltrão, e esta foto [que mostra o preso sem máscara e sem luvas] será usada”, disse a diretora executiva do Sindicato, Vanderleia Leite. “A gente tem cobrado que sejam suspensos esses canteiros não essenciais, como a fábrica de jeans, que recebe tecidos diariamente sem esterilização e sem resguardar quarentena, e que presos, como os que trabalham na unidade sentinela e na delegacia, não voltem para a PEFB, que fiquem alojados nos locais em que trabalham, para evitar contaminações”, apontou. (Revista Piauí. *Preso por Corrupção, Morto por Covid-19. Como o coronavírus se espalhou a partir da cozinha de um presídio paranaense e matou Nelson Meurer, diabético e cardiopata que, aos 77 anos, teve a prisão domiciliar negada*. Reportagem de 21 de julho de 2020”. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porhttps://piaui.folha.uol.com.br/preso-por-corrupcao-morto-porcovid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-por-corrupcaomorto-porcovid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-por-corrupcao-morto-por-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-por-corrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-morto-por-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-por-corrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-morto-por-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>; <https://piaui.folha.uol.com.br/preso-porcorrupcao-mortopor-covid-19>).

Por todos esses fundamentos, resta evidente que os novos vetos do Presidente da República à Lei 14.019/2020 descumpriram preceitos fundamentais relativos ao processo legislativo constitucional.

Dispositivo

Ante o exposto, não conheço da arguição em relação ao veto ao art. 3º-A, inciso III, por perda superveniente de objeto.

Na parte conhecida, *julgo procedente a presente arguição* em relação aos novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que *seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020*.

17/02/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714 /
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): WALBER DE MOURA AGRA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Acompanho a conclusão do e. Relator, nada obstante, com o devido respeito, reitere a ressalva que fiz quando do referendo da medida cautelar, ainda pertinente, quanto à desconexão de menção a fatos processuais específicos que desbordam da discussão aqui posta ao desate da prestação jurisdicional e não espelha o contexto específico do ocorrido nos autos que dizem respeito a custodiado vitimado por COVID.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 714

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): WALBER DE MOURA AGRA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da arguição em relação ao veto ao art. 3º-A, inciso III, por perda superveniente de objeto, e, na parte conhecida, julgou procedente a arguição em relação aos novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020, nos termos do voto do Relator. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator com ressalvas. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, 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

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.278 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 279/STF.

1. O acórdão recorrido reformou a sentença para julgar procedente Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e condenar, solidariamente, o MUNICÍPIO E O ESTADO DO RIO DE JANEIRO a adotar providências para a redução do risco de deslizamento.

2. O acórdão recorrido encontra-se em conformidade com a orientação jurisprudencial desta CORTE, no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes a decisão do Poder Judiciário que, excepcionalmente, determina a implementação de políticas públicas, quando evidenciada proteção deficiente a direitos fundamentais, colocando em risco a vida da população.

3. A argumentação recursal demanda a incursão no conteúdo probatório dos autos, medida igualmente inviável nesta sede recursal em face do óbice da Súmula 279 desta CORTE: *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*

4. Agravo Interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência da Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de junho de 2022.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

06/06/2022
PRIMEIRA TURMA

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº
1.378.278 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de Agravo Interno contra decisão que negou seguimento a Agravo em Recurso Extraordinário, aos fundamentos de que (a) o acórdão recorrido atende às prescrições do Tema 339 da repercussão geral; (b) a jurisprudência desta CORTE é firme no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes a decisão do Poder Judiciário que, excepcionalmente, determina a implementação de políticas públicas quando evidenciada proteção deficiente a direitos fundamentais; e (c) o acolhimento do recurso passa necessariamente pela revisão das provas, o que atrai o óbice da Súmula 279 desta CORTE: *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*.

Em suas razões, a Agravante sustenta, em suma, que (a) a decisão agravada está destituída da indispensável fundamentação; (b) o exame do apelo independe de análise de legislação infraconstitucional, uma vez que houve ofensa ao princípio da separação de poderes; e (c) a questão recursal é de direito, o que afasta o óbice da Súmula 279/STF (Doc. 24).

É o relatório.

06/06/2022
PRIMEIRA TURMA

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº
1.378.278 / RIO DE JANEIRO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Eis a decisão ora agravada:

DECISÃO

Trata-se de Agravos em Recursos Extraordinários interpostos em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (Vol. 11, fl. 1-2):

1. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MORROS CARIOCAS. COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET EM SANTA TEREZA. RISCO DE DESLIZAMENTO. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS ADOTADAS PELOS ENTES ESTATAIS PARA CONTENÇÃO E PROTEÇÃO DAS ENCOSTAS. OMISSÃO ESTATAL QUE AUTORIZA AO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO ADMINISTRATIVO SEM QUE TAL IMPORTE EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PRECEDENTES DO TJERJ. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM FACE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET. ÁREA DE RISCO. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PLEITEOU FOSSEM OS RÉUS COMPELIDOS A EXECUTAR PLANO DE MEDIDAS DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E INTERVENÇÃO URBANÍSTICA, NAS ÁREAS CLASSIFICADAS COMO DE ALTO RISCO DE ESCORREGAMENTOS E DESLIZAMENTOS; RECUPERAR TODA A EXTENSÃO DA ÁREA DESMATADA, NO INTERIOR E EM SEU ENTORNO; IMPLANTAR E REDE DE SANEAMENTO BÁSICO; E FISCALIZAR TODA ÁREA, VISANDO EVITAR NOVAS OCUPAÇÕES IRREGULARES E CESSAR O DESMATAMENTO.
3. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. O JUÍZO *A QUO* CONSIDEROU QUE O MUNICÍPIO EFETIVAMENTE COMPROVOU QUE NÃO ESTÁ SENDO OMISSO, E QUE ESTÁ

REALIZANDO OBRAS E MEDIDAS PARA A SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS RELATIVOS À INSTALAÇÃO DE COMUNIDADES EM ÁREAS DE RISCO DE FORMA ORDENADA, PRIORIZANDO AQUELAS LOCALIZADAS EM MAIOR ÁREA DE RISCO. CONSIDEROU QUE O FATO DE NÃO TER SIDO INICIADAS AS MEDIDAS NA FORMA E NOS PRAZOS PRETENDIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO REVELAM OMISSÃO DO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE POR FALTA DE BASE TÉCNICA NOS PEDIDOS FORMULADOS. POR FIM, O JUÍZO CONSIDEROU QUE SOMENTE EXCEPCIONALMENTE O PODER JUDICIÁRIO TERÁ COMPETÊNCIA PARA DETERMINAR A FORMA DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INTERFERINDO NAS PRIORIDADES SOCIAIS POR ELA ESTABELECIDAS EM DESPRESTÍGIO À DISCRICIONARIEDADE.

4. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ALEGA: 1) QUE A LEI Nº 12.340/2010, RECENTEMENTE ALTERADA PELA LEI Nº 12.608/2012, ESTABELECEU, EM SEU ART. 3-A, § 3º, QUE A UNIÃO E OS ESTADOS, NO ÂMBITO DE SUAS COMPETÊNCIAS, APOIARÃO OS MUNICÍPIOS NA EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO § 2º; 2) QUE A NOVA LEI, LEI Nº 12.608/2012, QUE INSTITUIU O PLANO NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL PNPDEC, REFORÇOU A COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERATIVOS PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS À REDUÇÃO DOS RISCOS DE DESASTRES; 3) QUE FOI NOTICIADO RECENTEMENTE, POR INICIATIVA DO GOVERNO FEDERAL, UM PLANO NACIONAL PARA PREVENÇÃO E RESPOSTA A CATÁSTROFES; 4) QUE O ART. 182 DA CRFB/88 SE REFERE A LEI FEDERAL Nº 10.257/2001, (ESTATUTO DA CIDADE), QUE ESTABELECE OS INSTRUMENTOS A SEREM UTILIZADOS PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL; 5) QUE QUANTO AO PLANO DIRETOR, A LEI COMPLEMENTAR Nº 111/2011 RATIFICA O PEDIDO PARA A CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DOS RÉUS, NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR TODA ÁREA EM ÓBICE, COM MEDIDAS SUFICIENTES PARA EVITAR NOVAS OCUPAÇÕES IRREGULARES E DESMATAMENTO; 6) ASSIM, DIANTE DA REITERADA POSTURA OMISSIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MORMENTE RELATIVA À HISTÓRICA FALTA DE FISCALIZAÇÃO DAS OCUPAÇÕES IRREGULARES NAS ENCOSTAS DO RIO DE JANEIRO, NÃO RESTOU OUTRA ALTERNATIVA AO *PARQUET* SENÃO BUSCAR JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO A MATERIALIZAÇÃO DA NORMA NO PLANO FÁTICO.

5. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE MERECE PROSPERAR EM PARTE. EM QUE PESE O FATO DE QUE O PODER PÚBLICO VENHA REALIZANDO OBRAS E MEDIDAS PARA A SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS RELATIVOS À INSTALAÇÃO DE COMUNIDADES EM ÁREAS DE RISCO DE FORMA ORDENADA, PRIORIZANDO AQUELAS LOCALIZADAS EM ÁREAS DE MAIOR RISCO, NÃO HÁ PROVA CABAL NOS AUTOS ACERCA DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS ESPECÍFICAS TENDENTES À PREVENÇÃO DE RISCOS DE DESABAMENTO NA REFERIDA COMUNIDADE (FLS.238), REDUZINDO-OS A UM LIMITE TOLERÁVEL. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE OCUPAÇÃO DESORDENADA DA ÁREA COM DESMATAMENTO, O QUE COMPROMETE A SOLIDEZ DO TERRENO E POTENCIALIZA O RISCO À SEGURANÇA DOS MORADORES. POR ESTA RAZÃO, A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM CAUSAS DESSA NATUREZA NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, E SIM DE PROTEÇÃO JUDICIAL A DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS, VISANDO À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISEM ASSEGURAR A VIDA E O MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO.

6. PLANO CONTINGENCIAL APRESENTADO PELO MUNICÍPIO DESACOMPANHADO DA COMPROVAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS EFETIVAS PARA DIMINUIR O COMPROVADO RISCO DE VIDA AOS MORADORES DA COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET, ALÉM DOS COMPROVADOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. DESTA FORMA, ESTE RELATOR CONSIDERA NECESSÁRIO REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA PARA CONDENAR O RÉU A ADOTAR PROVIDÊNCIAS PARA A REDUÇÃO DO RISCO DE DESLIZAMENTO, NOTADAMENTE MEDIDAS DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E INTERVENÇÃO URBANÍSTICA, NAS ÁREAS CLASSIFICADAS COMO DE ALTO RISCO DE ESCORREGAMENTOS E DESLIZAMENTOS, DELIMITADA NO LAUDO TÉCNICO ANEXADO AOS AUTOS. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.340/2010 E DO PLANO NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL PNPDEC (LEI Nº 12.608/2012).

7. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL DEVE SER PONDERADO PELO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA PRIORIZAR AS GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTAS. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

8. DESCABE A CONDENAÇÃO DOS RÉUS (MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E ESTADO DO RIO DE JANEIRO) AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ARTIGO 14 DA LEI 7.347/85, SALVO COMPROVADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRECEDENTES DO STJ.

9. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONDENAR SOLIDARIAMENTE OS RÉUS A EXECUTAR MEDIDAS DE PREVENÇÃO DE ESCORREGAMENTOS E DESLIZAMENTOS NA COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET, RECUPERAR A ÁREA DESMATADA NO INTERIOR E NO ENTORNO DA COMUNIDADE, E MEDIDAS VISANDO A MELHORIA DAS CONDIÇÕES HABITACIONAIS E DE SANEAMENTO BÁSICO.

Opostos Embargos de Declaração pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (fl. 14, Vol. 12) e pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO (fl. 18, Vol. 12), foram rejeitados nos termos da seguinte ementa (fl. 1, Vol. 13):

1. DOIS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PRIMEIRAMENTE PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E, EM SEGUIDA, PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM FACE DO ACÓRDÃO QUE, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDENAR SOLIDARIAMENTE OS RÉUS (ESTADO DO RIO DE JANEIRO E MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO) A EXECUTAR MEDIDAS DE PREVENÇÃO DE ESCORREGAMENTOS E DESLIZAMENTOS NA COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET, RECUPERAR A ÁREA DESMATADA NO INTERIOR E NO ENTORNO DA COMUNIDADE, E IMPLANTAR MEDIDAS VISANDO A MELHORIA DAS CONDIÇÕES HABITACIONAIS E DE SANEAMENTO BÁSICO.

2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO ALEGANDO OMISSÃO DO JULGADO E PRETENDENDO O PREQUESTIONAMENTO, ALÉM DO PROVIMENTO PARA SUPRIR SUPOSTAS OMISSÕES NO ACÓRDÃO EMBARGADO, O QUE NÃO SE VERIFICOU, EIS QUE AS QUESTÕES ENFRENTADAS FORAM SUFICIENTES PARA EMBASAR O JULGADO.

3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ALEGANDO OMISSÃO DO JULGADO E PRETENDENDO O PREQUESTIONAMENTO, ALÉM DO PROVIMENTO PARA SUPRIR SUPOSTAS OMISSÕES NO ACÓRDÃO EMBARGADO, O QUE NÃO SE VERIFICOU, EIS QUE AS QUESTÕES ENFRENTADAS FORAM SUFICIENTES PARA EMBASAR O JULGADO.

4. DESPROVIMENTO DOS DOIS EMBARGOS CONSIDERANDO A INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE, FACE AO EXPRESSO NA SÚMULA 52 DO TJERJ, VEZ QUE TANTO O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, COMO O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PRETENDEM, EM VERDADE, A REFORMA DA DECISÃO.

No Recurso Extraordinário interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Vol. 16), com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se violação aos arts. 2º; 22, XXVIII; 30, VII; 37, *caput*; e 241 da CF/1988, pois:

(a) compete ao Município do Rio de Janeiro e às demais municipalidades, de forma geral, a responsabilidade pela contenção de encostas e atividades correlatas, sendo inequívoca que a atuação do Estado do Rio de Janeiro somente haveria de ser provocada apenas em caráter residual, após o esgotamento das tentativas de adoção e implementação de medidas a cargo do município (fl. 7, Vol. 16);

(b) ao condenar o Estado do Rio de Janeiro a implantar rede de saneamento básico na comunidade Ocidental Fallet, por meio da instalação da infraestrutura e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e descarte dos esgotos sanitários, o v. acórdão recorrido ignorou o Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, a CEDAE e o Município do Rio de Janeiro (fl. 7, Vol. 16); e

(c) a pretensão veiculada na presente ação civil pública subverte qualquer planejamento de ações constantes de programas municipais existentes, ignora o aspecto orçamentário e financeiro que subjaz a tal questão, e malfere o princípio da independência harmônica entre os Poderes (fl. 10, Vol. 16).

Quanto ao RE interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (Vol. 18), com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se violação aos arts. 2º; e 93, IX, da CF/1988, argumentando que:

(a) a decisão que determina a realização imediata, de obras que não se sabe quais sejam, em relação à Comunidade Ocidental Fallet, se sobrepõe à prioridade do Administrador Público, que na hipótese, repousa em critério inteiramente lógico e objetivo, sem qualquer fundamento que legitime essa intervenção (fl. 10, Vol. 18), de modo que é possível prever que outras Comunidades, com centenas de moradias em situação de risco, se vejam preteridas no atendimento, à conta de um intervenção judicial que se dá *data maxima venia* sem fundamento que justifique o descarte da escolha da Administração Pública (fl. 11, Vol. 18);

(b) o acórdão recorrido rompe a própria lógica de não intervenção na esfera da Administração, ao determinar a prioridade de execução de diversas intervenções em uma comunidade específica (fl. 12, Vol. 18);

(c) a decisão judicial recorrida, não obstante seu discurso de não materializar intervenção na esfera de escolha do administrador, em verdade, intervém no seu planejamento, à medida que determina para já, o desenvolvimento das atividades orientadas à intervenção na Comunidade Ocidental Fallet (fl. 14, Vol. 18); e

(d) a atuação substitutiva do Judiciário é, na forma da jurisprudência desta mesma Corte, excepcional, e como tal, sujeita a um ônus argumentativo mais expressivo, que não se teve por observado na hipótese (fl. 16, Vol. 16).

O Tribunal de origem negou seguimento a ambos os recursos, aos fundamentos de que (a) a repercussão geral da matéria não foi suficientemente demonstrada; (b) incide, na hipótese, a orientação prevista na Súmula 279/STF; (c) a norma inserta no art. 2º da Constituição não impede que o Poder Judiciário se manifeste sobre a legalidade e/ou abusividade de ato administrativo discricionário; e (d) o acórdão recorrido encontra-se devidamente fundamentado (Vol. 20).

Nos Agravos, as partes recorrentes refutaram os fundamentos da decisão agravada (Vol. 22 e Vol. 24).

É o relatório. Decido.

Considerando a similitude da matéria posta a debate e dos artigos apontados como violados, os Recursos Extraordinários serão analisados conjuntamente.

Inicialmente, em relação à suscitada ofensa ao art. 93, IX, da Carta Magna, o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339).

Nessa oportunidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Quanto ao mais, eis os fundamentos do acórdão recorrido para reformar a sentença que julgou improcedente os pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL em sede de Ação Civil Pública (Vol. 11, fl. 5):

O Ministério Público intentou a presente Ação Civil Pública em face do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro pretendendo compelir os Entes Estatais a adotar medidas efetivas na promoção de políticas públicas destinadas à solucionar a ocupação desordenada na encosta, e prevenir riscos de desabamentos na Comunidade Ocidental Fallet, a fim de garantir moradia digna, condições de habitabilidade e preservação do meio ambiente.

A Ação civil pública, Lei 7347/85, é o instrumento processual destinado à defesa judicial de interesses difusos e coletivos, permitindo a tutela jurisdicional do Estado com vistas à proteção de certos bens jurídicos.

Por meio desta ação, reprime-se ou previne-se a ocorrência de danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

No caso em exame, a matéria controvertida tratada neste apelo trata: 1) da alegada ausência de providências concretas que, na visão do Ministério Público autor/apelante, deveriam ter sido tomadas pelos réus/apelados (Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro), no sentido de prevenir e sanar os problemas identificados na área classificada como de risco na petição inicial Comunidade Ocidental Fallet, com fundamento no laudo técnico confeccionado por iniciativa da municipalidade, e que instrui a petição inicial; 2) do questionamento se as providências e prazos descritos na petição inicial são os adequados para sanar os problemas identificados, eliminando os riscos existentes na área.

Quanto ao Estado do Rio de Janeiro, evidentemente que é parte legítima para figurar no polo passivo desta relação processual, haja vista tratar-se a matéria atinente à competência comum a todos os entes da federação, conforme art. 23 da Constituição Federal, nos seguintes termos: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (*omissis*); VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (*omissis*).

Alega o Ministério Público que o estudo apresentado pelo Município do Rio de Janeiro limita-se a delimitar e a classificar as áreas passíveis de deslizamento, sem indicar quais são as intervenções pontuais que vêm sendo realizadas nestas áreas, ou seja, que embora haja um plano de contingência, tal vem desacompanhado de medidas efetivas para evitar tragédias e modificar de forma eficaz a situação no local.

Inicialmente saliento que a preservação do meio ambiente, a promoção de programas de construção de moradias, a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico são da competência comum de todos os entes federados, na forma dos incisos VI e IX, do artigo 23, da Constituição Federal, de modo que nenhuma legislação infralegal, convênio ou ato normativo secundário pode afastar a incidência da referida norma constitucional.

A rigor, a questão versa acerca do polêmico tema do posicionamento da doutrina e jurisprudência quanto ao limite constitucional de controle do Poder Judiciário

diante dos atos e omissões do Poder Executivo frente à implementação dos direitos fundamentais em sua integral configuração.

São as garantias constitucionais que legitimam a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais.

Essa realidade parece ter estimulado a edição da Lei nº 12.340/2010, recentemente alterada pela Lei nº 12.608/2012, atribuindo à União e aos Estados, no âmbito da competência de cada um desses entes federativos, o dever de apoiar os Municípios na execução de ações de resposta e recuperação de áreas atingidas por desastre, *in verbis*:

Art. 3º-A. O Governo Federal instituirá cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012) (...)

§ 3º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, apoiarão os Municípios na efetivação das medidas previstas no

§ 2º. Os Municípios incluídos no cadastro deverão: (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

I - elaborar mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

II - elaborar Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e instituir órgãos municipais de defesa civil, de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo órgão central do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC; (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

III - elaborar plano de implantação de obras e serviços para a redução de riscos de desastre; (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

IV - criar mecanismos de controle e fiscalização para evitar a edificação em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; e (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

V - elaborar carta geotécnica de aptidão à urbanização, estabelecendo diretrizes urbanísticas voltadas para a segurança dos novos parcelamentos do solo e para o aproveitamento de agregados para a construção civil. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

Observa-se que restou comprovada a ocupação desordenada da área de encosta da Comunidade Fallet, (inventário de risco índice eletrônico 00064) com a realização de desmatamento de forma a comprometer a solidez do terreno (relatório de campo índice eletrônico 00064), além das construções já comprometidas por pequenos deslizamentos, associados a cortes irregulares do terreno, tudo isso potencializando o risco de segurança dos moradores.

Diante disto, surge para os magistrados o dever de tomar decisões que implementem políticas públicas, visando garantir o mínimo existencial, quando o Executivo se queda inerte diante de sua função no Estado Democrático de Direito.

É verdade que a lei não especifica as medidas a serem adotadas no plano de contingência, tendo o legislador conferido o poder de discricionariedade ao administrador para eleger as medidas do plano de contingência que considere mais adequada ao caso concreto, sempre com base em critérios técnicos.

No caso dos autos, observa-se que de fato, o município réu vem realizando algumas políticas públicas no sentido da prevenção de desastres naturais.

É sabido também, que existe uma esfera de discricionariedade que não pode ser violada pelo Poder Judiciário, nem a vontade do administrador pode ser substituída pela do Ministério Público. Todos os órgãos públicos desejam a redução dos danos decorrentes dos deslizamentos. O Poder Legislativo impõe a execução de plano de contingência,

mas cabe ao administrador público a escolha das medidas adotadas no referido plano.

Conforme bem ressaltado pelo Juízo *a quo* às fls. 1091 (índice eletrônico 01088) merecem destaque as medidas realizadas e descritas às fls. 202/211 (índice eletrônico 00190), os documentos de fls. 233/239 (índice eletrônico 00190), que trazem os dados numéricos fornecidos pela Coordenadoria de Fomento à Produção Habitacional e pela Gerência de Terras e Reassentamentos, ambas desta Secretaria, com relação aos atendimentos através do Programa Minha Casa Minha Vida, e dos benefícios de aluguel social, indenizações de benfeitorias e compra assistida, os relatórios de obras emergenciais, de limpeza de drenagens em encostas, recuperação de obras de contenção de encostas (fls. 267/273-índice eletrônico 00259), a elaboração do Plano de Contingência, acostado às fls. 342/381 (índice eletrônico 00338), bem como outras medidas documentadas na contestação tais como os contratos celebrados para a realização de obras emergenciais (fls. 274/283, 284/293- índice eletrônico 00259).

Assim, quanto ao primeiro ponto controvertido, o Município alega que não está sendo omissivo, pois vem realizando obras e medidas para a solução dos problemas relativos à instalação de comunidades em áreas de risco de forma ordenada e priorizando aquelas localizadas em áreas de maior risco.

Neste diapasão, verifica-se que o município já realizou o mapeamento das áreas de risco em seu território, inclusive da Comunidade Ocidental Fallet (fls. 355 índice eletrônico 00338).

É sabido também, que prevenção é o único meio de evitar a tragédia anunciada decorrente de chuvas que, em especial neste Estado do Rio de Janeiro, é fato comum em determinados períodos. Prevenir é mais do que obrigação; é dever do ente público.

Frise-se que fatos notórios como o que estão nestes autos narrados são ocorrentes, o que abre espaço para questionar-se as medidas que vêm sendo tomadas são suficientes para

impedir que a omissão alegada pelo Ministério Público ganhe proporção absurda e se transforme em tragédia.

Infelizmente o fato é que, a instalação de sistema de alerta preventivo e a implementação de procedimento logístico de evacuação e abrigamento provisório da população residente na área de risco não foram e não são suficientes para impedir a ocupação desordenada da área, o desmatamento, nem os riscos de deslizamentos.

Na verdade, não há como prevalecer à tese defendida pelo Município no sentido de que o Ministério Público ao ajuizar mais de uma centena de ações civis fragmentou o interesse difuso, individualizando o que é indivisível.

Ora, o ajuizamento de várias demandas pelo órgão ministerial indica, tão somente, a desejada organização processual com vistas à própria efetivação do provimento jurisdicional almejado.

É evidente, pois, que uma só demanda envolvendo localidades distintas, com problemas e consequências não comuns, causaria grande confusão fática no âmbito do direito em exame e as implicações daí decorrentes, o que prejudicaria, em última análise, a efetividade do processo, em afronta ao princípio de sua razoável duração (art. 5º, LXXVIII, CRFB).

Ademais, apesar de o Ministério Público ter especificado quais as medidas entende cabíveis, é verdade que cabe ao Município escolher, com base em critérios técnicos, quais as que devem ser adotadas.

Este Relator reconhece que cada comunidade tem a sua peculiaridade. Em umas pode ser que o plano de contingência seja suficiente. Em outras, pode haver a necessidade de obras e até de remoção de edificações e assentamento. Em cada caso, é cediço que compete ao Município escolher quais as medidas que serão executadas entre as possíveis e necessárias. Eleita e adotada a medida pelo Município com base em critérios e laudos técnicos, esta será objeto de fiscalização pela sociedade e pelo Ministério Público. A discricionariedade do Município permite que ele adote a medida que entender conveniente e oportuna desde que razoável.

No entanto, no caso em tela, os Estudos da GEORIO (entidade municipal) verificaram que: a área em análise (documentos que instruem a inicial fls. 64/95 - índice eletrônico 00064) Comunidade Ocidental Fallet Através de consulta aos laudos de vistoria da GEO-RIO, analisados entre os anos de 1986 e 2010, foram registradas três ocorrências de deslizamentos, relacionadas principalmente a estabilidade dos taludes e ruptura de obras de contenção. (...) Os riscos geológicos estão associados a cortes e aterros irregulares para construção, que devido a forte declividade, podem deslizar, comprometendo construções a montante e a jusante da comunidade. Adicionalmente podem ser observados ao longo das encostas mais escarpadas e regiões de talvegue, deslizamentos de solo coluvionar com blocos de rocha. A ausência de obras de contenção para estabilidade dos taludes agrava o risco existente. A região indica uma área densamente ocupada, com casas de boa estrutura (alvenaria), estimando-se pela contagem nas orto-fotos e fotos oblíquas que mais de 110 casas se encontrem nessa região.

O que se pretendeu, nesta ação, é que os réus adotem de forma rápida as providências eficientes para redução do risco nesta Comunidade, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro.

Sabe-se também, que cada caso de risco é diferente de outro existente na cidade, e que todos os órgãos públicos desejam a redução dos danos decorrentes dos deslizamentos.

O caso da área analisada nestes autos não é isolado. Estudos da GEORIO verificam aproximadamente 120 áreas com ocupações irregulares e sujeitas a deslizamentos de grande impacto. Ressalte-se que, desde a propositura de ações como esta pelo Ministério Público (todas com base em estudo técnico realizado pelo próprio ente municipal), o Município, num curto espaço de tempo, iniciou a execução de planos de contingência na maioria dessas áreas.

Ora, apesar das providências já adotadas pela Municipalidade, não há prova cabal nos autos acerca da execução de medidas específicas tendentes à prevenção de riscos de

desabamento na referida comunidade (fls.236/238 índice eletrônico 00190), reduzindo-os a um limite tolerável, razão pela qual, a ingerência do Poder Judiciário em causas dessa natureza não configura violação ao princípio da separação dos poderes e, sim, medida de proteção judicial a direitos coletivos e difusos, visando à implementação de políticas públicas que visem assegurar a vida e o meio ambiente equilibrado no caso de omissão estatal.

(...)

Daí por que, diante do comprovado risco de vida aos moradores da COMUNIDADE OCIDENTAL FALLET, associado aos danos causados ao meio ambiente, é que este Relator considera necessário reformar parcialmente a sentença para compelir os Réus a solidariamente, a adotarem providências concretas para salvaguardar as vidas expostas ao risco detectado nos laudos técnicos (índice eletrônico 00064).

Saliente-se que as intervenções devem ser no mínimo suficientes para, ao final do prazo, reduzir a classificação de risco até o nível baixo, devidamente comprovado através de estudo técnico, utilizando a mesma metodologia empregada no estudo realizado pela Concremat Engenharia/Fundação GEO-RIO, considerando a época do verão com o incremento das chuvas.

Por fim, observo que às fls. 511/522 (índice eletrônico 00511) existe minuta com proposta de Termo de Ajustamento de Conduta, de janeiro de 2011, encaminhada ao prefeito novamente em agosto de 2011, a ser celebrado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e o Município do Rio de Janeiro, objetivando a implantação do sistema de alerta, e atualizar o mapeamento das áreas de risco, controlar o surgimento de novas situações de risco em encostas, fiscalizar e impedir novas ocupações em áreas de risco geológico, monitorar o avanço das ocupações irregulares com fotografias aéreas/satélites, que devem ser atualizadas com periodicidade máxima de um ano, implementando a retirada das novas construções em situação de risco e daquelas cuja realocação for indicada no Diagnóstico e Plano de Mitigação das Situações de Risco.

No entanto, até a presente data não houve manifestação sobre a proposta enviada, o que acabou por impor a

propositura da presente demanda, que poderia ter sido evitada, posto que não restou outra alternativa ao Ministério Público a não ser buscar a tutela jurisdicional dos interesses difusos sob ameaça.

Quanto ao pedido inicial de condenação dos Réus ao pagamento de honorários advocatícios em favor do FUNDO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, tal não merece acolhida, isto porque, nas ações civis públicas, o pagamento de tal verba em favor do Ministério Público somente é devido nos casos de litigância de má-fé, conforme o artigo 18 da lei 7347/85, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...)

Da leitura acima, observa-se que o acórdão recorrido reformou a sentença para julgar procedente Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e condenar, solidariamente, o MUNICÍPIO E O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, a adotar providências para a redução do risco de deslizamento, notadamente (fl. 12, Vol. 11):

A) executar, no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, plano de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas classificadas como de médio risco de escorregamentos e deslizamentos na Comunidade Ocidental Fallet, conforme estudo elaborado pela empresa Concremat Engenharia e pela Fundação GEO-RIO (fls.64/95), sendo que as intervenções devem ser no mínimo suficientes para, ao final do prazo, reduzir a classificação de risco até o nível baixo, devidamente comprovado através de estudo técnico, utilizando a mesma metodologia empregada no referido estudo, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada apelado;

B) recuperar toda a extensão da área desmatada, no interior e no entorno da Comunidade Ocidental Fallet, através da implementação de programa de plantio de espécies nativas, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a conclusão das obras de contenção de proteção de encostas, acima referidas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada apelado;

C) implantar rede de saneamento básico na Comunidade Ocidental Fallet, por meio da instalação de infraestrutura e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e descarte dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente, no prazo de 180 dias após a conclusão das referidas obras de contenção e proteção das encostas acima referidas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada réu; e,

D) fiscalizar toda área em óbice, com medidas suficientes para evitar novas ocupações irregulares e desmatamento, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$20.000.00 (vinte mil reais), por cada infração constatada em decorrência da omissão no exercício do poder-dever de polícia ambiental.

A jurisprudência desta CORTE é firme no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes a decisão do Poder Judiciário que, excepcionalmente, determina a implementação de políticas públicas quando evidenciada proteção deficiente a direitos fundamentais. Nesse sentido:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM AGRAVOS. INTERPOSIÇÃO, RESPECTIVAMENTE, EM 17.07.2018 E 31.07.2018. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E URBANÍSTICA. REASSENTAMENTO DE MORADORES. OBRAS DE INFRAESTRUTURA. REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECRETO ESTADUAL 48.029/2011. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, no que concerne à discussão relativa às obrigações de cuidado do proprietário ensejadoras da responsabilidade da FASE e de ilegitimidade do Estado do Rio Grande do Sul, seria necessário o reexame

dos fatos e provas dos autos, além da legislação local e infraconstitucional aplicáveis à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF.

2. Relativamente ao recurso do Estado Agravante, no que tange à questão de deficiência na prestação jurisdicional, o Plenário desta Corte, ao julgar o AI-QO-RG 791.292, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.8.2010, assentou a repercussão geral do Tema 339 referente à negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação e reafirmou a jurisprudência segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

3. Quanto à alegação do Estado do Rio Grande do Sul de ofensa ao art. 2º da Constituição Federal, a jurisprudência desta Corte é harmoniosa no sentido de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar a implantação de políticas públicas, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes.

4. Agravos regimentais a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública. (ARE 1.129.433-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 1º/2/2019)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA PELO JUDICIÁRIO. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROTRELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. A jurisprudência desta Corte afirma a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes.

2. Para dissentir do acórdão recorrido quanto à morosidade do Estado para a execução da política pública, seria imprescindível a análise do material fático-probatório dos autos, procedimento vedado em instância extraordinária. Súmula 279/STF.

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (arts. 17 e 18, Lei nº 7.347/1985).

4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 1.123.139-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 12/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESLOCAMENTO DE DELEGADOS E SERVIDORES PARA ATENDIMENTO AO PLANTÃO DE 24 HORAS EM DELEGACIA DE MENORES INFRATORES. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I Para chegar-se à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessária a reinterpretação da legislação infraconstitucional aplicável ao caso, sendo certo que a ofensa à Constituição seria apenas indireta, bem como o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai o óbice da Súmula 279/STF, inviabilizando o recurso extraordinário.

II Consoante a jurisprudência deste Tribunal, o Poder Judiciário possui legitimidade para, excepcionalmente, determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, o que não configura violação do princípio da separação dos poderes. III Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1.170.152-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/2/2019)

Na presente hipótese, o Juízo *a quo*, com base nas peculiaridades do caso concreto e na legislação aplicável à espécie, decidiu que o plano contingencial apresentado pela municipalidade não comprovou a adoção de medidas efetivas para diminuir o risco de vida aos moradores da Comunidade Ocidental Fallet, e que houve comprovação dos danos causados ao meio ambiente, razão pela qual julgou necessário reformar parcialmente a sentença para condenar o réu a adotar providências para a redução do risco de deslizamento, notadamente medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas classificadas como de alto risco de escorregamentos e deslizamentos, delimitada no laudo técnico anexado aos autos, determinando a aplicação da Lei 12.340/2010 e do Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil PNPDEC (Lei nº 12.608/2012).

A argumentação recursal traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, providência incabível em recurso extraordinário, conforme consubstanciado na Súmula 279/STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREAS DE RISCO AMBIENTAL E GEOLÓGICO. DESLIZAMENTOS DE TERRAS. ELABORAÇÃO DE PLANEJAMENTO DE OBRAS DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E INTERVENÇÃO URBANÍSTICA. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DESMATADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 23, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTRELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 1.100.338-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 17/9/2018)

Em situação análoga à dos autos, veja-se, ainda, decisão monocrática de minha relatoria proferida no RE 1.192.554, DJe de 29/3/2019, com trânsito em julgado em 18/5/2019.

Por fim, quanto à alegação de ilegitimidade do Estado para figurar no polo passivo da demanda, a análise da pretensão recursal está situada no contexto normativo infraconstitucional.

Vejam-se os seguintes precedentes:

EMENTA

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo e Processual Civil. Indenização por dano moral. Legitimidade passiva ad causam. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. *In casu*, conforme a sentença de piso e o acórdão recorrido, o condutor do veículo envolvido no acidente de trânsito em discussão não estava na qualidade de agente público. Portanto, não haveria falar em legitimidade passiva da Agesul ou do Estado do Mato Grosso do Sul.

2. É inviável, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

4. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 1.237.116-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 15/3/2022)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo.

2. Direito Administrativo 3. Legitimidade passiva ad causam . 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 947052-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/10/2017)

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGO SEGUIMENTO A AMBOS OS AGRAVOS EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.

Publique-se.”

Não há reparo a fazer no entendimento aplicado, pois o agravo regimental não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os óbices apontados.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO.

É o voto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.278

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 27.5.2022 a 3.6.2022.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO
(2022/0067333-7)¹**

RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: G. J. B. DE S. (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS E O JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO PELO EX-PADRASTO CONTRA A ENTEADA. VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Em conflito de competência entre o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias e o Juízo de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da mesma Comarca, o TJ/RJ decidiu que pela competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

¹ STJ. HC Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7), Relator MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), extraído da página <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, em 04.04.2023.

2. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - MP/RJ impetrou o presente *writ*, para sustentar que a competência para julgar a ação penal é do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, pois, conforme jurisprudência do STJ, “os crimes praticados contra crianças e adolescentes são da competência da Vara Criminal Comum e não do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.”

3. A instância de origem consignou expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar — estupro praticado por ex-padrasto contra enteada. Dessa forma, a alteração desse entendimento, no sentido de que o delito não fora praticado em razão do gênero da vítima, senão de sua imaturidade, demandaria a análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na via do *writ*.

4. Segundo precedente desta Corte Superior, “a amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção” (REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017).

5. Em recente julgamento a Sexta Turma desta Corte Superior entendeu que “é descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto” (RHC n. 121.813/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 28/10/2020).

6. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) deve ser aplicada em situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de afeto, poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade, como no presente caso, em que se trata de estupro praticado pelo ex-padrasto contra a enteada.

7. *Habeas corpus* denegado. Acompanho os fundamentos do voto vista da Ministra Laurita Vaz, para: “a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns; b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juzados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns”.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Laurita Vaz, denegando a ordem em *habeas corpus*, fixando a seguinte tese: “Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares” e determinando a modulação dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial nos seguintes termos: a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns; b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara Especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juzizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz (com ressalva de entendimento restringindo a incidência às crianças e adolescentes do sexo feminino em relação à violência doméstica), Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik, por unanimidade denegar a ordem em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os acréscimos do voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz e com recomendação de envio do inteiro teor do acórdão à Comissão de Jurisprudência. Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz (com acréscimos em voto-vista), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz (com ressalva de entendimento), Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro em razão de ausência justificada durante as sustentações orais.

Não compunha a sessão no início do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2022 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente

MINISTRO OLINDO MENEZES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator

HABEAS CORPUS Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7)

RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: G. J. B. DE S. (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra o acórdão assim ementado (fl. 72):

Conflito de Competência instalado entre o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias e o Juízo de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher daquela Comarca. Retratam os autos violência sexual praticada por ex-padrasto contra enteada de 03 anos de idade. A Lei 13.341/2017, em seu artigo 23, *caput*, previu a criação de Juizados e Varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. No parágrafo único da referida lei, o legislador, determinou que o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência contra a criança e adolescente, ficariam preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins, até a criação dos juizados ou as varas especializadas. Com efeito, a legislação vigente reconhece os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o órgão mais adequado à proteção integral da criança e do adolescente. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - MP/RJ impetrou o presente *writ*, para sustentar que a competência para julgar a ação penal é do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, pois, conforme jurisprudência do STJ, “os crimes praticados contra crianças e adolescentes são da competência da Vara Criminal Comum e não do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”(fl. 16).

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal até julgamento de mérito do presente *writ*. No mérito, pretende a concessão da ordem, a fim de ser declarada como competente para julgamento do feito principal a 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ.

Processado o pedido sem liminar, e prestadas as informações, pela (suposta) autoridade coatora, o Ministério Público manifestou-se pela declaração da competência do Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Duque de Caxias/RJ para processar e julgar a ação penal n. 0036185-37.2021.8.19.0021 ajuizada contra o paciente.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — No concernente ao pleito de reconhecimento da competência do Juízo suscitado, o Tribunal *a quo*, em nível de conflito de competência, entendeu que (fls. 74/76):

Conflito negativo de Jurisdição entre os Juízos de Direito do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Comarca de Duque de Caxias e da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca.

Com razão o Juízo Suscitante.

Como se pode depreender dos autos, o juízo Suscitado entendeu que no caso vertente não se observa a violência de gênero, pois para sua caracterização essa deve vir carregada de sentimento de superioridade por parte do agressor, em razão da condição feminina.

Por seu turno, o douto magistrado suscitante qualificou o fato como sendo decorrente de gênero, o que justificaria o afastamento da sua competência.

Ouso divergir do douto entendimento esposado pela il. Procuradoria de Justiça em seu substancioso parecer ao afirmar, *in verbis*:

“A violência doméstica que atrai a incidência da Lei 11.340/06, autorizando um tratamento legal diferenciado, é aquela praticada contra vítima que vive no mesmo ambiente doméstico e familiar de seu agressor(a) – o que não ocorre no presente caso (segundo consta dos autos); na qual haja entre agressor(a) e agredida uma relação de parentesco ou afinidade – o que acontece na presente situação estudada (suposto autor e a mãe da vítima já tiveram um relacionamento por três anos); quando a vítima esteja, em relação ao seu agressor(a), em situação de comprovada hipossuficiência e vulnerabilidade, circunstância que não resta configurada nos autos. Há, ainda, um último requisito também não preenchido na hipótese em estudo: que a violência seja baseada em questão de gênero. O que se vê é que já houve uma relação de parentesco entre o suposto agressor e a mãe da vítima. Os demais requisitos não estão preenchidos na hipótese. Ausente qualquer demonstração da situação

de vulnerabilidade ou hipossuficiência na perspectiva de gênero. O contexto em que se deu o delito nada tem a ver com a condição de mulher da vítima.”

A questão ainda não restou pacificada nos Tribunais. Contudo, a meu sentir, a Lei 11.340/06 deve incidir em todas as hipóteses sem que restar caracterizada a violência de gênero, ou seja, com fundamento na vulnerabilidade em razão do sexo, independentemente da natureza da violência que envolva a mulher no âmbito familiar.

Explico. Pretendeu-se conceder à mulher, que está em situação de fragilidade e submissão em relação ao homem, proteção contra atos praticados no âmbito doméstico e familiar.

Desta forma, inclui-se no contexto da violência doméstica e familiar, não só as esposas, companheiras ou amantes, mas, também, filhas, netas e enteadas do agressor, como no caso em epígrafe. Basta que haja vínculo familiar e afetivo com o mesmo.

Na hipótese dos autos, trata-se de suposto crime praticado por ex-padrastro contra sua enteada 03 anos de idade.

Mas não é só. Some-se a isso o fato de que a Lei 13.341/2017, em seu artigo 23, *caput*, previu a criação de Juizados e Varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

No parágrafo único da referida lei, o legislador, determinou que o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência contra a criança e adolescente, ficariam preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins, até a criação dos juizados ou as varas especializadas.

Com efeito, a legislação vigente reconhece os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o órgão mais adequado à proteção integral da criança e do adolescente, sobretudo em razão da sua estrutura contar com equipe técnica multidisciplinar permanente.

Portanto, têm-se que é indiscutível o fato de Juizado de Violência Doméstica possuir uma estrutura especializada que poderá oferecer um atendimento mais adequado às peculiaridades do caso, o que não ocorre em uma vara criminal comum.

Neste contexto, a meu sentir, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Duque de Caxias seria o juízo competente para processar e julgar a causa em questão.

Como se vê, o Tribunal de origem entendeu que deve ser fixada a competência da Vara de Violência contra a Mulher, pois está caracterizada a violência de gênero, *in verbis*: “inclui-se no contexto da violência doméstica e familiar, não só as esposas, companheiras ou amantes, mas, também, filhas, netas e enteadas do agressor, como no caso em epígrafe. Basta que haja vínculo familiar e afetivo com o mesmo”.

O art. 5º da Lei n. 11.340/2006 estabelece em quais casos está configurada a violência doméstica e familiar contra a mulher, nesses termos:

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, *configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, *com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou *se consideram aparentados*, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - *em qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Dessa forma, nota-se que se caracteriza a violência doméstica e familiar nos casos em que o delito é cometido com base no gênero, *em qualquer relação íntima de afeto*, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.

No caso, tem-se que as instâncias de origem consignaram expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar (crime praticado por padrasto contra a enteada).

A alteração deste entendimento, no sentido de que o delito não foi praticado em razão do gênero da vítima, senão da sua imaturidade, demandaria a análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na via eleita. Nesse norte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 3º, AMBOS

DO CP E 7º DA LEI Nº 12.015/2009. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 593, I, E 158, AMBOS DO CPP. RAZÕES DA APELAÇÃO DO MP APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. MERA IRREGULARIDADE. ESTUPRO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 20 DA LEI Nº 11.697/2008. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. *Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num “contexto de prevalência de relações domésticas (...), ataindo, portanto, a competência de juizado especial de violência doméstica” (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ.*

5. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015)*

O art. 14 da Lei Maria da Pena (Lei n. 11.340/2006) determina uma competência ampla ao estabelecer que “os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência *cível* e *criminal*, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Segundo precedente desta Corte Superior, “a amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção” (REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017).

A Quinta Turma desta Corte Superior já reconheceu que o estupro de vulnerável praticado pelo padrasto contra a enteada configura violência doméstica. Neste sentido citam-se dois precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PADRASTO CONTRA ENTEADA. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO BASEADA NO GÊNERO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para incidência da Lei Maria da Penha, é necessário que a violência doméstica e familiar contra a mulher decorra de: (a) ação ou omissão baseada no gênero; (b) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; decorrendo daí (c) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

3. *A definição do gênero sobre o qual baseada a conduta comissiva ou omissiva decorre do equivocado entendimento/motivação do sujeito ativo de possuir “direitos” sobre a mulher ou de que ela lhe pertence, evidenciando vulnerabilidade pela redução ou nulidade da autodeterminação, caracterizando-se, assim, conduta baseada no gênero para efeitos da Lei n. 11.340/2006.*

4. *No caso em comento, segundo as circunstâncias fáticas apuradas até então e analisadas pela Corte de origem, verifica-se o preenchimento dos pressupostos elementares da violência doméstica e familiar contra a mulher, restando caracterizada a ação baseada no gênero.*

5. Ordem não conhecida. (HC 349.851/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PROCESSADO PERANTE O JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR QUE NÃO SE AMOLDAM À HIPÓTESE. REQUISITO REPUTADO COMO PREENCHIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, MEDIANTE CONSIDERAÇÃO DE

LAUDO PERICIAL QUE SEQUER FOI JUNTADO AOS AUTOS. WRIT DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais - notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo -, reformulou a admissibilidade da impetração originária de *habeas corpus*, a fim de que não mais seja conhecido o writ substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

2. *Paciente denunciado perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e condenado, no decorrer do processamento deste writ, à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão, pela prática de estupro contra a sua neta de 07 anos de idade.*

3. O telos precípua da Lei n.º 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem. Precedentes.

4. Não obstante, sobretudo no caso de crime de estupro, que exige, em princípio, maior vigor físico e lascívia dirigida a ser humano tido usualmente como vulnerável à violência e à dominação, o debate sobre o preenchimento do requisito de motivação de gênero adquire feições muito mais complexas do que os crimes de ameaça ou de lesão corporal julgados por esta Corte em casos parecidos, abrangendo argumentos políticos e morais extremamente problemáticos - como, para citar apenas um exemplo, a denominada "cultura do estupro" -, a exigir que a existência de motivação de gênero seja avaliada com muito mais cautela, em raciocínio a posteriori que leve em consideração o conteúdo fático-probatório da ação penal.

5. *No caso, o Tribunal de origem, com o grau de discricionariedade próprio à espécie e mencionando relatório psicológico que o Impetrante sequer trouxe aos autos, constatou estar preenchido o requisito de motivação de gênero, sendo impossível, à luz da documentação pré-constituída, infirmar-se essa ilação.*

6. Trate-se de nulidade relativa ou absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida”. (HC 196.877/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 11/09/2013)

Portanto, este Tribunal Superior, ainda que em julgados mais recuados, entendeu que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) deve ser aplicada em situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de afeto, poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade, como no presente caso em que se trata de estupro praticado pelo padrasto contra a enteada. O seguinte precedente da Sexta Turma corrobora esse entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. *RELAÇÃO FAMILIAR. AGRESSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. VULNERABILIDADE. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. AUSÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. INAPLICABILIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.*

1. *A jurisprudência deste Tribunal se firmou no sentido de que a Lei n. 11.340/2006 deve ser aplicada em situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de afeto, poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade.*

2. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, no sentido de que haveria vulnerabilidade da vítima em relação à agravada, bem como que as agressões teriam sido praticadas com motivação de gênero, seria imprescindível a análise doselementos fáticos constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1456355/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016).

Contudo, o Ministério Público - impetrante - na petição inicial do *writ* transcreveu um precedente da Sexta Turma, segundo o qual, a violência mencionada no art. 5º da

Lei Maria da Penha que desloca a competência para a justiça especializada ali prevista, é aquela baseada no gênero, o que, supostamente, não estaria presente nos crimes de estupro de vulnerável praticados por pais e/ou padrastos contra filhas/enteadas - meninas de tenra idade. Neste sentido:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENINA DE 4 ANOS. COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL. PREVALÊNCIA DA CONDIÇÃO DE CRIANÇA. MOTIVAÇÃO DA CONDUTA. PRECEDENTE.

1. Caso em que se apura a prática de crime de estupro de vulnerável, em tese praticado por genitor contra filha de 4 anos de idade. Assim, ainda que fosse o caso de violência doméstica, deve prevalecer, para fins de fixação de competência, a condição de criança da vítima, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Ademais, por outra senda, esta Corte já decidiu que, “verifica-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a prática do crime de estupro de vulnerável pelo paciente, mas sim a idade da ofendida e a sua fragilidade perante o agressor, seu próprio pai, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” (HC n. 344.369/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/5/2016, DJe 25/5/2016).

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1490974/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019) (g.n.)

O Ministério Público ainda transcreveu alguns precedentes da Quinta Turma também neste sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/06. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. INCIDÊNCIA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1- A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que, para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação

do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher.

II - Na presente hipótese, a instância de origem decidiu que no caso dos autos não se verificou que a motivação do réu se baseou no gênero da vítima e, assim, não se enquadra em qualquer das hipóteses elencadas na Lei Maria da Penha, uma vez que referida lei não trata de mera violência contra mulher que integra o círculo familiar do agressor. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita por atrair o óbice ao enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1900484/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. AGRESSOR IRMÃO DA VÍTIMA. LEI 11.340/2006. NÃO INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No que se refere à incidência da Lei Maria da Penha “a jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero.” (AgRg no REsp 1.430.724/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015).

2. No caso dos autos, observa-se que, embora o crime esteja sendo praticado no âmbito das relações domésticas e familiares, verifica-se que, em momento algum, restou demonstrado que teria sido motivado por questões de gênero, ou mesmo que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino. Com base em tal premissa, o Tribunal de origem concluiu não haver violência que atraísse a incidência da Lei Maria da Penha, assim justificando o declínio da competência para Juizado Especial Comum.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 1700032/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO DE GÊNERO OU DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA DECORRENTE DA SUA CONDIÇÃO DE MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Precedentes”* (AgRg no AREsp 1020280/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 31/8/2018).

2. Diante da conclusão da instância ordinária de que o delito não foi motivado por questões de gênero ou em face da situação de vulnerabilidade da vítima por ser do sexo feminino, para se chegar a conclusão diversa do julgado seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, verbis: *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1858438/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020) (g.n.)

Entretanto, há um precedente recente da Sexta Turma, segundo o qual, *“é descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto”,* conforme a seguintes ementa:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. LEI N. 11.343/2006. COMPETÊNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA. VÍTIMA DO SEXO FEMININO. *IDADE IRRELEVANTE*. *JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR*. VALIDADE DOS ATOS. TEORIA DO JUIZ APARENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313, 315 e 282, I e II, do Código de Processo Penal, com as alterações dispostas pela Lei n. 13.964/2019.

2. O decisum prolatado ressaltou a gravidade concreta da conduta perpetrada e o fundado risco de reiteração delitiva, diante do modus operandi empregado pelo agressor, bem como o fato de responder “a outro feito perante esta Vara pelo mesmo delito”. Esses elementos são idôneos, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, para justificar a custódia preventiva do réu.

3. Indicada a reiteração do cometimento de crimes sexuais pelo insurgente, notadamente em razão do modus operandi da conduta ilícita, é plausível o prognóstico de que a liberdade do réu implica perigo não apenas à vítima mas também a outras pessoas. E, dadas as características da conduta e as condições pessoais do recorrente, a adoção de medidas cautelares diversas não se prestaria a evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, do Código de Processo Penal).

4. *É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.* 5. *A Lei n. 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.*

6. A ideia de vulnerabilidade da vítima que passou a compor o nome do delito do art. 217-A do Código Penal tem o escopo de afastar relativizações da violência sexual contra vítimas nessas condições, entre elas as de idade inferior a 14 anos de idade, não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Penha.

7. Conquanto seja decretada a incompetência do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra do Piraí-RJ, o reconhecimento da incompetência do juízo que se entendeu inicialmente competente não enseja - haja vista a teoria do juízo aparente, amplamente reconhecida pela jurisprudência desta Corte - a nulidade dos atos processuais já praticados no processo, os quais podem ser ratificados ou não no juízo que vier a ser reconhecido como competente.

8. Recurso parcialmente provido, para determinar a remessa dos autos ao Juizado Adjunto Criminal e de Violência Doméstica Contra a Mulher da Comarca de Barra do Piraí - RJ. (RHC n. 121.813/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 28/10/2020.)

Este julgado da Sexta Turma apenas fez uma interpretação literal do art. 5º da Lei n. 11.343/2006, que não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher (pouco importando sua idade) e que a violência seja cometida no ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida, conforme ocorreu no presente caso.

Por fim, deve-se acrescentar que a Ministra Laurita Vaz apresentou voto vista na sessão do dia 26/10/2022 para acompanhar a denegação da ordem, porém agregou fundamentos importantes nos seguintes termos:

[...]

Por essa razão, entendo que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.431/17, as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes devem tramitar nas varas especializadas previstas no *caput* do art. 23 e, caso elas ainda não tenham sido criadas, nos juizados ou varas especializados em violência doméstica, conforme determina o parágrafo único do mesmo artigo. Somente nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, poderá a ação tramitar na vara criminal comum.

[...]

Todavia, a interpretação que proponho, ao analisar o impacto das disposições da Lei n. 13.431/17 sobre a definição da competência e independentemente de questões de gênero, altera sensivelmente a jurisprudência desta Corte. Diante das consequências que dela podem derivar, justifica-se a *modulação de efeitos*, a fim de se assegurar a segurança jurídica, notadamente por se tratar de competência de natureza absoluta.

[...]

Desse modo, a aplicação da tese adotada no presente julgamento deve ser modulada, nos seguintes termos:

a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas *até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive)*, tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns;

b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas *após a data da publicação do acórdão deste julgamento*, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juzizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*, fixando a tese de que: *“Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares”*. Ademais, DETERMINO a *modulação dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial*, nos termos desta decisão.

Ante o exposto, considerando que o acórdão do Tribunal de origem está em conformidade com a Lei n. 11.340/2006 e também com alguns precedentes desta Corte Superior, denego o *habeas corpus*. Entretanto, acompanho os fundamentos do voto vista da Ministra Laurita Vaz, para: “a) nas comarcas em que não houver juizado ou

vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns; b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns “.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2022/0067333-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 728.173 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00361853720218190021 00585236820218190000 017082021
17082021 361853720218190021 585236820218190000 914017082021**

EM MESA

JULGADO: 22/06/2022

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

**Exmo. Sr. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF
1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: G. J. B. DE S. (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Orlando Carlos Neves Belém (Procurador de Justiça) sustentou oralmente pela parte Impetrante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A Dra. Julieta E. Fajardo C. de Albuquerque (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo MPF.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após do voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem em *habeas corpus*, ao entendimento de que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) deve ser aplicada em situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de afeto, poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade, como no presente caso, em que se trata de estupro praticado pelo ex-padrasto contra a enteada, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Aguardam os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0067333-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 728.173 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00361853720218190021 00585236820218190000 017082021
17082021 361853720218190021 585236820218190000 914017082021

EM MESA

JULGADO: 14/09/2022

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF
1ª REGIÃO)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: G. J. B. DE S. (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

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, deliberou pelo sobrestamento do julgamento para a sessão do dia 26/10/2022, concomitantemente ao EAREsp 2.099.532/RJ, de relatoria do Sr. Min. Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

HABEAS CORPUS Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. ART. 23 DA LEI N. 13.431/17. CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS. COMPETÊNCIA SUBSIDIÁRIA DOS JUIZADOS/VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TRAMITAÇÃO EM VARA CRIMINAL COMUM APENAS NA AUSÊNCIA DA JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA. QUESTÕES DE GÊNERO. IRRELEVÂNCIA. VULNERABILIDADE DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE PESSOA HUMANA EM DESENVOLVIMENTO. PROTEÇÃO INTEGRAL E ABSOLUTA PRIORIDADE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O *caput* do art. 23 da Lei n. 13.431/17 estabeleceu, como possibilidade aos órgãos responsáveis pela organização judiciária, a criação de varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Enquanto não instituídas as varas especializadas, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determinou que as ações decorrentes de práticas de violência contra crianças e adolescentes, *independentemente de considerações acerca do sexo da vítima ou da motivação da violência*, deveriam tramitar nos juizados ou varas especializados em violência doméstica.

2. A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.431/17, as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes devem tramitar nas varas especializadas previstas no *caput* do art. 23 e, caso elas ainda não tenham sido criadas, nos juizados ou varas especializados em violência doméstica, conforme determina o parágrafo único do mesmo artigo. Somente nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, poderá a ação tramitar na vara criminal comum.

3. A interpretação que agora se propõe tem como objetivo, em primeiro lugar, evitar que os dispositivos da Lei n. 13.431/17 se transformem em letra morta, o que frustraria o objetivo legislativo de instituir um regime judicial protetivo especial para crianças e adolescentes vítimas de violência. De outra parte, também concretiza os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade (art. 227 da Constituição Federal), bem como

o compromisso internacional do Brasil em proteger crianças e adolescentes contra todas as formas de violência (art. 19 do Decreto n. 99.710/90), estabelecendo que a submissão destes à competência especializada decorre de sua vulnerabilidade enquanto pessoa humana em desenvolvimento, independente de considerações quanto ao sexo, motivação do crime, circunstâncias da violência ou outras questões similares.

4. Por se tratar de sensível alteração de entendimento jurisprudencial e diante da controvérsia existente acerca da interpretação do art. 23 da Lei n. 13.431/17 entre os estados da federação, é necessário aplicar a técnica da modulação de efeitos para preservar o interesse social e a segurança jurídica em relação às ações penais que tenham tramitado ou estejam atualmente tramitando em varas criminais comuns.

5. A aplicação da tese adotada no presente julgamento deve ser modulada, nos seguintes termos: a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, *distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive)*, tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns; b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, *distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento*, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

6. *Habeas corpus* denegado, dando-se ampla ciência e fixando a seguinte tese: “Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares”, com aplicação da modulação de efeitos.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de G. J. B. DE S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no Conflito de Competência n. 0058523-68.2021.8.19.0000.

A Corte de origem declarou a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Duque de Caxias/RJ para processar e julgar a ação penal na qual o Paciente é acusado da prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal praticado contra vítima que possuía 3 (três) anos de idade ao tempo do crime.

Em seu voto, o Eminent Relator, Ministro OLINDO MENEZES, concluiu pela denegação da ordem de *habeas corpus*, por entender que estão presentes, no caso em apreço, todos os requisitos expressamente exigidos pelo art. 5.º da Lei n. 11.340/2006 para atrair a competência do juizado especializado, quais sejam: a) que a vítima seja mulher; e b) que a violência tenha sido cometida no ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

Em razão da alta relevância da matéria, pedi vista dos autos para melhor análise do tema e, após examinar as alegações das partes e o contexto dos autos, entendo também pela denegação da ordem, *porém com fundamentos distintos*.

Em direção diferente da proposta pelo eminente Relator, entendo que a solução da controvérsia não se encontra na Lei n. 11.340/06, que se aplica apenas à violência doméstica e familiar contra a mulher, mas na *Lei n. 13.431/17*, que institui o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

De fato, conforme consta entre os fundamentos determinantes do acórdão estadual (fls. 72-76), a Lei n. 13.431/17 estabeleceu uma série de medidas, em diversos âmbitos, com o objetivo de conferir melhores condições de defesa e proteção a crianças e adolescentes vítimas de condutas violentas. Especificamente no que tange à apuração judicial de práticas violentas contra essas vítimas, a referida legislação assim determinou:

“Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.”

Como se vê, o Legislador estabeleceu, no *caput* do artigo supracitado, como possibilidade aos órgãos responsáveis pela organização judiciária, a criação de varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Enquanto não instituídas as varas especializadas, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determinou que as causas decorrentes de práticas de violência contra crianças e adolescentes, *independentemente de considerações acerca do sexo da vítima ou da motivação da violência*, deveriam tramitar nos juizados ou varas especializados em violência doméstica.

É importante ressaltar que a Lei n. 13.431/17 adotou *vacatio legis* de **1 (um) ano**, tempo suficiente para que os órgãos responsáveis pela organização judiciária tomassem conhecimento da norma e diligenciassem seu cumprimento.

Por essa razão, entendo que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.431/17, as ações penais que apurem crimes envolvendo violência contra crianças e adolescentes devem tramitar nas varas especializadas previstas no *caput* do art. 23 e, caso elas ainda não tenham sido criadas, nos juizados ou varas especializados em violência doméstica, conforme determina o parágrafo único do mesmo artigo. Somente nas comarcas em que não houver varas especializadas em violência contra crianças e adolescentes ou juizados/varas de violência doméstica, poderá a ação tramitar na vara criminal comum.

A interpretação que agora se propõe tem como objetivo, em primeiro lugar, evitar que os dispositivos da Lei n. 13.431/17 se transformem em letra morta, o que frustraria o objetivo legislativo de instituir um regime judicial protetivo especial para crianças e adolescentes vítimas de violências. De outra parte, também concretiza os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade (art. 227 da Constituição Federal), bem como o compromisso internacional do Brasil em proteger crianças e adolescentes contra todas as formas de violência (art. 19 do Decreto n. 99.710/90), estabelecendo que a submissão destes à competência especializada decorre de sua vulnerabilidade enquanto pessoa humana em desenvolvimento, independentemente de considerações quanto ao sexo, motivação do crime, circunstâncias da violência ou outras questões similares.

Outrossim, a tese de que o alargamento da competência dos juízos especializados em violência doméstica poderá prejudicar a prestação jurisdicional precípua destes órgãos, qual seja, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, não justifica que se desconsidere a disposição expressa da lei. Em verdade, incumbe aos órgãos responsáveis pela organização judiciária avaliar o impacto do processamento de tais ações penais sobre os juizados de violência doméstica e, analisando as peculiaridades de cada local, criar as varas ou juizados especializados, na forma do art. 23 da Lei n. 13.431/17, dando assim cumprimento à imposição legal de conferir prestação jurisdicional célere e especializada tanto às mulheres quanto às crianças e adolescentes.

É bem verdade que a jurisprudência desta Corte Superior, até o momento, somente tem admitido a competência do juizado especial de violência doméstica

quando atendidos os requisitos da Lei n. 11.340/06, entre eles tratar-se de vítima mulher e a prática do delito em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto. Em tais julgados, a competência foi definida a partir da análise da motivação de gênero do crime em cada caso concreto, havendo divergência entre as turmas da Terceira Seção a respeito da preponderância do critério etário para afastar ou atrair a competência da vara criminal comum, como bem observou o eminente Relator. Nesse sentido, a jurisprudência é numerosa: REsp n. 1.652.968/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2020; AgRg no AREsp n. 1.626.825/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 13/5/2020; AgRg no AREsp n. 1.020.280/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 31/8/2018; entre outros.

Todavia, a interpretação que proponho, ao analisar o impacto das disposições da Lei n. 13.431/17 sobre a definição da competência e independentemente de questões de gênero, altera sensivelmente a jurisprudência desta Corte. Diante das consequências que dela podem derivar, justifica-se a *modulação de efeitos*, a fim de se assegurar a segurança jurídica, notadamente por se tratar de competência de natureza absoluta.

Com efeito, o art. 927, § 3.º, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3.º do Código de Processo Penal, na hipótese de *alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores*, dispõe sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Esse comando foi reforçado pela Lei 13.655/2018, que incluiu o art. 23 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para determinar que a decisão administrativa, controladora ou *judicial* que estabelecer *interpretação ou orientação nova* sobre norma de conteúdo controvertido deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo entendimento seja aplicado de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Especificamente em se tratando de discussões que envolvem definição de competência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta no sentido da necessidade de modulação dos efeitos, como ocorreu no julgamento da ADI n. 6.505/RJ (incompetência em foro por prerrogativa de função instituído por norma estadual); do RE n. 960.429/RN (competência da justiça comum para julgar ações referentes a fase pré-contratual dos processos seletivos da Administração Pública); e do RE n. 586.453/SE (competência da justiça comum para julgar ações que buscam complementação de aposentadoria).

Na presente hipótese, tendo em vista a controvérsia existente acerca da interpretação do art. 23 da Lei n. 13.431/17 entre os estados da federação, bem como a existência de orientações jurisprudenciais distintas entre os tribunais, é necessário preservar o interesse social e a segurança jurídica na adoção da mudança jurisprudencial em relação às ações penais que tenham tramitado ou estejam atualmente tramitando em varas criminais comuns, conforme determinava a anterior jurisprudência desta Corte.

Desse modo, a aplicação da tese adotada no presente julgamento deve ser modulada, nos seguintes termos:

a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas *até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive)*, tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns;

b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas *após a data da publicação do acórdão deste julgamento*, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juzizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*, fixando a tese de que: *“Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares”*. Ademais, DETERMINO a *modulação dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial*, nos termos desta decisão.

Dê-se ciência desta decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 728.173 / RIO DE JANEIRO (2022/0067333-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* no qual a controvérsia gira em torno da competência para o julgamento de processo em que se apura a prática do delito de estupro de vulnerável contra vítima menor de 14 anos e do gênero feminino, submetida a esta Terceira Seção para unificação de entendimento.

I. Contextualização

A Corte local, ao julgar o Conflito de Jurisdição, consignou o seguinte:

Como se pode depreender dos autos, o juízo Suscitado entendeu que no caso vertente não se observa a violência de gênero, pois para sua caracterização essa deve vir carregada de sentimento de superioridade por parte do agressor, em razão da condição feminina. Por seu turno, o douto magistrado suscitante qualificou o fato como sendo decorrente de gênero, o que justificaria o afastamento da sua competência. Ouso divergir do douto entendimento esposado pela il. Procuradoria de Justiça em seu substancioso parecer ao afirmar, *in verbis*:

A violência doméstica que atrai a incidência da Lei 11.340/06, autorizando um tratamento legal diferenciado, é aquela praticada contra vítima que vive no mesmo ambiente doméstico e familiar de seu agressor(a) – o que não ocorre no presente caso (segundo consta dos autos); na qual haja entre agressor(a) e agredida uma relação de parentesco ou afinidade – o que acontece na presente situação estudada (suposto autor e a mãe da vítima já tiveram um relacionamento por três anos); quando a vítima esteja, em relação ao seu agressor(a), em situação de comprovada hipossuficiência e vulnerabilidade, circunstância que não resta configurada nos autos. Há, ainda, um último requisito também não preenchido na hipótese em estudo: que a violência seja baseada em questão de gênero.

O que se vê é que já houve uma relação de parentesco entre o suposto agressor e a mãe da vítima. Os demais requisitos não estão preenchidos na hipótese. Ausente qualquer demonstração da situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência na perspectiva de gênero. O contexto em que se deu o delito nada tem a ver com a condição de mulher da vítima.

A questão ainda não restou pacificada nos Tribunais. Contudo, a meu sentir, *a Lei 11.340/06 deve incidir em todas as hipóteses em que restar caracterizada a violência de gênero, ou seja, com fundamento na vulnerabilidade em razão do sexo, independentemente da natureza da violência que envolva a mulher no âmbito familiar.*

Explico. Pretendeu-se conceder à mulher, que está em situação de fragilidade e submissão em relação ao homem, proteção contra atos praticados no âmbito doméstico e familiar.

Desta forma, inclui-se no contexto da violência doméstica e familiar, não só as esposas, companheiras ou amantes, mas, também, filhas, netas e enteadas do agressor, como no caso em epígrafe. Basta que haja vínculo familiar e afetivo com o mesmo.

Na hipótese dos autos, trata-se de suposto crime praticado por ex-padrastro contra sua enteada de 03 anos de idade.

Mas não é só. Some-se a isso o fato de que a Lei 13.341/2017, em seu artigo 23, *caput*, previu a criação de Juizado se Varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

No parágrafo único da referida lei, o legislador, determinou que o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência contra a criança e adolescente, *ficariam preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins, até a criação dos juizados ou as varas especializadas.*

Com efeito, a legislação vigente reconhece os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o órgão mais adequado à proteção integral da criança e do adolescente, sobretudo em razão da sua estrutura contar com equipe técnica multidisciplinar permanente.

Portanto, têm-se que é indiscutível o fato de Juizado de Violência Doméstica possuir uma estrutura especializada que poderá oferecer um atendimento mais adequado às peculiaridades do caso, o que não ocorre em uma vara criminal comum.

Neste contexto, a meu sentir, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Duque de Caxias seria o juízo competente para processar e julgar a causa em questão.

II. Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Duque de Caxias

Ao contrário dos argumentos lançados pelo juízo suscitado, percebo que o Tribunal local não desconsiderou a presença de vínculo doméstico na conduta praticada pelo réu. Todavia, *priorizou a especialização do Juizado de Violência Doméstica por, além de reconhecer o viés de gênero na prática do delito, ser a serventia preparada e equipada para acolher as vítimas vulneráveis, como a do caso dos autos.*

Entretanto, sem descartar os legítimos argumentos apresentados pelo *Parquet* estadual, *entendo que o delito praticado pelo réu foi motivado pelo fato de a vítima ser mulher (ainda adolescente), o qual, aliada aos fatores coabitação e relação íntima familiar, deve determinar a sobreposição da especialidade.*

A lei não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher (pouco importando sua idade) e que a violência seja cometida em no ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

Importa enfatizar que o conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha foi editada para proteger, as mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas.

Ela Wiecko de Castilho bem explica que

O sexo é uma categoria biológica insuficiente para explicar os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. “Gênero” veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. Na perspectiva de gênero, essas características são produto de uma situação histórico-cultural e política; as diferenças são produto de uma construção social. Portanto, não existe naturalmente o gênero masculino e feminino.

Gênero é uma categoria relacional do feminino e do masculino. *Considera as diferenças biológicas entre os sexos, reconhece a desigualdade, mas não admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades no trabalho, na educação e na política. É um modo de pensar que viabiliza a*

mudança nas relações sociais e, por conseqüência, nas relações de poder. É um instrumento para entender as relações sociais e, particularmente, as relações sociais entre mulheres e homens. (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O que é Gênero *Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU* (Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>, Acesso em: 17 out 2020).

Não ignoro que parte da jurisprudência desta Corte Superior considera apenas o *fator etário* e não a condição de mulher da vítima, a fim de excluir a competência da vara especializada, mesmo quando o delito é praticado em ambiente doméstico:

[...]

1. *A incidência da Lei Maria da Penha possui como pressuposto a motivação de gênero para a prática do crime, o que não ocorre na espécie, haja vista que o fator determinante que ensejou o cometimento do delito foi idade da vítima que contava com apenas 7 (sete) anos de idade à época dos fatos. (AgRg no AREsp 603.381/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 27/3/2017, destaquei).*

[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Precedentes.

2. No caso dos autos, verifica-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, mas sim a tenra idade da ofendida, que residia sobre o mesmo teto do agravante, que com ela manteve relações sexuais consentidas, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

3. Agravo improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.020.280/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/8/2018, grifei).

[...]

2. “Para a aplicação da Lei Maria da Penha, é necessária a demonstração da motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima. Precedentes.” (HC 176.196/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 20/06/2012)

3. *Embora o crime tenha sido cometido pelo tio contra a sobrinha de 7 (sete) anos, na oportunidade em que esta ia visitar sua avó, tem-se manifesta a ausência de relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade pelo gênero, o que afasta a aplicação da Lei n. 11.340/2006.*

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 265.694/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/02/2016, destaquei).

Com a devida vênia das conclusões esposadas nos julgados retrocitados, reputo descabida a preponderância de um fator meramente etário sobre *o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional* para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres.

Na espécie, *as condutas descritas na denúncia são tipicamente movidas pela relação patriarcal que o então padrasto estabeleceu com a enteada*. O controle sobre o corpo da filha, a ponto de se entender legitimado a praticar o ato invasivo para a satisfação da própria lascívia, *é fator típico da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino*.

O modus operandi adotado, independentemente da idade da ofendida – a qual, insisto, é irrelevante para fins de atrair ou não a incidência da LMP e a competência especial –, releva o caráter especialíssimo do delito.

A Lei Maria da Penha nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida destes autos. *Os abusos por ela sofridos aconteceram no ambiente familiar e doméstico e decorreram da distorção sobre a relação decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher.*

A prevalecer o entendimento defendido no *writ*, *crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica – segmento especial e prioritariamente protegido pela Constituição da República (art. 227) – passariam a ter um âmbito de proteção menos efetivo do que mulheres adultas*. E, mesmo em relação a estas, cumpre enfatizar que não se poderia jamais cogitar de retorno a um tempo em que muitos professavam que somente as mulheres frágeis física ou emocionalmente encontravam guarida nas normas protetivas da Lei Maria da Penha.

Conquanto a Lei n. 11.340/2006 não estabeleça o sujeito passivo “com base no sexo feminino, mas no fato de ser mulher”, o que implica a compreensão sobre as “diversas experiências do que é ser *mulher*”, também se deve ter presente que “é preciso interpretar a lei com atenção para que um sujeito abstrato universal não seja interpretado de modo a restringir direitos e experiências de mulheres de carne e osso com base em estereótipos” (MELLO, Adriana Ramos de Mello. *Lei Maria da Penha na Prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 84-86).

Dentro desse contexto, faço lembrar que a *vulnerabilidade que passou a compor o nome do delito do art. 217-A do Código Penal* tem o escopo de afastar uma até então usual relativização da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes de idade inferior a 14 anos, *não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Penha.*

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

[...] *Agressão praticada pelo pai contra duas filhas (adolescentes), sob o teto da família, atrai a incidência do art. 5º da Lei Maria da Penha, não havendo, por conseguinte, ilegalidade na decisão impugnada.* [...] (HC n. 178.751/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 31/5/2013)

[...]

4. *O delito em tese foi cometido contra criança do sexo feminino com abuso da condição de hipossuficiência, inferioridade física e econômica, pois a violência teria ocorrido dentro do âmbito doméstico e familiar. As Pacientes - tia e prima da vítima - foram acusadas de torturar vítima que detinham a guarda por decisão judicial.*

5. *“Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.”* (CC n. 88.027/MG, Relator Ministro OG FERNANDES, DJ de 18/12/2008) 6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 250.435/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 27/9/2013, grifei).

[...]

1. *O excesso na imposição de castigo pelo pai à filha menor que com ele coabita atrai a incidência do art. 5º da Lei Maria da Penha, quando observado que a violência, além de estar estritamente ligada ao contexto familiar, decorre inequivocamente da vulnerabilidade do gênero feminino e da hipossuficiência ou inferioridade física da vítima frente àquele que é imputado como seu algoz. É dizer, quando constatado que a condição de mulher da vítima foi fator determinante para a agressão supostamente perpetrada por seu genitor.*

2. *Recurso especial provido para determinar o retorno do caso ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.* (REsp 1.616.165/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 22/6/2018)

Ainda, os recentes julgados proferidos pela Sexta Turma desta Corte Superior, ambos de minha relatoria:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, ESTUPRO TENTADO E AMEAÇA PERPETRADA DE PAI CONTRA FILHA. RELAÇÃO FAMILIAR. VÍTIMA DO SEXO FEMININO. IDADE IRRELEVANTE. LEI N. 11.343/2006. COMPETÊNCIA. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

2. A Lei n. 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.

3. A ideia de vulnerabilidade da vítima que passou a compor o nome do delito do art. 217-A do Código Penal tem o escopo de afastar relativizações da violência sexual contra vítimas nessas condições, entre elas as de idade inferior a 14 anos de idade, não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Penha.

4. Na espécie, as condutas descritas na denúncia são claramente movidas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O controle sobre o corpo da filha, a violação sexual violenta, ao argumento de que a amava, a dinâmica para fazer com que a vítima se sentisse culpada pelo rompimento das relações familiares, o descrédito da palavra da ofendida por sua própria genitora, todos esses fatores são próprios da estrutura da violência de gênero.

5. O *modus operandi* adotado, independentemente da idade da ofendida - a qual é irrelevante para fins de atrair ou não a incidência da LMP e a competência especial -, releva o caráter especialíssimo do delito.

6. Recurso especial provido para determinar o retorno do caso ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (REsp n. 1.652.968/MT, relator Ministro Rogério Schietti, 6ªT., DJE de 18/12/2020, grifei).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. LEI N. 11.343/2006. COMPETÊNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA. VÍTIMA DO SEXO FEMININO. IDADE IRRELEVANTE. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. VALIDADE DOS ATOS. TEORIA DO JUÍZ APARENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313, 315 e 282, I e II, do Código de Processo Penal, com as alterações dispostas pela Lei n. 13.964/2019.

2. O decisum prolatado ressaltou a gravidade concreta da conduta perpetrada e o fundado risco de reiteração delitiva, diante do modus operandi empregado pelo agressor, bem como o fato de responder “a outro feito perante esta Vara pelo mesmo delito”. Esses elementos são idôneos, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, para justificar a custódia preventiva do réu.

3. Indicada a reiteração do cometimento de crimes sexuais pelo insurgente, notadamente em razão do modus operandi da conduta ilícita, é plausível o prognóstico de que a liberdade do réu implica perigo não apenas à vítima mas também a outras pessoas. E, dadas as características da conduta e as condições pessoais do recorrente, a adoção de medidas cautelares diversas não se prestaria a evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, do Código de Processo Penal).

4. É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

5. *A Lei n. 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.*

6. A ideia de vulnerabilidade da vítima que passou a compor o nome do delito do art. 217-A do Código Penal tem o escopo de afastar relativizações da violência sexual contra vítimas nessas condições, entre elas as de idade inferior a 14 anos de idade, não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Penha.

7. Conquanto seja decretada a incompetência do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra do Piraí-RJ, o reconhecimento da incompetência do juízo que se entendeu inicialmente competente não enseja - haja vista a teoria do juízo aparente, amplamente reconhecida pela jurisprudência desta Corte - a nulidade dos atos processuais já praticados no processo, os quais podem ser ratificados ou não no juízo que vier a ser reconhecido como competente.

8. Recurso parcialmente provido, para determinar a remessa dos autos ao Juizado Adjunto Criminal e de Violência Doméstica Contra a Mulher da Comarca de Barra do Piraí - RJ.

(RHC n. 121.813/RJ, relator Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJE de 28/10/2020, destaquei).

III. Dispositivo

À vista do exposto, *acompanho o eminente Ministro relator para denegar a ordem.*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0067333-7

PROCESSO ELETRÔNICO HC 728.173 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00361853720218190021 00585236820218190000 017082021
17082021 361853720218190021 585236820218190000 914017082021

EM MESA

JULGADO: 26/10/2022

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF
1ª REGIÃO)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: G. J. B. DE S. (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Laurita Vaz, denegando a ordem em *habeas corpus*, fixando a seguinte tese: “Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares” e determinando a modulação dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial nos seguintes termos: a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns; b) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações

penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz (com ressalva de entendimento restringindo a incidência às crianças e adolescentes do sexo feminino em relação à violência doméstica), Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik, a Terceira Seção, por unanimidade denegou a ordem em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os acréscimos do voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz e com recomendação de envio do inteiro teor do acórdão à Comissão de Jurisprudência.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz (com acréscimos em voto-vista), Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz (com ressalva de entendimento), Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro em razão de ausência justificada durante as sustentações orais.

Não compunha a sessão no início do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 2018450 / RIO DE JANEIRO
(2021/0346212-8)**

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ADVOGADOS: GUSTAVO ANTÔNIO FERES PAIXÃO - RJ095502

LEONARDO MOBARAK ANDRADE GOMES - RJ131448

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E HIPERVULNERÁVEIS. ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SUPREMACIA DO CDC (LEI 8.078/1990) SOBRE NORMAS REGULATÓRIAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS. ARTS. 6º, VII E X, E 22 DO CDC. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ART. 6, *CAPUT*, DA LEI 8.987/1995.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Ampla Energia e Serviço S/A., em razão de frequentes interrupções no fornecimento de energia elétrica na cidade de Niterói/RJ. O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou (fl. 1.046, e-STJ): “Ademais, diante das provas colhidas no inquérito civil, constata-se que os consumidores locais não contam com o acolhimento diligente de suas reclamações por parte da ré, que tem a obrigação contratual e legal de cumprir as normas que regem a relação jurídica do serviço que presta. Dessa forma, as constantes falhas de fornecimento de energia elétrica comprovam que a demandada não está desempenhando adequadamente as premissas legais, embora

esteja desfrutando do proveito econômico, devendo prosperar o pleito de proceder aos devidos reparos para restabelecimento do serviço de energia elétrica, no prazo indicado na sentença”.

2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte *a quo*, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo e completo (re)exame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Por outro lado, incide a Súmula 284/STF quanto à suscitada violação do art. 7º do CDC; dos arts. 1º, 6º, § 3º, II, 29 e 31 da Lei 8.987/1995; dos arts. 2º e 3º, I e IV, da Lei 9.427/1996; e dos arts. 2º, 3º, IV e V, 4º, IV, VII e XV, e 16, I e II, do Anexo I do Decreto Federal 2.335/1997.

3. Todavia, mesmo que o Recurso Especial pudesse ser conhecido (e não há qualquer possibilidade para tanto), o acórdão recorrido está alinhado à legislação de proteção do consumidor e à jurisprudência do STJ.

4. Como se sabe, todos os contratos de concessão de serviço público, assim como as normas administrativas editadas pelas Agências Reguladoras, subordinam-se ao princípio da legalidade e ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, estatuto maior de controle de abusos praticados no mercado de consumo. Descabe fazer uso da chamada discricionariedade técnica para, pela porta dos fundos – por meio de artifícios incompatíveis com o legal, o razoável, o justo, a boa-fé, a dignidade humana –, negar direitos e obrigações estabelecidos na ordem jurídica com o desiderato de proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Logo, sempre que necessário, o Judiciário não só pode, como deve, intervir preventiva, reparatória e repressivamente, de modo a assegurar a inteireza dos direitos dos consumidores e de outros sujeitos débeis, prerrogativa essa perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes.

5. A autoridade e a legitimidade das Agências Reguladoras e de órgãos públicos similares se fortalecem quando sua ação regulatória, fiscalizatória e técnica segue os mandamentos constitucionais e legais vigentes, não quando deles se afasta, ou quando transforma em pantomima os valores superiores da ordem jurídica em vigor. Do contrário, teríamos a multiplicação, em plena República, de “pequenos imperadores incontidos” ou “senhores de guetos administrativos de injuricidade”, sem voto e sem jurisdição, mas com voz e poderes imensos, capazes de enfraquecer, inviabilizar ou derrubar vitais conquistas sociais legisladas, inclusive aquelas reconhecidas por precedentes dos Tribunais.

6. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 04/10/2022 a 10/10/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 10 de outubro de 2022.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.018.450 / RIO DE JANEIRO (2021/0346212-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ADVOGADOS: GUSTAVO ANTÔNIO FERES PAIXÃO - RJ095502

LEONARDO MOBARAK ANDRADE GOMES - RJ131448

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Agravo Interno contra decisão monocrática (fls. 1.233-1.236, e-STJ), que conheceu do Agravo para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

A agravante sustenta:

Além desses aspectos, é de bom alvitre destacar que, ao contrário do que tentou demonstrar a parte Agravada o sistema de distribuição de energia elétrica da AMPLA está bem dimensionado para atendimento à população do Município de Niterói.

25. Acontece que, como se sabe, a rede da AMPLA é aérea, o que a deixa sujeita às mais diversas causas naturais e intempéries, tais como chuvas, ventos, descargas elétricas etc. Tais causas, aliadas, principalmente, à queda de galhos de árvores na rede externa de distribuição, causam risco de interrupção no fornecimento de energia elétrica.

26. No caso específico dos presentes autos, cumpre trazer ao conhecimento dessa c. Turma que, no período que compreendeu o carnaval desse ano de 2015, o Município de Niterói, além de outros municípios vizinhos, foi assolado por intenso, imprevisível e desproporcional temporal que causou estragos em toda a região, comprometendo não só o serviço de fornecimento de energia elétrica, como também diversos outros serviços.

27. A documentação anexada nos autos (fls. 282/292), demonstra facilmente a intensidade desse temporal e os estragos provocados pelas chuvas e fortes ventos na região, que ocasionaram alagamentos e inúmeras quedas de árvores, com extraordinária incidência de desproporcionais descargas elétricas.

Assim, tem-se que as principais causas das falhas no fornecimento de energia na região, no período mencionado pelo MPE, foram

agravadas pelas condições atmosféricas adversas que assolam toda aquela região.

(...)

Nesse sentido, sob pena de flagrante violação aos dispositivos mencionados neste capítulo, serve o presente recurso para requerer a inaplicabilidade das súmulas 07/STJ e 284/STF, para julgar procedente o presente recurso e reformar a decisão ora combatida, por ser medida de direito.

Pleiteia, ao final, a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do Recurso à Turma.

Impugnação às fls. 1.265-1.277, e-STJ.

É o *relatório*.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.018.450 / RIO DE JANEIRO (2021/0346212-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ADVOGADOS: GUSTAVO ANTÔNIO FERES PAIXÃO - RJ095502

LEONARDO MOBARAK ANDRADE GOMES - RJ131448

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E HIPERVULNERÁVEIS. ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SUPREMACIA DO CDC (LEI 8.078/1990) SOBRE NORMAS REGULATÓRIAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS. ARTS. 6º, VII E X, E 22 DO CDC. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ART. 6, *CAPUT*, DA LEI 8.987/1995.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Ampla Energia e Serviço S/A., em razão de frequentes interrupções no fornecimento de energia elétrica na cidade de Niterói/RJ. O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou (fl. 1.046, e-STJ): “Ademais, diante das provas colhidas no inquérito civil, constata-se que os consumidores locais não contam com o acolhimento diligente de suas reclamações por parte da ré, que tem a obrigação contratual e legal de cumprir as normas que regem a relação jurídica do serviço que presta. Dessa forma, as constantes falhas de fornecimento de energia elétrica comprovam que a demandada não está desempenhando adequadamente as premissas legais, embora esteja desfrutando do proveito econômico, devendo prosperar o pleito de proceder aos devidos reparos para restabelecimento do serviço de energia elétrica, no prazo indicado na sentença”.

2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte *a quo*, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo e completo (re)exame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto

na Súmula 7/STJ. Por outro lado, incide a Súmula 284/STF quanto à suscitada violação do art. 7º do CDC; dos arts. 1º, 6º, § 3º, II, 29 e 31 da Lei 8.987/1995; dos arts. 2º e 3º, I e IV, da Lei 9.427/1996; e dos arts. 2º, 3º, IV e V, 4º, IV, VII e XV, e 16, I e II, do Anexo I do Decreto Federal 2.335/1997.

3. Todavia, mesmo que o Recurso Especial pudesse ser conhecido (e não há qualquer possibilidade para tanto), o acórdão recorrido está alinhado à legislação de proteção do consumidor e à jurisprudência do STJ.

4. Como se sabe, todos os contratos de concessão de serviço público, assim como as normas administrativas editadas pelas Agências Reguladoras, subordinam-se ao princípio da legalidade e ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, estatuto maior de controle de abusos praticados no mercado de consumo. Descabe fazer uso da chamada discricionariedade técnica para, pela porta dos fundos – por meio de artifícios incompatíveis com o legal, o razoável, o justo, a boa-fé, a dignidade humana –, negar direitos e obrigações estabelecidos na ordem jurídica com o desiderato de proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Logo, sempre que necessário, o Judiciário não só pode, como deve, intervir preventiva, reparatória e repressivamente, de modo a assegurar a inteireza dos direitos dos consumidores e de outros sujeitos débeis, prerrogativa essa perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes.

5. A autoridade e a legitimidade das Agências Reguladoras e de órgãos públicos similares se fortalecem quando sua ação regulatória, fiscalizatória e técnica segue os mandamentos constitucionais e legais vigentes, não quando deles se afasta, ou quando transforma em pantomima os valores superiores da ordem jurídica em vigor. Do contrário, teríamos a multiplicação, em plena República, de “pequenos imperadores incontidos” ou “senhores de guetos administrativos de injuricidade”, sem voto e sem jurisdição, mas com voz e poderes imensos, capazes de enfraquecer, inviabilizar ou derrubar vitais conquistas sociais legisladas, inclusive aquelas reconhecidas por precedentes dos Tribunais.

6. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 8.9.2022.

Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Ampla Energia e Serviço S/A., em razão das frequentes interrupções no fornecimento de energia elétrica em Niterói (o denominado “colapso de falta de energia elétrica”), nomeadamente no período do Carnaval de 2015, em que parte da população permaneceu sem eletricidade por mais de 20 horas, fato amplamente noticiado e que causou protestos e revolta de moradores em diversos bairros.

Afirma-se que anteriormente já fora celebrado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC entre a concessionária e o Ministério Público Estadual, com previsão de plano de manutenção para a cidade de Niterói, assim como o restabelecimento da energia elétrica em casos de interrupção no prazo de 6 (seis) horas para áreas urbanas e até 9 (nove) horas para áreas rurais). No entanto, estaria ocorrendo “demora absurda” no restabelecimento do fornecimento de energia elétrica em eventos de interrupção. Tal demora decorreria do número insuficiente de funcionários da AMPLA para atender as emergências, o que levaria a que o tempo de restauração do serviço fosse desidioso e penoso para os consumidores, portanto ilegal.

Não se pode conhecer da irrisignação.

Em primeira instância, a Ação Civil Pública foi julgada procedente pela Juíza *Beatriz Prestes Pantoja*, que fez minucioso e cuidadoso levantamento da legislação, jurisprudência e prova dos autos. Por sua vez, o Tribunal de origem, em acórdão da competente relatoria da Desembargadora *Jacqueline Lima Montenegro*, consignou, *após exame dos elementos fáticos do processo* (fl. 1.046, e-STJ):

Ademais, diante das provas colhidas no inquérito civil, constata-se que os consumidores locais não contam com o acolhimento diligente de suas reclamações por parte da ré, que tem a obrigação contratual e legal de cumprir as normas que regem a relação jurídica do serviço que presta.

Dessa forma, as constantes falhas de fornecimento de energia elétrica comprovam que a demandada não está desempenhando adequadamente as premissas legais, embora esteja desfrutando do proveito econômico, devendo prosperar o pleito de proceder aos devidos reparos para restabelecimento do serviço de energia elétrica, no prazo indicado na sentença.

Nesse contexto, é certo que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo exame

do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Além disso, a suscitada violação do art. 7º do CDC; dos arts. 1º, 6º, § 3º, II, 29 e 31 da Lei 8.987/1995; dos arts. 2º e 3º, I e IV, da Lei 9.427/1996; e dos arts. 2º, 3º, IV e V, 4º, IV, VII e XV, e 16, I e II, do Anexo I do Decreto Federal 2.335/1997 foi deduzida de modo genérico, o que justifica a aplicação da Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Por fim, mesmo que o Recurso Especial pudesse ser conhecido (e não há qualquer possibilidade para tanto), o acórdão recorrido está alinhado à legislação de proteção do consumidor e à jurisprudência do STJ. À vista dessas premissas legislativas e jurisprudenciais, importa lembrar, em *obiter dictum*, que, como se sabe, todos os contratos de concessão de serviço público, assim como as normas administrativas editadas pelas Agências Reguladoras, subordinam-se ao princípio da legalidade e ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, estatuto maior de controle de abusos praticados no mercado de consumo.

Descabe fazer uso da chamada discricionariedade técnica para, pela porta dos fundos – por meio de artifícios incompatíveis com o legal, o razoável, o justo, a boa-fé, a dignidade humana –, negar direitos e obrigações estabelecidos na ordem jurídica com o desiderato de proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Logo, sempre que necessário, o Judiciário não só pode, como deve, intervir preventiva, reparatória e repressivamente, de modo a assegurar a inteireza dos direitos dos consumidores e de outros sujeitos débeis, prerrogativa essa perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes. Tudo e todos se submetem a controle judicial, uma das garantias primordiais do Estado Democrático e Social de Direito. Por conseguinte, no Brasil a regra geral é a inexistência de “zonas de total intocabilidade judicial”, espaços livres para o absolutismo do Administrador ou de agentes econômicos dominantes, em afronta ao *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e, no caso do consumidor, do direito básico a “acesso aos órgãos judiciários” (art. 6º, VII, do CDC).

Ainda em *obiter dictum*, acrescente-se que a autoridade e a legitimidade das Agências Reguladoras e de órgãos públicos similares se fortalecem quando sua ação regulatória, fiscalizatória e técnica segue os mandamentos constitucionais e legais vigentes, não quando deles se afasta, ou quando transforma em pantomima os valores superiores da ordem jurídica em vigor. Do contrário, teríamos a multiplicação, em plena República, de “pequenos imperadores incontidos” ou “senhores de guetos administrativos de injuricidade”, sem voto e sem jurisdição, mas com voz e poderes imensos, capazes de enfraquecer, inviabilizar ou derrubar vitais conquistas sociais legisladas, inclusive aquelas reconhecidas por precedentes dos Tribunais.

Por outro lado, a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) deve ser aplicada e interpretada de maneira compatível com a principiologia e os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, estatuto de regência de todos os

negócios de consumo, por isso mesmo denominado de “Código”. Aliás, consoante a própria Lei 8.987/95, “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, *nas normas pertinentes* e no respectivo contrato” (art. 6º, *caput*, grifo acrescentado). A mais “pertinente” de todas as normas vem a ser precisamente o CDC, com ênfase para preceito específico sobre os serviços públicos, prestados diretamente pelo Estado ou pelas “suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento”, que devem ser “adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (art. 22 do CDC). Então, inconcebível, a qualquer título ou pretexto, falar em sobreposição, supremacia ou hegemonia das normas de caráter regulatório em prejuízo das do CDC. Energia e água, ninguém duvida, são serviços essenciais (*rectius*, essencialíssimos), nos termos dos arts. 6º, X, e 22 do CDC. Sem eles, a dignidade da pessoa humana é, direta e profundamente, afetada e comprometida, tanto pior quando se paga por serviço público que não se recebe ou, quando fornecido, o é de maneira esporádica, imprevisível ou sem a mínima qualidade.

Ante o exposto, *nego provimento ao Agravo Interno*.

É como voto.

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 2.018.450 / RJ

Número Registro: 2021/0346212-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**Número de Origem: 0008301-03.2015.8.19.0002 00083010320158190002
202124508852 83010320158190002**

Sessão Virtual de 04/10/2022 a 10/10/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ADVOGADOS: GUSTAVO ANTÔNIO FERES PAIXÃO - RJ095502

LEONARDO MOBARAK ANDRADE GOMES - RJ131448

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR – CONTRATOS DE CONSUMO –
FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ADVOGADOS: GUSTAVO ANTÔNIO FERES PAIXÃO - RJ095502

LEONARDO MOBARAK ANDRADE GOMES - RJ131448

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 04/10/2022 a 10/10 /2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 11 de outubro de 2022.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 2045422 / RIO DE JANEIRO
(2021/0404089-6)**

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: CONSÓRCIO INTERSUL DE TRANSPORTES

AGRAVANTE: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

OUTRO NOME: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADOS: SÉRGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSÉ FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. OPERAÇÃO DA LINHA 462 (SÃO CRISTÓVÃO X COPACABANA) REDUÇÃO DA FROTA EM CIRCULAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS COMPROVADOS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO VERIFICADA. OFENSA AOS ARTS. 22 DO CDC 186, 188, 927 e 944 DO CC/2002. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Real Auto Ônibus Ltda. e Consórcio Intersul objetivando a condenação para que a empresa opere o trajeto, frota e horários determinados pelo poder concedente para a linha 462 (São Cristóvão X Copacabana – via Túnel Rebouças – circular). Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada para que a empresa regularize o trajeto, frota e horários determinados pela SMTR, da linha 462, sob pena de multa por ocorrência, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); indenizar os consumidores pelos danos materiais e morais com valores a serem apurados na liquidação de sentença e pagamento

de dano moral coletivo no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) acrescidos de juros a contar da citação e correção monetária a partir da data do arbitramento. No STJ, em decisão monocrática de minha lavra, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar parcial provimento, apenas para determinar que a fixação dos juros moratórios observe a tese fixada no REsp n. 1.495.146/MG, Tema n. 905/STJ.

II - Em relação à indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015, pelo Tribunal *a quo*, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, porquanto o Tribunal de origem analisou suficientemente o caso em questão, especialmente apontando que (fl. 692): “[...] Da prova colhida, restou constatado, de acordo com fiscalização efetuada pela Secretaria Municipal de Transportes - SMTR, em 27/5/2014, que a linha de ônibus 462 (São Cristóvão x Copacabana – via Túnel Rebouças – circular), operava com 59% da frota determinada, com redução de 17 para apenas 10 veículos, ocasião em que a empresa foi multada por funcionar abaixo do limite de 80% permitido. Observa-se que nas vistorias realizadas nas datas de 07/10/2014, 25/5/2015, 22/6/2015, 08/9/2015, 09/9/2015, 31/7/2015, 09/9/2015, 19/5/2016, 29/8/2016 e 09/11/2016, foi atestado que concessionária continuava operando abaixo do limite de 80% permitido, mesmo após a autorização de redução da frota para 14 veículos pela SMTR (ind. 15 – fls. 36/37; 51/52; 68/67; 81; 83; 84; 102/103; 108/109; 128/129; 139/140). Cabe ressaltar que os mapas operacionais, produzidos unilateralmente por funcionários da parte ré, não são suficientes para contestar o resultado das fiscalizações efetuadas pela SMTR (ind. 15 – fls. 56). Registra-se que foi deferida a tutela de urgência, sendo a decisão mantida no julgamento do agravo 0002365-32.2017.8.19.0000, para determinar que a parte ré fornecesse adequadamente o serviço referente à linha 462, disponibilizando a quantidade de veículos fixada pelo Poder Concedente, com horários estabelecidos, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por ocorrência. Nesse contexto, merece reforma a sentença recorrida para reconhecer existência de dano moral coletivo. As provas produzidas são suficientes para demonstrar a ineficiência do serviço prestado em desacordo com as exigências legais. [...]” Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

III - Quanto à alegação de violação do art. 22 do CDC, bem como dos arts.186, 188, 927 e 944 do Código Civil/2002, constata-se que o cerne da pretensão recursal consiste em afastar a prática de ato ilícito indenizável, o que vai de encontro aos fundamentos de que partiu o Tribunal de origem, que concluiu pela ineficiência do serviço prestado, configurando-se ilícito indenizável, inclusive a título de compensação por dano moral coletivo, conforme trecho do acórdão recorrido acima transcrito. Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

IV - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 03/11/2022 a 09/11/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 09 de novembro de 2022.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2045422 / RIO DE JANEIRO (2021/0404089-6)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: CONSÓRCIO INTERSUL DE TRANSPORTES

AGRAVANTE: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

OUTRO NOME: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADOS: SÉRGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSÉ FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. OPERAÇÃO DA LINHA 462 (SÃO CRISTÓVÃO X COPACABANA) REDUÇÃO DA FROTA EM CIRCULAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS COMPROVADOS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO VERIFICADA. OFENSA AOS ARTS. 22 DO CDC 186, 188, 927 e 944 DO CC/2002. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Real Auto Ônibus Ltda. e Consórcio Intersul objetivando a condenação para que a empresa opere o trajeto, frota e horários determinados pelo poder concedente para a linha 462 (São Cristóvão X Copacabana – via Túnel Rebouças – circular). Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada para que a empresa regularize o trajeto, frota e horários determinados pela SMTR, da linha 462, sob pena de multa por ocorrência, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); indenizar os consumidores pelos danos materiais e morais com valores a serem apurados na liquidação de sentença e pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil

reais) acrescidos de juros a contar da citação e correção monetária a partir da data do arbitramento. No STJ, em decisão monocrática de minha lavra, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar parcial provimento, apenas para determinar que a fixação dos juros moratórios observe a tese fixada no REsp n. 1.495.146/MG, Tema n. 905/STJ.

II - Em relação à indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015, pelo Tribunal *a quo*, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, porquanto o Tribunal de origem analisou suficientemente o caso em questão, especialmente apontando que (fl. 692): “[...] Da prova colhida, restou constatado, de acordo com fiscalização efetuada pela Secretaria Municipal de Transportes - SMTR, em 27/5/2014, que a linha de ônibus 462 (São Cristóvão x Copacabana – via Túnel Rebouças – circular), operava com 59% da frota determinada, com redução de 17 para apenas 10 veículos, ocasião em que a empresa foi multada por funcionar abaixo do limite de 80% permitido. Observa-se que nas vistorias realizadas nas datas de 07/10/2014, 25/5/2015, 22/6/2015, 08/9/2015, 09/9/2015, 31/7/2015, 09/9/2015, 19/5/2016, 29/8/2016 e 09/11/2016, foi atestado que concessionária continuava operando abaixo do limite de 80% permitido, mesmo após a autorização de redução da frota para 14 veículos pela SMTR (ind. 15 – fls. 36/37; 51/52; 68/67; 81; 83; 84; 102/103; 108/109; 128/129; 139/140). Cabe ressaltar que os mapas operacionais, produzidos unilateralmente por funcionários da parte ré, não são suficientes para contestar o resultado das fiscalizações efetuadas pela SMTR (ind. 15 – fls. 56). Registra-se que foi deferida a tutela de urgência, sendo a decisão mantida no julgamento do agravo 0002365-32.2017.8.19.0000, para determinar que a parte ré fornecesse adequadamente o serviço referente à linha 462, disponibilizando a quantidade de veículos fixada pelo Poder Concedente, com horários estabelecidos, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por ocorrência. Nesse contexto, merece reforma a sentença recorrida para reconhecer existência de dano moral coletivo. As provas produzidas são suficientes para demonstrar a ineficiência do serviço prestado em desacordo com as exigências legais. [...]” Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

III - Quanto à alegação de violação do art. 22 do CDC, bem como dos arts. 186, 188, 927 e 944 do Código Civil/2002, constata-se que

o cerne da pretensão recursal consiste em afastar a prática de ato ilícito indenizável, o que vai de encontro aos fundamentos de que partiu o Tribunal de origem, que concluiu pela ineficiência do serviço prestado, configurando-se ilícito indenizável, inclusive a título de compensação por dano moral coletivo, conforme trecho do acórdão recorrido acima transcrito. Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

IV - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática de minha lavra, que conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar parcial provimento, apenas para determinar que a fixação dos juros moratórios observe a tese fixada no REsp n. 1.495.146/MG, Tema n. 905/STJ.

Nas razões do agravo interno, a parte sustenta, em síntese, os seguintes argumentos:

[...]

25. A primeira omissão do v. acórdão recorrido está na afirmação de que teria sido constatada a insatisfatória prestação do serviço público em 10 vistorias, realizadas entre 2014 e 2016.

[...]

27. Ocorre que, para chegar a essa conclusão, o v. acórdão deixou de observar que, tal como alertado nas contrarrazões à apelação (fls. 640/653, dos autos de origem), a eventual operação da linha 462 com 10 ônibus seria incapaz de prejudicar os usuários, pois a frota mínima estava visível e comprovadamente superdimensionada. Tanto é assim que a frota foi reduzida pelo Poder Concedente, estabelecendo-se a “Frota Determinada” em 10 ônibus, com a consequente frota operacional de 8 ônibus.

[...]

29. Com a “Frota Determinada” de 10 coletivos, em conformidade com o item 2.5 do anexo VIII do edital de licitação, a frota operante da linha 462 deve observar (a) nos dias de semana, o mínimo de 8 coletivos (80% de “Frota Determinada”); (b) nos sábados, o mínimo de 5 coletivos (50% de “Frota Determinada”); e (c) nos domingos e feriados, o mínimo de 4 coletivos (40% da “Frota Determinada”).

30. Omisso, portanto, o v. acórdão que deixou de analisar o argumento de que sempre foi plenamente atendido o princípio da eficiência e respeitadas as normas do direito do consumidor, já que no período das vistorias realizadas a frota estava superdimensionada, tal como reconhecido pelo Poder Concedente, não tendo sido causado nenhum dano aos usuários –o que justificou, inclusive, a sua redução e ajuste pelo Poder Concedente.

[...]

31. Não obstante, a r. decisão agravada comete o mesmíssimo equívoco ao afirmar ter a questão sido suficientemente analisada pelo v. acórdão recorrido, transcrevendo trecho onde em momento algum se faz referência ao fato incontroverso que a frota de ônibus da linha 462 foi reduzida pelo Secretaria Municipal de Transportes

para apenas 10 ônibus, de modo que não há qualquer irregularidade na prestação do serviço. Veja-se:

[...]

33. Mas não foi só. Logo no início de sua fundamentação, o v. acórdão de fls. e-STJ 687/699 afirmou que “a relação jurídica existente entre as partes sujeita-se às regras da Lei 8.078/90, sendo aplicável a responsabilidade civil objetiva, na qual se exige tão somente a prova do dano e do nexo de causalidade.” (fls. e-STJ 691 – grifou-se)

34. Ou seja, reconheceu que, para condenar os agravantes a qualquer indenização, seria necessária a existência não somente de prova do dano, como também de ligação entre os atos por eles praticados que pudessem ensejar qualquer tipo de prejuízo.

35. No entanto, de maneira contraditória, apesar de reconhecer ser indispensável a prova do dano, o v. acórdão condenou os agravantes ao pagamento de dano moral sem qualquer prova do dano, o que vai de encontro com o art. 944 do Código Civil.

[...]

37. Não há, contudo, qualquer prova do dano individual ou coletivo, embora o próprio acórdão tenha considerado este um requisito essencial para a aplicação da responsabilidade objetiva.

[...]

41. Com efeito, o mapa operacional apresentado pelos agravantes (fls. 322/347, dos autos de origem) e as demais provas produzidas revelam que, em diversas ocasiões, a linha 462 é operada até mesmo com o quantitativo significativamente superior à frota operacional mínima.

42. Resta mais que comprovado, assim, que nunca houve prejuízo aos usuários, pois o serviço prestado atende precisamente aos parâmetros estipulados pela Secretaria Municipal de Transportes.

[...]

44. Esqueceu, contudo, que o MINISTÉRIO PÚBLICO nunca fez qualquer prova, contestando a veracidade ou questionando os mapas operacionais, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 373, I, do CPC.

45. Na verdade, como bem destacou o relatório do v. acórdão recorrido, “[e]m provas, o autor informou que não havia mais provas a produzir” (fls. 689). Ora, se as provas produzidas pelos agravantes não foram questionadas ou impugnadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, não tendo, ainda, havido qualquer prova em sentido contrário, não há como afastar a credibilidade dos mapas operacionais

apresentados, que atestam cabalmente a eficiência do serviço público prestado.

46. Veja-se que não se pede para que esse e. STJ se debruce sobre provas e analise o mérito da questão. Se pede, apenas e tão somente, que se reconheça que a omissão aqui tratada, relativa à não impugnação das provas apresentadas pelos agravantes, é relevantíssima, motivo pelo qual a matéria precisava ter sido examinada pelo v. acórdão recorrido. Como não o foi, patente a violação do art. 1.022, II, do CPC.

[...]

52. Aqui, repita-se, não houve prejuízo aos usuários porque a frota estava superdimensionada, o que foi logo reconhecido pelo Poder Concedente, competente para dispor sobre questões relativas à concessão, que logo em seguida reduziu a frota. Enquanto há prova da eficiência da prestação do serviço, não há prova alguma de qualquer dano causado.

53. E, caso reconhecida a falha na prestação do serviço (quod non), não há “razoável significância”, que “desborde os limites da tolerabilidade”. Não há sequer reclamação de consumidores nos autos.

[...]

59. Veja-se que o art. 22 do CDC, utilizado como embasamento pelo v. acórdão recorrido, expressamente dispõe que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” (grifou-se).

60. Ora, a conduta dos agravantes foi, justamente, a tratada pelo dispositivo: prestar o serviço de acordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes, de maneira eficiente e contínua, sendo certo que não se pode considerar eficiente o emprego de uma frota que, poucos meses depois, foi considerada superdimensionada e sensivelmente reduzida pelo Poder Concedente, para quase metade dos veículos anteriormente previstos.

[...]

64. Dessa forma, inexistente prática abusiva, tampouco direito dos consumidores a indenização, seja ela material ou moral, tendo sido, claramente, violados os arts. 186, 188, 927 e 944 do Código Civil, pois foi concedida indenização (moral e material) sem que tenha havido ato ilícito, tampouco qualquer prova efetiva de dano.

[...]

69. No caso vertente, não restam dúvidas de que se invoca a violação a direito de natureza individual homogênea. Isso porque a causa de pedir reside na suposta prestação irregular do serviço, de cuja ilegalidade não pode resultar outras consequências danosas senão aquelas eventualmente experimentadas por quem, concretamente, tenha tentado utilizar-se da linha 462 e, diante da suposta ineficiência da prestação do serviço, tenha sofrido algum suposto dano, a ser comprovado.

[...]

73. Assim, ainda que se admita a possibilidade de condenação por dano moral coletivo, o que se faz pelo princípio da eventualidade, certo é que não há nesta demanda a incidência de dano moral, pois ausente o abalo da coletividade, em flagrante violação aos dispositivos da lei federal acima referidos.

[...]

Na origem, trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Real Auto Ônibus Ltda. e Consórcio Intersul objetivando a condenação para que a empresa opere o trajeto, frota e horários determinados pelo poder concedente para a linha 462 (São Cristóvão X Copacabana – via Túnel Rebouças – circular). Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada para que a empresa regularize o trajeto, frota e horários determinados pela SMTR, da linha 462, sob pena de multa por ocorrência, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); indenizar os consumidores pelos danos materiais e morais com valores a serem apurados na liquidação de sentença e pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) acrescidos de juros a contar da citação e correção monetária a partir da data do arbitramento.

No STJ, em decisão monocrática de minha lavra, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar parcial provimento, apenas para determinar que a fixação dos juros moratórios observe a tese fixada no REsp n. 1.495.146/MG, Tema n. 905/STJ.

É o relatório.

VOTO

As razões do agravo interno não são suficientes para reformar as conclusões da decisão agravada, merecendo ser mantida pelos seus fundamentos.

Em relação à indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015, pelo Tribunal *a quo*, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, porquanto o Tribunal de origem analisou suficientemente o caso em questão, especialmente apontando que (fl. 692):

[...]

Da prova colhida, restou constatado, de acordo com fiscalização efetuada pela Secretaria Municipal de Transportes - SMTR, em 27/5/2014, que a linha de ônibus 462 (São Cristóvão x Copacabana – via Túnel Rebouças – circular), operava com 59% da frota determinada, com redução de 17 para apenas 10 veículos, ocasião em que a empresa foi multada por funcionar abaixo do limite de 80% permitido.

Observa-se que nas vistorias realizadas nas datas de 07/10/2014, 25/5/2015, 22/6/2015, 08/9/2015, 09/9/2015, 31/7/2015, 09/9/2015, 19/5/2016, 29/8/2016 e 09/11/2016, foi atestado que concessionária continuava operando abaixo do limite de 80% permitido, mesmo após a autorização de redução da frota para 14 veículos pela SMTR (ind. 15 – fls. 36/37; 51/52; 68/67; 81; 83; 84; 102/103; 108/109; 128/129; 139/140).

Cabe ressaltar que os mapas operacionais, produzidos unilateralmente por funcionários da parte ré, não são suficientes para contestar o resultado das fiscalizações efetuadas pela SMTR (ind. 15 – fls. 56).

Registra-se que foi deferida a tutela de urgência, sendo a decisão mantida no julgamento do agravo 0002365-32.2017.8.19.0000, para determinar que a parte ré fornecesse adequadamente o serviço referente à linha 462, disponibilizando a quantidade de veículos fixada pelo Poder Concedente, com horários estabelecidos, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por ocorrência.

Nesse contexto, merece reforma a sentença recorrida para reconhecer existência de dano moral coletivo. As provas produzidas são suficientes para demonstrar a ineficiência do serviço prestado em desacordo com as exigências legais.

[...]

Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 1.022 do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/1973. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ERRO JUDICIÁRIO NÃO CARACTERIZADO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2).

2. Referente ao art. 535, II do CPC/1973, inexistente a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

(...)

4. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 941.782/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 24/09/2020.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SERVIDORES, ANUÊNIOS. BASE DE CÁLCULO REAJUSTADA PELO ÍNDICE 28,86%. RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - SÚMULA 7 DO STJ.

1. Inexistente contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973, quando a Corte local decide fundamentadamente todas as questões postas

ao seu exame. Ademais, não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional.

(...)

6. Agravo interno a que se nega provimento. (AglInt no REsp n. 1.385.196/PR, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 31/8/2020, DJe 10/9/2020.)

Nesse contexto, verifica-se que a alegada omissão quanto ao superdimensionamento da frota da linha de ônibus 462 consistiu, em verdade, em discordância com a conclusão a que chegou o Tribunal de origem.

Por fim, sobre as alegadas omissões consistentes em argumentos de que não houve dano indenizável e de que houve o cumprimento das obrigações na prestação do serviço, bem como o afastamento da condenação em dano moral coletivo, foram apreciados e rejeitados pelo Tribunal de origem, tal como o pleito acerca dos juros, que foi objeto da parte dispositiva.

De qualquer sorte, consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o julgador não está obrigado a abordar ou a rebater, um a um, todos os argumentos ou todos os dispositivos de lei invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação suficiente para dirimir a controvérsia; devendo, assim, enfrentar as questões relevantes imprescindíveis à resolução do caso.

Quanto à alegação de violação do art. 22 do CDC, bem como dos arts. 186, 188, 927 e 944 do Código Civil/2002, constata-se que o cerne da pretensão recursal consiste em afastar a prática de ato ilícito indenizável, o que vai de encontro aos fundamentos de que partiu o Tribunal de origem, que concluiu pela ineficiência do serviço prestado, configurando-se ilícito indenizável, inclusive a título de compensação por dano moral coletivo, conforme trecho do acórdão recorrido acima transcrito.

Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

**TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

AgInt no AREsp 2.045.422 / RJ

Número Registro: 2021/0404089-6

PROCESSO ELETRÔNICO

**Número de Origem: 0398701-56.2016.8.19.0001 03987015620168190001
202124511434 398701-56.2016.8.19.0001 3987015620168190001**

Sessão Virtual de 03/11/2022 a 09/11/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: CONSÓRCIO INTERSUL DE TRANSPORTES

AGRAVANTE: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

OUTRO NOME: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADOS: SÉRGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSÉ FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO
PÚBLICO – SERVIÇOS – CONCESSÃO / PERMISSÃO / AUTORIZAÇÃO –
TRANSPORTE TERRESTRE**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: CONSÓRCIO INTERSUL DE TRANSPORTES

AGRAVANTE: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

OUTRO NOME: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADOS: SÉRGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSÉ FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 03/11/2022 a 09/11/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 10 de novembro de 2022.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL

SENTENÇA DE 7 DE SETEMBRO DE 2021 (*Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*)

No caso *Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes Juízes*:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;
L. Patricio Pazmiño Freire, Vice-Presidente;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz, e
Ricardo Pérez Manrique, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Romina I. Sijniensky, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento” ou “o Regulamento da Corte”), profere a presente Sentença, que se estrutura na seguinte ordem:

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III. COMPETÊNCIA

IV. EXCEÇÕES PRELIMINARES

A. ALEGADA INCOMPETÊNCIA *RATIONE TEMPORIS* A RESPEITO DE FATOS ANTERIORES À DATA DO RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA CORTE

A.1. Alegações das partes e da Comissão

A.2. Considerações da Corte

B. ALEGADA FALTA DE ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS

B.1. Alegações das partes e da Comissão

B.2. Considerações da Corte

V. CONSIDERAÇÃO PRÉVIA

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES E DA COMISSÃO

B. CONSIDERAÇÕES DA CORTE

VI. PROVA

A. ADMISSIBILIDADE DA PROVA DOCUMENTAL

B. ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

VII. FATOS

A. O CONTEXTO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

B. O MARCO NORMATIVO RELEVANTE

C. O HOMICÍDIO DE MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA

D. OS PROCESSOS INTERNOS

D.1. As investigações conduzidas pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado da Paraíba a respeito de Aécio Pereira de Lima

D.2. As investigações conduzidas pela Polícia Civil em relação a D.D.P.M., M.D.M., L.B.S. e A.G.A.M.

VIII. MÉRITO

VIII-1. DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS, À IGUALDADE PERANTE A LEI E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA, AO DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO E ÀS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 7 DA CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES E DA COMISSÃO

B. CONSIDERAÇÕES DA CORTE

B.1. A alegada aplicação indevida da imunidade parlamentar

a. Conceito e regulamentação da imunidade parlamentar

b. A aplicação da imunidade parlamentar processual em relação ao processo penal iniciado a partir do homicídio de Márcia Barbosa de Souza

B.2. A alegada falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos

B.3. A alegada violação da garantia do prazo razoável

B.4. A alegada utilização de estereótipos de gênero nas investigações

B.5. Conclusão

VIII-2. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES DE MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES E DA COMISSÃO

B. CONSIDERAÇÕES DA CORTE

IX. REPARAÇÕES

A. PARTE LESADA

B. OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR OS FATOS E IDENTIFICAR, JULGAR E, SE FOR O CASO, PUNIR OS RESPONSÁVEIS

C. MEDIDAS DE SATISFAÇÃO

D. MEDIDAS DE REABILITAÇÃO

E. GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

E.1. Estatísticas sobre violência de gênero

E.2. Implementação de programas de capacitação

E.3. Adoção de um protocolo estandardizado de investigação de mortes violentas de mulheres em razão de gênero

E.4. Regulamentação da imunidade parlamentar

E.5. Outras garantias de não repetição solicitadas

F. INDENIZAÇÕES COMPENSATÓRIAS

F.1 Dano material e imaterial

G. CUSTAS E GASTOS

H. REEMBOLSO DOS GASTOS AO FUNDO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DE VÍTIMAS

I. MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DOS PAGAMENTOS ORDENADOS

X. PONTOS RESOLUTIVOS

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. *O caso submetido à Corte.* – Em 11 de julho de 2019 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso “Márcia Barbosa de Souza e seus familiares a respeito da República Federativa do Brasil” (doravante denominado “o Estado”, “o Estado do Brasil”, ou “Brasil”), em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana. De acordo com a Comissão, a controvérsia se relaciona à alegada situação de impunidade em que se encontraria a morte de

Márcia Barbosa de Souza, ocorrida em junho de 1998 nas mãos de um então deputado estadual, o senhor Aécio Pereira de Lima. A Comissão determinou que: i) “a imunidade parlamentar, nos termos definidos na norma interna” provocou um atraso no processo penal de caráter discriminatório, ii) “o prazo de mais de 9 anos que durou a investigação e [o] processo penal pela morte de Márcia Barbosa de Souza resultou em uma violação à garantia de prazo razoável e uma denegação de justiça”, iii) “não foram sanadas as deficiências probatórias e nem foram esgotadas todas as linhas de investigação, sendo a situação resultante incompatível com o dever de investigar os fatos com a devida diligência”, e iv) o assassinato de Márcia Barbosa de Souza, resultante de um ato de violência, somado às falhas e atrasos nas investigações e no processo penal, violaram a integridade psíquica de seus familiares. Outrossim

2. *Trâmite perante a Comissão.* - O trâmite perante a Comissão foi o seguinte:

a. *Petição.* – Em 28 de março de 2000, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) / Regional Nordeste e o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP) apresentaram a petição inicial em representação das supostas vítimas.

b. *Relatório de Admissibilidade.* – Em 26 de julho de 2007, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 38/07 (doravante denominado “Relatório de Admissibilidade” ou “Relatório nº 38/07”), por meio do qual concluiu que a petição inicial era admissível.

c. *Relatório de Mérito.* – Em 12 de fevereiro de 2019, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito nº 10/19 (doravante denominado “Relatório de Mérito” ou “Relatório nº 10/19”), em conformidade com o artigo 50 da Convenção, no qual chegou a uma série de conclusões¹ e formulou várias recomendações ao Estado.

d. *Notificação ao Estado.* – O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 11 de abril de 2019, e lhe foi concedido um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. O Estado apresentou um relatório no qual expressou sua vontade de cumprir as recomendações, mas não realizou nenhuma proposta concreta de cumprimento. Ademais, não apresentou pedido de extensão do prazo.

¹ A Comissão concluiu que o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à igualdade e não discriminação e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 5.1, 8.1, 24 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao direito à vida (artigo 4 da Convenção) e às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo de M.B.S e S.R.S., mãe e pai de Márcia Barbosa de Souza. Outrossim, a Comissão concluiu que o Brasil violou o artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (doravante denominada “Convenção de Belém do Pará”) em relação a Márcia Barbosa de Souza.

3. *Submissão à Corte.* – Em 11 de julho de 2019 a Comissão submeteu à jurisdição da Corte Interamericana a totalidade dos fatos e supostas violações de direitos humanos descritas no Relatório de Mérito “em razão da necessidade de obtenção de justiça e reparação para as [supostas] vítimas”.²

4. *Solicitações da Comissão Interamericana.* – Com base no anterior a Comissão solicitou a este Tribunal que conclua e declare a responsabilidade internacional do Estado pelas violações incluídas em seu Relatório de Mérito (par.2.c *supra*) e ordene ao Estado as medidas de reparação que estão detalhadas e analisadas no Capítulo IX da presente Sentença. Este Tribunal nota com preocupação que, entre a apresentação da petição inicial perante a Comissão e a submissão do caso perante a Corte, transcorreram mais de 21 anos.

II

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. *Notificação ao Estado e aos representantes.* – A submissão do caso por parte da Comissão foi notificada pela Corte ao Estado e à representação das supostas vítimas³ (doravante denominados “os representantes”) em 14 de agosto de 2019.

6. *Escrito de petições, argumentos e provas.* – Em 21 de outubro de 2019, o Gabinete de Assessoria às Organizações Populares (GAJOP) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram à Corte seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento da Corte. Os representantes coincidiram substancialmente com as alegações da Comissão e solicitaram que a Corte declare a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em prejuízo de M.B.S., S.R.S. e Mt.B.S., mãe, pai e irmã da senhora Barbosa de Souza. Ademais, afirmaram que o Estado violou o artigo 5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de M.B.S, S.R.S. e Mt.B.S. De igual modo, solicitaram medidas de não repetição e que fosse ordenado ao Estado reparar as supostas vítimas de forma adequada. Outrossim, as supostas vítimas solicitaram, através de sua representação, auxílio do Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte Interamericana (doravante denominado “Fundo de Assistência da Corte” ou o “Fundo”).

7. *Escrito de contestação.* – Em 17 de fevereiro de 2020, o Estado⁴ apresentou perante a Corte seu escrito de contestação à submissão do caso e ao Relatório de Mérito

² A Comissão designou como delegada e delegado à Comissária Antonia Urrejola Noguera e ao então Secretário Executivo Paulo Abrão. Igualmente, designou como assessor(a) jurídico(a) ao/à advogado(a) da Secretaria Executiva da CIDH, Sílvia Serrano Guzmán e Henrique Napoleão Alves.

³ Os representantes das supostas vítimas são o Gabinete de Assessoria às Organizações Populares (GAJOP) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL).

⁴ Em 13 de janeiro de 2021 o Estado remeteu à Corte IDH uma lista atualizada de seus agentes designados no presente caso: Embaixador Antônio Francisco Da Costa e Silva Neto, Embaixador do Brasil em San José e Agente do Estado; Ministro João Lucas Quental Novaes de Almeida, Diretor do Departamento de Direitos Humanos e Cidadania; Ministro Marcelo Ramos Araújo, Chefe da Divisão de Direitos Humanos; Secretário

da Comissão Interamericana e ao escrito de petições e argumentos dos representantes (doravante denominado “contestação” ou “escrito de contestação”). Nesse escrito o Estado interpôs três exceções preliminares e se opôs às violações alegadas em relação aos artigos 5, 8 e 25 da Convenção, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, bem como do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Outrossim, se opôs às medidas de reparação solicitadas pelos representantes e pela Comissão.

8. *Observações às exceções preliminares.* – Em 10 e 11 de junho de 2020, os representantes e a Comissão, respectivamente, apresentaram suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado.

9. *Audiência Pública.* – Por meio da Resolução de 27 de novembro de 2020⁵, a Presidência da Corte convocou ao Estado, aos representantes e à Comissão Interamericana a uma audiência pública para receber suas alegações e observações finais orais, respectivamente, sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, bem como para receber as declarações de uma testemunha e de uma perita propostas pelos representantes; um perito proposto pelo Estado, e uma perita proposta pela Comissão. A audiência pública foi celebrada nos dias 3 e 4 de fevereiro de 2021, durante o 139º Período Ordinário de Sessões da Corte, a qual teve lugar por meio de uma plataforma de videoconferência.⁶

Ricardo Edgard Rolf Lima Bernhard, Subchefe da Divisão de Direitos Humanos; Secretário Daniel Leão Sousa, Assessor da Divisão de Direitos Humanos; Secretária Débora Antônia Lobato Cândido, Assessora da Divisão de Direitos Humanos; Secretário Lucas dos Santos Furquim Ribeiro, Setor de Direitos Humanos da Embaixada do Brasil em San José; Tonny Teixeira de Lima, Advogado da União; Dickson Argenta de Souza, Advogado da União; Taiz Marrão Batista da Costa, Advogada da União; Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega, Advogada da União; Andrea Vergara da Silva, Advogada da União; Milton Nunes Toledo Junior, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); Bruna Nowak, Coordenadora de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH; Aline Albuquerque Sant’Anna de Oliveira, Coordenadora de Assuntos Internacionais da Consultoria Jurídica do MMFDH; Juliana Mendes Rodrigues, Assessora Técnica da Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres do MMFDH; Daniele de Sousa Alcântara, Coordenadora de Políticas de Prevenção de Crimes contra a Mulher e Grupos Vulneráveis do Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP); Evandro Luiz dos Santos, funcionário do MJSP, e Joselito de Araújo Sousa, Delegado da Polícia Federal.

⁵ Cf. *Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil. Convocatória a Audiência*. Resolução da Presidenta da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 27 de novembro de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/barbosa_27_11_2020_por.pdf.

⁶ A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Joel Hernández Garcia, então Presidente da CIDH; Marisol Blanchard, Secretária Executiva Adjunta da CIDH; Jorge Meza Flores, Assessor da CIDH, e Analía Banfi Vique, Assessora da CIDH, b) pelos representantes: Beatriz Galli, CEJIL; Thaís Detoni, CEJIL; Gisela De León, CEJIL; Viviana Kristicevic, CEJIL; Rodrigo Deodado de Souza Silva, GAJOP, e Eiel David Alves da Silva, GAJOP, e c) pelo Estado: Antônio Francisco Da Costa e Silva Neto, Embaixador do Brasil na Costa Rica e Agente do caso; João Lucas Quental Novaes de Almeida, Diretor do Departamento de Direitos Humanos e Cidadania e Agente do caso; Ministro Marcelo Ramos Araújo, Chefe da Divisão de Direitos Humanos e Agente do caso; Secretária Débora Antônia Lobato Cândido, Assessora da Divisão de Direitos Humanos e Agente do caso; Secretário Lucas dos Santos Furquim Ribeiro, Setor de Direitos Humanos da Embaixada do Brasil em São José e Agente do caso; Tonny Teixeira de Lima, Advogado da União e Agente do caso; Milton Nunes Toledo Junior, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) e Agente do caso; Bruna Nowak, Coordenadora de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais de MMFDH e Agente do caso; Aline Albuquerque Sant’Anna de Oliveira, Coordenadora de Assuntos Internacionais da Consultoria Jurídica do MMFDH e Agente do caso; Juliana Mendes Rodrigues, Assessora técnica da Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres do MMFDH e Agente do caso; Daniele de Sousa

10. *Amici curiae*. – O Tribunal recebeu seis escritos de *amicus curiae* apresentados por: 1) advogadas e pesquisadoras brasileiras;⁷ 2) Clínica de Direito Internacional do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA);⁸ 3) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas;⁹ 4) Clínica Interamericana de Direitos Humanos da Universidade Federal de Rio de Janeiro;¹⁰ 5) Clínica de Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP),¹¹ e 6) Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia.¹²

11. *Alegações e observações finais escritas*. - Em 5 de março de 2021, os representantes¹³ e o Estado remeteram suas alegações finais escritas e documentos anexos, e a Comissão apresentou suas observações finais escritas.

Alcântara, Coordenadora de Políticas de Prevenção de Delitos contra a Mulher e Grupos Vulneráveis do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e Agente do caso; Evandro Luiz dos Santos, funcionário público do MJSP e Agente do caso, e Joselito de Araújo Sousa, Delegado da Polícia Federal.

⁷ O escrito foi assinado por Ramiro Gomes Von Saltiel e Ivonei Souza Trindade. O escrito descreve a ausência de tipificação do feminicídio na época dos fatos, a obrigação de investigar e a alegada responsabilidade pela violação ao direito à vida. De igual maneira, destaca a obrigação de reparar, o direito a um prazo razoável no processo penal e a alegada violação do direito ao prazo razoável no caso concreto.

⁸ O escrito foi assinado por Priscila Caneparo dos Anjos, Valentina Vaz Boni, Juliana Absher Sá e Silva, Kimberly Coelho de Oliveira e Sabrina Hatschbach Maciel. O escrito descreve a imunidade parlamentar na Constituição brasileira e a alegada violência estrutural contra a mulher no contexto brasileiro.

⁹ O escrito foi assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Jamilly Izabela de Brito Silva, Antonio Lucas Feitoza Pantoja, Fabiana Rodrigues da Rocha, Gabriel Henrique Pinheiro Andion, Isabele Augusto Vilaça, Laura Loureiro Gomes, Luana Vieira Amazonas, Luane Antella Moreira, Lucas Schneider Veríssimo de Aquino, Maiza Lima Bruce Raposo da Câmara, Mayara Ellen Lima e Silva, Raíssa de Moraes Pereira, e Rayssa Vinhote dos Santos. O escrito descreve o alegado padrão sistemático de violência de gênero no Brasil, a legislação e as políticas para o combate à violência de gênero no Brasil, a tutela penal da violência de gênero no Direito Penal brasileiro, o feminicídio e a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o alegado uso da prerrogativa política do ator do crime como fator para atrasar o processo causado pela imunidade parlamentar, e a suposta brecha existente entre as disposições normativas e a violência de gênero no Brasil.

¹⁰ O escrito foi assinado por Raisia Duarte Da Silva Ribeiro, Carolina Cyrillo, Thainá Mamede, Alissa Ishakewitsch, Giovanna Neves Barbastefano, Isadora Marques Merli, Matheus Zanon, Tayara Causamillas, Alanna Aléssia Rodrigues Pereira, Alice Mac Dowell Veras, Ana Beatriz Eufrazino De Araújo, Ana Clara Abrahão Maia Ribeiro, Ariel Linda Gomes De Oliveira, Bruno Stigert De Sousa, Camila Senatore Moore, Giulia Alves Maia, Isabelle Dianne Gibson Pereira, Izabelle Pontes Ramalho Wanderlei Monteiro, Janayna Nunes Pereira, Júlia André Roma, Júlia Vasques Siqueira, Juliana Moreira Mendonça, Juliana Santos Bezerra, Lara Campos De Paulo, Lara Ribeiro Pereira Carneiro, Larissa Emília Guilherme Ribeiro, Letícia Borges Guimarães, Liliâne Palha Velho, Lívia De Meira Lima Paiva, Luis Alves De Lima Neto, Luziane Alves De Andrade Cruz, Marcela Siqueira Miguens, Maria Pacheco Da Costa Vieira Dos Santos, Marilha Boldt, Marina Müller Dos Santos Moreira, Marina Oliveira Guimarães, Raquel Lopes Folena, Raquel Moreira Dos Santos, Sofia Travancas Vieira, Tais Alvim Vasconcellos, Tarssyo Rocha De Medeiros e Thaisa Da Silva Viana. O escrito descreve fundamentos teóricos e contextuais sobre o feminicídio e suas aplicações práticas.

¹¹ O escrito foi assinado por Maira de Amorim Rocha, Priscilla Sodré Pereira e Luciana Silva Garcia. O escrito aborda as mudanças legislativas que pretendem modificar a lei Maria da Penha, causando um suposto dano às ações de enfrentamento à violência contra a mulher.

¹² O escrito foi assinado por Bruna Matos da Silva, Bruna Rafaela de Santana Santos, Carolina Muniz de Oliveira, Christian Lopes Oliveira Alves, Eduarda da Silva Pereira dos Santos, Ianine Vitória dos Anjos, Malu Stanchi, Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos, Matheus Ferreira Gois Fontes, Thiago Silva Castro Vieira e Luiza Rosa Barbosa de Lima. O escrito descreve a alegada impunidade na luta contra a violência de gênero, atravessada por indicadores socioeconômicos, raciais e regionais.

¹³ Em suas alegações finais escritas, os representantes das supostas vítimas solicitaram à Corte a reserva dos nomes dos familiares de Márcia Babosa de Souza, em razão do temor que a exposição pública do caso poderia ter, devido à intensa cobertura midiática dos fatos e dos estereótipos de gênero que teriam sido construídos sobre a senhora Barbosa de Souza. Os representantes afirmaram, ademais, que foi também por essa razão que a mãe e a irmã de Márcia Babosa de Souza não participaram na audiência pública perante a Corte. Por último, acrescentaram que a reserva tem por finalidade “resguardar a integridade física e

12. *Observações das partes e da Comissão.* - Em 24 de março de 2021, o Estado e a Comissão se pronunciaram sobre os anexos apresentados pelos representantes. A este respeito, a Comissão indicou não ter observações.

13. *Deliberação do presente caso.* - A Corte deliberou a presente Sentença através de uma sessão virtual, durante os dias 6 e 7 de setembro de 2021.¹⁴

III COMPETÊNCIA

14. A Corte Interamericana é competente para conhecer o presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana, em virtude de que o Brasil é Estado Parte deste instrumento desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal em 10 de dezembro de 1998. Outrossim, o Estado do Brasil ratificou a Convenção de Belém do Pará em 27 de novembro de 1995.

IV EXCEÇÕES PRELIMINARES

15. No caso *sub judice*, o **Estado** interpôs como exceções preliminares: a) a alegada incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data do reconhecimento da competência da Corte, e b) a alegada falta de esgotamento dos recursos internos, as quais serão analisadas nessa ordem. O Estado também apresentou como uma exceção preliminar "a incompetência *ratione personae* quanto às vítimas não listadas no Relatório da Comissão". Posteriormente, em suas alegações finais escritas, assinalou que esta alegação correspondia, na realidade, a uma questão prévia à análise de mérito. A Corte faz notar que, de acordo com sua jurisprudência constante, essa alegação não constitui uma exceção preliminar, toda vez que sua análise não pode resultar na inadmissibilidade do caso ou na incompetência deste Tribunal para conhecê-lo. Por isso, a Corte examinará esse tema no capítulo seguinte, como consideração prévia.¹⁵

psicológica da família de Márcia Barbosa, assim como evitar sua revitimização, frente à sensibilidade do caso", e, portanto, solicitaram que a Corte, na Sentença e documentos posteriores, passe a se referir aos familiares da senhora Barbosa de Souza apenas por suas iniciais. A este respeito, a Corte considera que a reserva da identidade dos familiares em questão é procedente e deverá ser respeitada, tanto no âmbito do presente processo perante a Corte no tocante às declarações ou informação que qualquer uma das partes torne pública sobre o caso.

¹⁴ Esta Sentença foi deliberada e aprovada durante o 143º Período Ordinário de Sessões, o qual foi levado a cabo de forma não presencial, utilizando-se de meios tecnológicos de acordo com o estabelecido no Regulamento da Corte, devido às circunstâncias excepcionais ocasionadas pela pandemia COVID-19.

¹⁵ Cf. *Caso Rodríguez Revolorio e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C Nº 387, par. 18, e *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C Nº 407, par. 16.

A. Alegada incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data do reconhecimento da competência da Corte

A.1. Alegações das partes e da Comissão

16. O Estado solicitou que a Corte declare sua incompetência *ratione temporis* a respeito das supostas violações de direitos humanos ocorridas antes de 10 de dezembro de 1998. Em particular, afirmou que a Corte Interamericana tem competência *ratione temporis* para examinar apenas as alegadas violações aos artigos 8 e 25 da Convenção em processos que houvessem iniciado depois de 10 de dezembro de 1998. Nesse sentido, argumentou que somente estariam sujeitas à competência da Corte eventuais violações vinculadas a processos judiciais iniciados posteriormente à data indicada em sua declaração de reconhecimento de competência da Corte, de forma que “os processos penais iniciados antes do prazo estabelecido, ainda que continuem depois dessa data, não podem ser invocados”.

17. Os representantes afirmaram que, de acordo com os termos da aceitação da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil, “a Corte é competente para conhecer todos os fatos ocorridos depois de 10 de dezembro de 1998, ainda quando o início de sua execução for anterior a esta data”. Outrossim, indicaram que, após a referida data, “ocorreram vários eventos autônomos no âmbito do processo judicial que geraram violações dos direitos das [supostas] vítimas [...]”.

18. A Comissão observou que, ao considerar que o Brasil aderiu à Convenção Americana anos antes de aceitar a competência contenciosa da Corte, a competência temporal do Tribunal é mais limitada do que aquela da Comissão quando analisou o presente caso. Afirmou que um ato ocorrido antes da data de ratificação da competência da Corte não deve ser excluído de qualquer consideração quando possa ser relevante para a determinação sobre o ocorrido. Assim, sublinhou que a Corte tem competência para pronunciar-se sobre os fatos que teriam resultado na alegada responsabilidade do Estado pela suposta situação de impunidade em que se encontra a morte da suposta vítima e as alegadas violações aos direitos de seus familiares, bem como para conhecer sobre as circunstâncias relativas à morte de Márcia Barbosa na medida em que são relevantes como antecedentes em função das consequências jurídicas derivadas desta morte para o Estado em matéria de seu dever de investigação. Adicionalmente, argumentou que a Corte também seria competente para pronunciar-se sobre as alegadas omissões e falências nas diligências iniciais, uma vez que as mesmas podem ter gerado efeitos jurídicos em relação às obrigações do Estado na condução da investigação e a alegada situação de impunidade em que se encontram os fatos.

A.2. Considerações da Corte

19. A Corte faz notar que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, e a Convenção Interamericana

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em 27 de novembro de 1995. Posteriormente, em 10 de dezembro de 1998, o Estado do Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana. A este respeito, este Tribunal recorda que, em sua declaração, o Brasil assinalou que a Corte teria competência a respeito de “fatos posteriores” a este reconhecimento. Os termos do reconhecimento de competência feito pelo Estado do Brasil são os seguintes:

O Governo da República Federativa do Brasil declara que *reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 dessa mesma Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.*¹⁶ (Sem ênfase no original)

20. A Corte reitera que não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção Americana e declarar uma violação a suas normas em relação a fatos alegados ou condutas do Estado ocorridos com anterioridade a este reconhecimento de competência, que poderiam implicar sua responsabilidade internacional, como afirmado em casos anteriores contra o Estado do Brasil.¹⁷

21. Por outro lado, em sua jurisprudência constante a Corte estabeleceu que atuações judiciais ou relacionadas com um processo de investigação podem constituir fatos violadores independentes e configurar “violações específicas e autônomas de denegação de justiça”.¹⁸ Assim, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre alegadas violações referentes a atos ou decisões em processos judiciais que ocorreram posteriormente à data do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, ainda quando o processo judicial tenha tido início em uma data anterior a tal reconhecimento de competência.

22. A Corte observa que tanto a Comissão como os representantes afirmaram não pretender que se declare a responsabilidade internacional do Estado por fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Em consideração dos critérios expostos, o Tribunal tem competência para analisar as supostas atuações e omissões do Estado

¹⁶ Cf. OEA, *Informação Geral do Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

¹⁷ Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, par. 16; *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C Nº 318, par. 63; *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C Nº 346, par. 31, e *Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C Nº 353, par. 27.

¹⁸ *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118, par. 84, e *Caso Herzog e outros Vs. Brasil, supra*, par. 28.

que tiveram lugar durante as investigações e o processo penal relacionados com o alegado homicídio de Márcia Barbosa de Souza, com posterioridade ao dia 10 de dezembro de 1998, tanto em relação à Convenção Americana como a respeito do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

23. Em atenção ao anterior, o Tribunal reafirma sua jurisprudência pacífica sobre esse tema e considera parcialmente fundada a exceção preliminar.

B. Alegada falta de esgotamento dos recursos internos

B.1. Alegações das partes e da Comissão

24. O *Estado* argumentou que, pese a existência de recursos internos adequados, os representantes não procederam a esgotá-los nem tampouco demonstraram seu esgotamento em sua petição inicial apresentada perante a Comissão. Acrescentou que, quanto ao processo penal, no momento da apresentação da petição perante a Comissão, no ano 2000, não haviam sido esgotados os recursos internos para a sanção dos responsáveis pela morte de Márcia Barbosa. Afirmou que alguns dos recursos internos foram esgotados durante o trâmite do caso perante a Comissão, muitos anos depois da notificação do caso ao Estado. Outrossim, afirmou que, durante a tramitação do caso perante a Comissão, foram colocados à disposição das supostas vítimas os recursos internos necessários para a proteção de todos os direitos supostamente violados. Especificou que havia vários recursos internos adequados e eficazes para o esclarecimento dos fatos e atribuição de responsabilidades, e que não houve atos estatais dirigidos a impedir o acesso a estes recursos. Argumentou que alguns destes recursos inclusive haviam sido esgotados, sem que tivesse havido qualquer atraso injustificado. Salientou, ademais, que não esteve presente a exceção ao esgotamento dos recursos da demora injustificada, uma vez que a complexidade do caso justifica o tempo transcorrido entre os fatos e a sentença condenatória.

25. Os *representantes* sublinharam que a análise sobre a admissibilidade de um caso é de responsabilidade, principalmente, da Comissão Interamericana, salvo em casos de erros graves que violem o direito de defesa das partes, o que não ocorreu neste caso. Indicaram que em suas primeiras manifestações perante a Comissão, o Estado não fez nenhuma menção à falta de esgotamento dos recursos internos, o que teria significado uma renúncia tácita a esta exceção preliminar. Afirmaram, ademais, que a única defesa do Estado em relação à admissibilidade do caso foi apresentada em 17 de julho de 2007, dias antes da aprovação do Relatório de Admissibilidade. Afirmaram que tanto na data de submissão do caso, como na data da análise de admissibilidade por parte da Comissão, estavam presentes as exceções ao esgotamento de recursos internos previstas nas alíneas b e c do artigo 46.2 da Convenção Americana, respectivamente. Os representantes, outrossim, argumentaram que, no momento da apresentação da petição inicial perante a Comissão, configurava-se a exceção da impossibilidade de esgotar recursos internos, toda vez que a Assembleia Legislativa

do Estado da Paraíba, por duas vezes, não havia autorizado o início do processo penal. Ademais, alegaram que no momento da aprovação do Relatório de Admissibilidade do caso, foi configurada a demora injustificada na tramitação do processo judicial. Por último, afirmaram que o Estado estaria violando o princípio do *estoppel*, ao não ter alegado perante a Comissão que o atraso injustificado deveria ser analisado levando em consideração o “[...] lapso temporal entre a data dos fatos e o momento da apresentação da petição [...]”, e agora faça essa alegação perante a Corte.

26. A Comissão recordou que os recursos internos devem estar esgotados, ou deve ser aplicável alguma das exceções do artigo 46.2 da Convenção Americana, no momento da decisão sobre a admissibilidade do caso, e não necessariamente no momento da apresentação da petição. Ressaltou que em seu Relatório de Admissibilidade manifestou-se sobre a procedência da exceção prevista no artigo 46.2(c) da Convenção Americana, relativa ao atraso injustificado, em virtude de que apenas em julho de 2005¹⁹ foi apresentada a acusação formal contra o então deputado estadual, e que, no momento da elaboração deste relatório, haviam transcorrido mais de oito anos desde o referido homicídio sem que o responsável houvesse sido determinado. A Comissão considerou razoável o prazo de apresentação da petição, pois naquele momento haviam transcorrido dois anos desde o homicídio da senhora Barbosa de Souza, sem que o correspondente processo judicial doméstico houvesse sido levado a cabo. Quanto a eventuais recursos no âmbito civil, assinalou que não teve a oportunidade de analisá-los durante a etapa de admissibilidade do caso, uma vez que o Estado apenas havia mencionado de maneira genérica que existiria uma ação civil de reparação e que esta era independente do processo penal, sem que houvesse identificado claramente o recurso nem oferecido informação adequada ou detalhada sobre sua regulamentação, nem provado a efetividade de um recurso específico no âmbito civil para remediar as violações alegadas pelos representantes. Por isso, considerou que a informação apresentada pelo Estado perante a Corte é extemporânea, e que, diante de violações à vida de pessoas, o recurso efetivo é a própria investigação realizada de ofício pelo Estado. Por último, aduziu que o requisito do esgotamento dos recursos internos se relaciona com os fatos que se alegam violadores dos direitos humanos e que a pretensão dos representantes sobre reparações surge da declaração de responsabilidade internacional do Estado, o que constitui uma derivação automática desta responsabilidade, de modo que não decorre da Convenção Americana a obrigação de que sejam esgotados mecanismos adicionais de reparação relacionados com fatos a respeito dos quais os recursos internos pertinentes, isto é, o processo penal, foram devidamente acionados.

¹⁹ Segundo o Relatório de Admissibilidade da CIDH citado em seu relatório de Mérito, a data de apresentação da acusação formal (“denúncia”) seria julho de 2005. No entanto, decorre do acervo probatório que esta data, em realidade, corresponde a março de 2003.

B.2. Considerações da Corte

27. A Corte recorda que o artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão, de acordo com os artigos 44 e 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos,²⁰ ou que se comprove alguma das circunstâncias excepcionais do artigo 46.2.

28. Este Tribunal determinou que o momento processual oportuno para que o Estado apresente uma eventual objeção relativa à falta de esgotamento de recursos internos é o procedimento de admissibilidade perante a Comissão.²¹ Outrossim, afirmou que o Estado que apresenta esta exceção deve especificar os recursos internos que ainda não foram esgotados e deve demonstrar que estes recursos são idôneos e efetivos.²² Por outro lado, os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade devem corresponder àqueles delineados perante a Corte.²³

29. A partir do anterior, no presente caso, a Corte considera necessário examinar se a exceção de esgotamento dos recursos internos foi interposta no momento processual oportuno. O Estado, em seu escrito de 19 de julho de 2007, alegou a falta de esgotamento dos recursos internos, ao sustentar que o processo penal continuava seu curso regular de acordo com a Constituição brasileira e a legislação interna; que não havia impedido o acesso aos recursos da jurisdição interna aos familiares da suposta vítima e que eles poderiam ter intervindo no processo penal, ou ter iniciado uma ação civil de indenização contra o senhor Aécio Pereira de Lima.²⁴ Desta forma, a Corte considera que o Estado, com efeito, interpôs a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos no momento processual oportuno, com anterioridade ao Relatório de Admissibilidade da Comissão Interamericana. O Tribunal constata, ademais, que o Estado apresentou alegações similares na etapa de admissibilidade perante a Comissão e na exceção preliminar perante a Corte, bem como especificou os recursos que, a seu critério, não haviam sido esgotados.

30. Tendo em consideração o anterior, compete à Corte determinar se, no momento da apreciação da admissibilidade por parte da Comissão, haviam sido esgotados os recursos internos ou estavam presentes alguma das justificativas previstas como exceções ao requisito do esgotamento dos recursos internos. A Corte observa

²⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 85, e *Caso Martínez Esquivia Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 6 de outubro de 2020. Série C Nº 412, par. 20.

²¹ Cf. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 88, e *Caso Moya Solís Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de junho de 2021. Série C Nº 425, par. 21.

²² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 88, e *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 30.

²³ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012 Série C Nº 246, par. 29, e *Caso Moya Solís Vs. Peru, supra*, par. 21.

²⁴ Cf. Comunicação remetida pelo Estado à Comissão Interamericana em 19 de julho de 2007 (expediente de prova, folhas 588 a 619).

que o argumento utilizado pelos representantes para justificar a apresentação da petição inicial do caso à Comissão em 28 de março de 2000²⁵ foi a impossibilidade de esgotar os recursos internos (artigo 46.2.b) da Convenção) em razão de que o início do processo penal não havia sido autorizado pela Assembleia Legislativa da Paraíba, em aplicação da imunidade parlamentar. Posteriormente, em 2 de outubro de 2006²⁶ os representantes argumentaram adicionalmente a hipótese da alínea “c” do artigo 46.2, afirmando uma excessiva demora no trâmite do processo penal que examinava o suposto homicídio de Márcia Barbosa de Souza. Em seu Relatório de Admissibilidade de 26 de julho de 2007 a Comissão coincidiu com os representantes ao considerar que havia um atraso injustificado na tramitação do referido processo penal.²⁷

31. Sobre esse ponto em particular, cabe indicar que, no momento em que apresentou a petição perante a Comissão, dois anos após o homicídio de Márcia Barbosa de Souza, o processo penal não havia sido iniciado devido a que a Assembleia Legislativa da Paraíba não havia levantado a imunidade do senhor Aécio Pereira de Lima. Portanto, nesse momento, era aplicável a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46.2.b) da Convenção. Posteriormente, no momento em que a Comissão emitiu o Relatório de Admissibilidade, no ano de 2007, o processo penal contra o então deputado Aécio Pereira de Lima não havia sido concluído, e já haviam transcorrido mais de nove anos desde o homicídio da senhora Barbosa de Souza.

32. A Corte recorda que uma das principais controvérsias do presente caso diz respeito a se o Estado é responsável pela violação da garantia do prazo razoável em função do tempo de duração do processo penal relativo ao homicídio em questão. Nesse sentido, o Tribunal considera que determinar se o tempo transcorrido constituiu um atraso injustificado, nos termos do artigo 46.2.c) da Convenção Americana, é um debate que está diretamente relacionado com a controvérsia de mérito relativa aos artigos 8 e 25 da Convenção.

33. Por outro lado, o Estado argumentou em seu escrito de contestação que a verificação do esgotamento dos recursos internos por parte da Comissão deveria ser feita no momento da apresentação da petição inicial dos representantes, e não ao se pronunciar sobre a admissibilidade. No entanto, a Corte já indicou que o fato de que a análise do cumprimento do requisito de esgotamento dos recursos internos se realize no momento de decidir sobre a admissibilidade da petição não afeta o caráter subsidiário do Sistema Interamericano, e, de fato, permite ao Estado solucionar a situação alegada durante a etapa de admissibilidade.²⁸ Este Tribunal não encontra razões para afastar-se do critério mencionado.

²⁵ Cf. Petição inicial dos representantes de 28 de março de 2000 (expediente de prova, folhas 731 a 741).

²⁶ Cf. Comunicação dos peticionários à Comissão Interamericana de 2 de outubro de 2006 (expediente de prova, folhas 641 a 648).

²⁷ Cf. Relatório de Admissibilidade nº 38/07 (expediente de prova, folhas 383 a 393).

²⁸ Cf. *Caso Wong Ho Wing Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C Nº 297, par. 28, e *Caso Associação Nacional de Aposentados e Pensionados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 394, par. 22.

34. Por conseguinte, ao existir uma relação íntima entre a exceção preliminar apresentada pelo Estado e a análise de mérito da controvérsia, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

V

CONSIDERAÇÃO PRÉVIA

A. Alegações das partes e da Comissão

35. Os *representantes* solicitaram que a Corte também considere a irmã de Márcia Barbosa de Souza como suposta vítima. Argumentaram que neste caso estiveram presentes circunstâncias excepcionais, à luz do artigo 35.2 do Regulamento, que devem ser levadas em consideração para a determinação das supostas vítimas. Indicaram que no momento da morte de Márcia Barbosa de Souza, sua irmã Mt.B.S. tinha apenas 17 anos de idade e participou do processo judicial ao longo dos anos e foi testemunha do sofrimento de seus pais devido à impunidade em que se encontram os fatos. Acrescentaram que seu sofrimento a havia levado a não participar no processo internacional, inclusive em razão da grande repercussão midiática do caso, que acabou gerando uma exposição pública da vida de Márcia Barbosa de Souza. Ademais, alegaram que a senhora Mt.B.S. foi profundamente afetada pelos eventos deste caso por ser ela, assim como sua irmã, uma mulher negra, pobre e nordestina vivendo no Brasil em um contexto sistemático de violações contra a mulher e de impunidade em relação a estas violações. Por outro lado, afirmaram que a inclusão de Mt.B.S. como suposta vítima não afetaria o direito de defesa do Estado devido a que todos os familiares de Márcia Barbosa de Souza são vítimas das mesmas violações de direitos humanos, as quais resultam dos mesmos fatos.

36. O *Estado* aduziu que a irmã de Márcia Barbosa de Souza, Mt.B.S., não consta como suposta vítima no Relatório de Mérito da Comissão, de modo que apenas se poderia aceitar sua inclusão por parte dos representantes em circunstâncias excepcionais, que não estão presentes no caso *sub judice*. Desse modo, solicitou à Corte que declare sua incompetência *ratione personae* com respeito à suposta vítima Mt.B.S.

37. A *Comissão* sublinhou que, apesar de não ter identificado expressamente à senhora Mt.B.S. em seu Relatório de Mérito, reconheceu que as violações à integridade pessoal se estendiam a seus familiares, e não de forma exclusiva a seus pais. Ademais, argumentou que a aplicação do art. 35.1 do Regulamento da Corte não é absoluta, pois o propósito da norma não é estabelecer formalismos no desenvolvimento do processo, mas aproximar a definição dada na Sentença à exigência de justiça. Por último, assinalou que se poderia tomar em consideração que as violações ao direito à integridade pessoal da senhora Mt.B.S., “enquanto integrante do núcleo familiar da [suposta] vítima, derivam de forma direta dos fatos que são matéria de análise da Corte e a respeito dos quais o Estado exerceu e tem a oportunidade de exercer seu direito de defesa”.

B. Considerações da Corte

38. Segundo a jurisprudência constante da Corte em relação a este tema, o artigo 35.1 do Regulamento do Tribunal dispõe que as supostas vítimas devem estar identificadas no Relatório de Mérito emitido em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana. Corresponde à Comissão, portanto, identificar com precisão e na devida oportunidade processual às supostas vítimas em um caso perante a Corte, salvo nas circunstâncias excepcionais contempladas no artigo 35.2 do Regulamento da Corte, segundo o qual, quando se justifique que não foi possível identificá-las, por tratar-se de casos de violações massivas ou coletivas, o Tribunal decidirá oportunamente se as considera vítimas de acordo com a natureza da violação.²⁹

39. O Tribunal considera que, tanto no escrito de submissão do caso como no Relatório de Mérito nº 10/19, a Comissão Interamericana identificou apenas a mãe e o pai de Márcia Barbosa de Souza como supostas vítimas das violações alegadas no âmbito deste caso. Desse modo, para que a Corte considere à irmã da senhora Barbosa de Souza como suposta vítima, seria necessário que estivesse configurada alguma das exceções previstas no artigo 35.2 do Regulamento da Corte, as quais evidentemente não se vislumbram nessa oportunidade.

40. Portanto, em aplicação do citado artigo 35.1 do Regulamento, ao não ocorrerem nenhuma das exceções previstas no artigo 35.2, a Corte considerará como supostas vítimas no caso *sub judice* à mãe e ao pai de Márcia Barbosa de Souza,³⁰ tal como foram identificados no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana.

VI PROVA

A. Admissibilidade da prova documental

41. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova por parte da Comissão, dos representantes e do Estado, juntamente com seus escritos principais (pars. 3, 6 e 7 *supra*). Como em outros casos, a Corte admite os documentos apresentados oportunamente (artigo 57 do Regulamento)³¹ pelas partes e pela Comissão, cuja admissibilidade não foi controvertida nem objetada.³²

²⁹ Cf. *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 48, e *Caso Ríos Avalos e outro Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de agosto de 2021. Série C Nº 429, par. 15.

³⁰ Esta conclusão não significa a negação do sofrimento de que possa padecer a irmã ou outro familiar de Márcia Barbosa de Souza em razão das alegadas violações de direitos humanos no caso sob análise.

³¹ A prova documental pode ser apresentada, em geral e de acordo com o artigo 57.2 do Regulamento, juntamente com os escritos de submissão do caso, de petições e argumentos, ou de contestação, conforme corresponda. Não é admissível a prova remetida fora dessas oportunidades processuais, salvo as exceções estabelecidas no referido artigo 57.2 do Regulamento (força maior ou impedimento grave) ou quando se tratar de um fato superveniente, isto é, ocorrido com posterioridade aos citados momentos processuais.

³² Cf. Artigo 57 do Regulamento; também *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2021. Série C Nº 434, par. 33.

42. Por outra parte, a Corte observa que os *representantes* apresentaram, juntamente com suas alegações finais escritas (par. 11 *supra*), uma série de documentos identificados como anexos³³. A este respeito, a *Comissão* afirmou não ter observações. Por sua vez, apesar de o *Estado* ter apresentado diversas observações aos anexos às alegações finais escritas dos representantes, estas considerações se referem ao seu valor probatório, e não à sua admissibilidade. Em consequência, a Corte admite os referidos documentos na medida em que os anexos 1 a 6 se referem a aspectos discutidos durante a audiência pública do caso e a perguntas realizadas pelos juízes durante esta audiência, e os anexos 7 a 9 são documentos apresentados como prova dos gastos incorridos pelos representantes durante o litígio do presente caso. As considerações realizadas pelo Brasil serão levadas em consideração na apreciação da prova.

B. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial

43. Este Tribunal considera pertinente admitir as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública³⁴ e em audiência pública,³⁵ na medida em que se ajustem ao objeto definido pela Presidência na Resolução mediante a qual se ordenou recebê-los e ao objeto do presente caso.

44. A Corte nota que, apesar de que sua admissibilidade não foi objetada, a perícia de Soraia da Rosa Mendes, oferecida pelos representantes das supostas vítimas não foi realizada perante agente dotado de fé pública. Não obstante isso, foi

³³ Estes documentos são os seguintes: Acórdão N. 1.721/2009, proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Acre (anexo 1); Decisão do Agravo Regimental AGR 2000215- 90.1999.822.0000, proferida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia (anexo 2); Decisão do Agravo Regimental AGR 0027924- 33.2005.8.11.0000, proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso (anexo 3); Decisão do Agravo Regimental AGR 0043167-46.2007.8.11.0000, proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso (anexo 4); Decisão do *Habeas Corpus* nº 209.076 – BA (2011/0130407-9), proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (anexo 5); Procedimento Ordinário 0000013-19.2015.8.03.0000 AP, Tribunal de Justiça do Amapá (anexo 6); Tabelas de complemento de despesas e respectivos recibos de gastos do GAJOP (anexo 7); Tabelas de complemento de despesas e respectivos recibos de gastos do CEJIL (anexo 8); e Despesas referentes ao pedido de assistência ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas - tabela de custos com produção e envio de perícias e declarações (anexo 9).

³⁴ A Corte recebeu as declarações das seguintes pessoas: M.B.S., declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 8 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10170 a 10174), acompanhada de um vídeo apresentado à Corte em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, arquivo de vídeo); Mt.B.S., declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 8 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10178 a 10182), acompanhada de um vídeo apresentado à Corte em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, arquivo de vídeo); Luiz Albuquerque Couto, declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 7 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10187 a 10191); Wânia Pasinato, perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 12 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10193 a 10333); Gilberta Santos Soares, perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 18 de dezembro de 2020 (expediente de prova, folhas 10335 a 10358); Javier Hernández García, perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 20 de dezembro de 2020 (expediente de prova, folhas 10379 a 10395); Edvaldo Fernandes da Silva, perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10480 a 10504); Geraldine Grace da Fonseca da Justa, declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10505 a 10515); Daniel Sarmento, perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10127 a 10167), e Soraia da Rosa Mendes, perícia realizada em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10397 a 10478).

³⁵ A Corte recebeu as declarações prestadas durante a audiência pública celebrada no presente caso de Valquíria Alencar, Melina Fachin, Henrique Marques Ribeiro e Carmen Hein de Campos.

autenticada por meio do sistema de assinatura digital “QRcode”. No momento de sua apresentação os representantes manifestaram que não lhes foi possível autenticar a assinatura da perita perante um notário em razão da situação gerada pela pandemia do COVID-19. O Tribunal considera que esta justificação é razoável e se encontra sustentada em motivos de força maior.³⁶ Portanto, admite a perícia da senhora Rosa Mendes na medida em que se ajuste ao objeto definido pela Presidência na Resolução de 27 de novembro de 2020.

VII FATOS

45. Neste capítulo a Corte estabelecerá os fatos do caso com base no marco fático submetido ao conhecimento do Tribunal pela Comissão Interamericana, nas alegações apresentadas pelas partes e no acervo probatório, da seguinte forma: A) o contexto de violência contra a mulher no Brasil; B) o marco normativo relevante; C) o homicídio de Márcia Barbosa de Souza, e D) os processos internos.

46. Os fatos anteriores à data de ratificação da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil (10 de dezembro de 1998) unicamente são enunciados como parte do contexto e dos antecedentes do caso³⁷ para facilitar a compreensão sobre o ocorrido e para a análise das alegadas violações de direitos humanos. Desse modo, o Tribunal considera pertinente esclarecer que os fatos relacionados ao homicídio de Márcia Barbosa de Souza e alguns dos primeiros atos investigativos se encontram fora da competência jurisdicional da Corte.

A. O contexto de violência contra a mulher no Brasil

47. A violência contra as mulheres no Brasil era, na data dos fatos do presente caso – e continua sendo na atualidade – um problema estrutural e generalizado.³⁸ A ausência de estatísticas nacionais, especialmente antes dos anos 2000, dificulta a formulação e a implementação de políticas públicas eficazes para combater essa violência.³⁹ Na época dos fatos não havia nenhum dado sobre o número de mortes

³⁶ Ver Declaração de 9 de abril de 2020 da Corte Interamericana, “Covid-19 e Direitos Humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais”. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>.

³⁷ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C Nº 120, par. 27, e *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 55.

³⁸ Cf. CIDH. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97. Doc. 29 rev.1, 29 de setembro de 1997, capítulo VIII, e CIDH. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II, 12 de fevereiro de 2021, pars. 87 a 101. Ver também a perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021.

³⁹ Cf. Perícias prestadas por Carmen Hein e Henrique Marques Ribeiro durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021.

violentas de mulheres em razão de gênero.⁴⁰ As primeiras informações começaram a ser compiladas sob a denominação de feminicídio muito recentemente.⁴¹

48. Ademais, existia uma cultura de tolerância à violência contra a mulher, ilustrada, por exemplo, pela forma através da qual os meios de comunicação apresentavam as notícias de violência contra as mulheres, ao romantizá-la ao invés de rejeitá-la.⁴² A este respeito, foi reconhecido que um alto nível de tolerância à violência contra a mulher está normalmente associado, e em alguns casos produz, altas taxas de feminicídio.⁴³

49. A primeira pesquisa nacional sobre violência no Brasil, realizada em 1988 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁴⁴ assinalou que, das vítimas de violência no âmbito doméstico, 63% eram mulheres e, em 70% dos casos, o agressor era o marido ou companheiro.⁴⁵ Nesse mesmo sentido, um estudo realizado em 2004 considerou que, a cada 15 segundos uma mulher era severamente agredida por um homem no Brasil.⁴⁶ Outrossim, uma pesquisa do Senado brasileiro do ano 2015 afirmou que uma entre cada cinco mulheres havia sofrido alguma espécie de violência doméstica ou familiar,⁴⁷ que as mulheres com o nível de educacional mais

⁴⁰ Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Wânia Pasinato em 12 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folha 10289).

⁴¹ Cf. Perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021.

⁴² Cf. BLAY, Eva Alterman. “Violência contra a mulher e políticas públicas. Estudos Avançados”, vol. 17, nº 49, São Paulo, Sept./Dic. 2003, pág. 93. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0103-40142003000300006.

⁴³ Cf. Secretaria da Declaração de Genebra. Capítulo 4 Quando a vítima é uma mulher. Em *Carga Global da Violência Armada: Encuentros Letales*, 2011, pág. 122. Disponível em: http://www.genevadeclaration.org/fileadmin/docs/GBAV2/GBAV2011_CH4_rev.pdf. A Declaração de Genebra sobre Violência Armada e Desenvolvimento, que atualmente é endossada por mais de 100 Estados, consiste em uma iniciativa diplomática cujo propósito é abordar as inter-relações entre a violência armada e o desenvolvimento. A Declaração de Genebra foi adotada pela primeira vez em 7 de junho de 2006 por 42 Estados, durante uma Cúpula Ministerial em Genebra. A Cúpula Ministerial “refletiu uma forte vontade política comum de representantes da comunidade de doadores e de países diretamente afetados pela violência armada para enfrentar o desafio de desenvolver medidas para reduzir a violência armada política e criminal, a fim de melhorar o desenvolvimento sustentável em nível global, regional, e a nível nacional”. Informação disponível em: <http://www.genevadeclaration.org/the-geneva-declaration/what-is-the-declaration.html>.

⁴⁴ Cf. LINHARES, Leila. A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. Em *Progresso das Mulheres no Brasil*. UNIFEM, Fundação Ford, CEPIA: Brasília. 2006, p. 261. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/Progresso%20das%20Mulheres%20no%20Brasil.pdf>.

⁴⁵ Cf. LINHARES, Leila. A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. Em *Progresso das Mulheres no Brasil*, supra, p. 262.

⁴⁶ Cfr. VENTURI, Gustavo; Recamán, Marisol; Oliveira, Suely de (Orgs.). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. 1. edição. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2004, p. 26. Disponível em: <https://library.fes.de/pdffiles/bueros/brasilien/05629-introd.pdf>.

⁴⁷ Segundo o artigo 5 da Lei nº 11.340 (“Lei Maria da Penha”), “[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [quando ocorrer] no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; [...] no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; [...] em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”. Ademais, a disposição determina que as relações pessoais

baixo são as mais afetadas e que as que têm entre 20 e 29 anos são as mais propensas a sofrer violência doméstica pela primeira vez.⁴⁸

50. Em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340 (doravante denominada “Lei Maria da Penha”),⁴⁹ a qual tinha como objeto combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dados dos anos 2006 a 2013 indicam que, apesar de a taxa de homicídios de mulheres ter diminuído logo no início da vigência da referida Lei, voltou a subir posteriormente.⁵⁰

51. Entre 2006 e 2010, os dados da Organização Mundial de Saúde sobre os homicídios de mulheres, coletados em 84 países, colocaram o Brasil em sétimo lugar.⁵¹ Mesmo com a promulgação da Lei nº 13.194 (doravante denominada “Lei do Feminicídio”), que incluiu no Código Penal o feminicídio como forma qualificada do homicídio,⁵² a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (doravante denominada “FLACSO”),⁵³ em 2015, e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos,⁵⁴ em 2016, qualificaram o Brasil como o país com a quinta taxa mais alta do mundo de homicídios de mulheres por razões de gênero. Posteriormente, uma pesquisa sobre a evolução da violência no Brasil, realizada pelo Instituto de Investigação Econômica Aplicada (doravante denominado “IPEA”) em 2018, mostrou que os homicídios de mulheres no país haviam aumentado quase 5% entre 2006 e 2016.⁵⁵ Outrossim, uma pesquisa realizada por um jornal brasileiro também apresentou dados de um novo aumento no número de homicídios de mulheres em 2017.⁵⁶

52. De outra parte, no estado da Paraíba, observa-se que as taxas de homicídio de mulheres entre os anos 1990 e 2000 não variaram substancialmente. No entanto,

referidas são independentes da orientação sexual. Cf. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (expediente de prova, folhas 8922 a 8931).

⁴⁸ Cf. *Relatório “Violência doméstica e familiar contra a mulher”*, publicado em agosto de 2015 pelo Senado Federal do Brasil, p. 11 a 18. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>.

⁴⁹ Cf. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (expediente de prova, folhas 8922 a 8931).

⁵⁰ Cf. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio das Mulheres no Brasil*. Brasília: FLACSO BRASIL, 2015, p. 12 a 20. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

⁵¹ Cf. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012 - Caderno complementar 1: Homicídios de Mulheres no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2012, p. 11. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/Mapa-Violencia-2012_HomicidiosMulheres.pdf.

⁵² Cf. Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm.

⁵³ Cf. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio das Mulheres no Brasil*, *supra*.

⁵⁴ Cf. ONU. “ONU: taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução”. 9 de abril de 2016, atualizado em 12 de abril de 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>.

⁵⁵ Cf. IPEA, “Brasil supera pela primeira vez a marca de 30 homicídios por 100 mil habitantes”. 5 de junho de 2018. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=comcontent&view=article&id=33411&catid=8&Itemid=6>.

⁵⁶ Cf. Veleasco, Clara; Caesar, Gabriela; e Reis, Thiago. “Cresce o número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil”. *Jornal virtual G1*. 7 de março de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>.

em 2017 o número de mulheres assassinadas por cada 100 mil habitantes quase duplicou em relação a 1990.⁵⁷

53. É importante notar que as mortes violentas de mulheres no Brasil não ocorrem de forma igual; há um significativo recorte de raça.⁵⁸ De forma geral, a taxa de vitimização das mulheres negras no país é 66 vezes superior à de mulheres brancas.⁵⁹ A título de exemplo, entre 2003 e 2013, houve uma redução de quase 10% nos homicídios de mulheres brancas, mas um incremento de 54% nos homicídios de mulheres negras.⁶⁰ Os dados apresentados pelo Monitor da Violência,⁶¹ coletados em todas as regiões do Brasil, mostram que durante o primeiro semestre de 2020, 75% das mulheres assassinadas eram negras.⁶² As mulheres jovens, entre 15 e 29 anos de idade, também são as principais vítimas dos feminicídios no Brasil. O perfil específico de mulheres assassinadas em maior número no Brasil corresponde a mulheres jovens, negras e pobres.⁶³ Outrossim, na Paraíba a taxa de homicídios cometidos contra mulheres negras se manteve em alta desde o ano 2000, quando foi iniciada a medição. Ademais, entre os anos 2000 e 2017 o número de mulheres negras assassinadas duplicou.⁶⁴ Em 2018 a taxa de mulheres negras assassinadas no estado da Paraíba foi quatro vezes maior que a taxa de homicídios de outras mulheres.⁶⁵

54. Quanto à resposta do Poder Judiciário aos casos de violência contra a mulher, durante os anos 90, em muitos casos em aplicação à Lei 9.099/95,⁶⁶ os agressores eram condenados a pagar somas irrisórias de dinheiro como indenização no âmbito civil e, apenas o montante de uma cesta básica como condenação penal,

⁵⁷ Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direito Internacional do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) (expediente de mérito, folhas 647-648).

⁵⁸ A testemunha Geraldine Grace da Fonseca da Justa afirmou que as mulheres mais pobres, especialmente as mulheres negras, estão entre as principais vítimas de violência no país. Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Geraldine Grace da Fonseca da Justa em 14 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folhas 10505 a 10515).

⁵⁹ Cf. Perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021.

⁶⁰ Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Wânia Pasinato, *supra* (expediente de prova, folha 10289) e perícia prestada por Carmen Hein em Audiência Pública, *supra*.

⁶¹ Cf. CAESAR, Gabriela; Grandin, Felipe; Reis, Thiago e Velasco, Clara. "Mulheres negras são as principais vítimas de homicídio; já as brancas compõem quase metade dos casos de lesões corporal e estupro". 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>.

⁶² Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica Interamericana de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (expediente de mérito, folha 902).

⁶³ Cf. Perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública, *supra*.

⁶⁴ Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia (expediente de mérito, folha 1056), e IPEA, "Atlas da Violência", Filtro UF: PB. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/142>.

⁶⁵ Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia *supra*, e IPEA "Atlas da Violência 2020", p. 37. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf>.

⁶⁶ Cf. Lei n° 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm.

uma vez que grande parte das agressões eram tipificadas como “delitos de menor potencial ofensivo”.⁶⁷

55. Em 27 de setembro de 1997, pouco mais de um ano antes do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a Comissão Interamericana publicou seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil,⁶⁸ no qual afirmou que a ineficácia do sistema judicial para responder a casos de violência contra a mulher demonstrava uma discriminação contra as mulheres vítimas de violência.⁶⁹

56. Posteriormente à publicação do Relatório de Mérito do caso supra referido e como resposta às recomendações da Comissão, o Brasil promulgou a mencionada Lei Maria da Penha, em 2006. O Poder Judiciário iniciou sua implementação, criando as primeiras varas especializadas para a mulher entre 2006 e 2010.⁷⁰ Em março de 2012 o Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (doravante denominado “Comitê CEDAW”) destacou a falta de pessoal especializado em casos de violência doméstica e familiar dentro do Poder Judiciário e a ausência de dados sobre esse tipo de violência.⁷¹

57. Em 2019 o Conselho Nacional de Justiça (doravante denominado “CNJ”) e o IPEA publicaram o relatório de uma pesquisa sobre a atuação do Poder Judiciário no tratamento da violência contra a mulher, no qual concluíram que, embora a especialização das unidades do Poder Judiciário em violência contra a mulher era definitivamente um “ganho para o tratamento dos casos, o perfil do magistrado/a que responde pela vara é fator decisivo na qualidade do atendimento prestado às mulheres. Assim, o atendimento observado em vara não especializada conduzida por magistrado/a comprometido/a [com os direitos das mulheres] tendeu a ser mais qualificado do que aquele em vara especializada conduzida por juiz/a resistente [ao tema dos direitos das mulheres], e mesmo moderado/a.”⁷² Outrossim, o referido relatório indicou que apesar da dinâmica pouco variada da violência doméstica, a

⁶⁷ Cf. Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública por Wânia Pasinato, *supra* (expediente de prova, folha 10205 a 10207).

⁶⁸ Cf. CIDH. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97, *supra*.

⁶⁹ Cf. CIDH. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97, *supra*, p. 142 a 145. Outrossim, em 2001, no relatório de Mérito do caso Maria da Penha Maia Fernandes, a Comissão afirmou que: “Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos”. Cf. CIDH. Relatório de Mérito nº 54/2001 de 16 de abril de 2001, par. 56. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Mérito/Brasil12.051.htm#_ftn1.

⁷⁰ Cf. Perícia prestada por Henrique Marques Ribeiro durante a audiência pública, *supra*.

⁷¹ Cf. ONU, Comitê CEDAW. *Observações finais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*. Brasil. UN Doc. CEDAW/C/BRA/CO/7.23 de março de 2012, par. 18. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPFPRICAqhKb7yhsmpYo5NFAsNvhO7uZb6iXOQTk81jJBPh%2BiuOW1Jupg%2BCZo86RoOdq2SNCEYrk%2FTqj8PcoAl7yAywQZwia%2F4Lki4NFxwOHkXuwlbppqojl80U>

⁷² CNJ e IPEA. Relatório de pesquisa: *O Poder Judiciário no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres*. 2019, p. 158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/377/1/Relat%3%b3rio%20-%20O%20Poder%20Judici%3%a1rio%20no%20Enfrentamento%20%3%a0%20Viol%3%aaancia%20Dom%3%a9tica%20e%20Familiar%20Contra%20as%20Mulheres.pdf>.

resposta do Poder Judiciário é muito heterogênea, uma vez que depende de fatores pessoais e institucionais.⁷³

B. O marco normativo relevante

58. No momento dos fatos, a Constituição brasileira, em seu artigo 53, dispunha que:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa [...] ⁷⁴

59. Em 20 de dezembro de 2001 o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 35/2001 (doravante denominada “EC 35/2001”) ⁷⁵, a qual modificou parte do texto da disposição supra referida, que passou a prever o seguinte:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

⁷³ Cf. CNJ e IPEA. Relatório de pesquisa: *O Poder Judiciário no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, supra*. Ademais, a pesquisa em questão concluiu que: “Embora o objetivo primordial da legislação seja o atendimento humanizado às mulheres em situação de violência doméstica, verificou-se que alguns atores jurídicos não acreditam que o Judiciário tenha o papel de dispensar atenção especial às mulheres ou deva realizar ações próximas do que pode se chamar de “política pública”, mostrando-se indignados frente à ampliação da atuação pública na área ou ao que se referem como “uso indiscriminado do Direito Penal”. E o processamento dos feitos no Judiciário mostra-se, em regra, muito mais rígido do que a dinâmica real dos conflitos de violência doméstica e o tratamento que exigiriam”.

⁷⁴ Cf. Texto original do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_53_.asp.

⁷⁵ Cf. Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. [...] ⁷⁶

60. Uma das principais mudanças introduzidas pela EC 35/2001 foi a substituição da necessidade de autorização prévia da respectiva Câmara Legislativa para o julgamento penal de um membro do Congresso Nacional pela possibilidade de a Câmara suspender o processo penal já em curso. Isto é, antes da EC 35/2001 um processo penal contra um membro de um órgão legislativo apenas poderia iniciar-se com a autorização prévia e expressa desse órgão, e após a entrada em vigência da Emenda o processo penal pode iniciar-se e tramitar até que, se considerar pertinente, a Câmara Legislativa o suspenda.

61. A Constituição brasileira, em seu artigo 27, parágrafo 1º, assegura aos deputados estaduais as mesmas prerrogativas previstas para os deputados federais.⁷⁷

62. Outrossim, a Constituição do Estado da Paraíba na época dos fatos do presente caso contava com uma disposição semelhante à Constituição brasileira, a qual também foi modificada nos mesmos termos da EC 35/2001.⁷⁸

63. Por sua vez, o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba,⁷⁹ vigente à época dos fatos, estabelecia o procedimento a seguir em casos de pedidos de autorização de julgamento de um deputado. O artigo 21 do Regimento determinava a competência da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Assembleia Legislativa (doravante denominada “Comissão de Constituição” ou “CCJR”)

⁷⁶ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, artigo 53. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁷⁷ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, *supra*, artigo 27, parágrafo 1º.

⁷⁸ Cf. Constituição do Estado da Paraíba de 5 de outubro de 1989, artigo 55. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70448>.

⁷⁹ Cf. Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, Resolução n. 469/91 (expediente de prova, folhas 5993 a 6090).

para emitir um parecer escrito sobre o referido pedido de licença.⁸⁰ O procedimento iniciava a pedido do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. A partir desse momento o Presidente da Assembleia devia remeter o expediente à CCJR, entregando uma cópia do pedido de autorização ao deputado para que pudesse apresentar sua defesa em um prazo de 10 dias. Uma vez apresentada a defesa, a Comissão de Constituição procederia a realizar as diligências que considerasse oportunas e, ao final das mesmas, emitiria um parecer escrito no prazo de 10 dias, concluindo se a autorização deveria ser concedida ou denegada.⁸¹ Este parecer deveria, então, ser submetida ao Plenário da Assembleia Legislativa para ser aprovada ou rejeitada por votação secreta, de acordo com o voto da maioria dos deputados.⁸²

64. Também vigente na época dos fatos deste caso, o Código de Ética e Decoro Parlamentar, aprovado através da Resolução 599/97 da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, em 1997, criou o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar e lhe atribuiu a competência de “emitir parecer nos processos de autorização para processar um deputado”.⁸³

C. O homicídio de Márcia Barbosa de Souza

65. Márcia Barbosa de Souza era uma estudante afrodescendente de vinte anos de idade, residente na cidade de Cajazeiras,⁸⁴ no interior do Estado da Paraíba,⁸⁵ no Nordeste do Brasil. Viviam com seu pai, S.R.S., e sua irmã mais nova, Mt.B.S., e muito próximo da casa de sua mãe, M.B.S. Constituíam uma família de recursos econômicos escassos.⁸⁶ Márcia Barbosa e sua irmã mais nova, de pouco mais de 17 anos na época,⁸⁷ eram estudantes. Márcia estava concluindo o último ano do segundo grau e pretendia buscar trabalho para contribuir com a renda familiar.⁸⁸ Sua mãe realizava serviços

⁸⁰ O Artigo 21 dispunha que “São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: I- Comissão de Constituição, Justiça e Redação: [...] p) a autorização para processar a um deputado [...]”.

⁸¹ Cf. Regimento Interno da Assembleia de Legislativa do Estado da Paraíba, artigos 227 e 229 (expediente de prova, folha 6071).

⁸² Cf. Regimento Interno da Assembleia de Legislativa do Estado da Paraíba, *supra*.

⁸³ Cf. Código de Ética e Decoro Parlamentar, Resolução nº 599/97 da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba (expediente de prova, folha 6093).

⁸⁴ Cf. Certidão de óbito de Márcia Barbosa de Souza (expediente de prova, folhas 4590). Essa certidão de óbito caracterizou à senhora Barbosa de Souza como parda. Em seu Censo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) considera a população brasileira por autodeclaração como “branca”, “preta”, “amarela”, “parda” e “indígena”.

⁸⁵ Cf. Relatório da autópsia médico legal, realizada em 18 de junho de 1998 (expediente de prova, folhas 34 a 46).

⁸⁶ Cf. Declaração mediante vídeo de M.B.S., *supra*; Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por M.B.S., *supra*; Declaração mediante vídeo de Mt.B.S., *supra*; Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Mt.B.S., *supra*; Perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Gilberta Santos Soares, *supra* (expediente de prova, folha 10337), e Nota jornalística do “Correio da Paraíba” de 23 de julho de 1998 (expediente de prova, folha 282).

⁸⁷ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Mt.B.S., *supra*.

⁸⁸ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por M.B.S., *supra*.

de limpeza em uma escola municipal em Cajazeiras, e seu pai era funcionário do Município e taxista.⁸⁹

66. A senhora Barbosa de Souza viajou a João Pessoa, capital da Paraíba, em novembro de 1997 e maio de 1998 e se hospedou na casa de sua amiga M.S.C e de seu esposo U.M.S.⁹⁰ Posteriormente, viajou a esta cidade em 13 de junho de 1998 com sua irmã Mt.B.S.,⁹¹ para participar em uma Convenção do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).⁹² Após a Convenção, a senhora Mt.B.S voltou a Cajazeiras⁹³ e Márcia Barbosa de Souza permaneceu em João Pessoa, possivelmente para buscar trabalho,⁹⁴ e se hospedou no hotel-pousada "Canta-Maré".⁹⁵

67. Em 17 de junho de 1998, aproximadamente às 19 horas, a senhora Barbosa de Souza recebeu uma ligação do então deputado estadual da Paraíba Aécio Pereira de Lima e, posteriormente, saiu para encontrar-se com ele.⁹⁶ Às 21 horas, no Motel Trevo, foi realizada uma ligação a partir do telefone celular utilizado pelo senhor Pereira de Lima a um número de telefone residencial na cidade de Cajazeiras⁹⁷. Durante a ligação Márcia Barbosa de Souza conversou com várias pessoas⁹⁸ e uma delas inclusive falou com o senhor Pereira de Lima.⁹⁹

68. Na manhã de 18 de junho de 1998 um transeunte observou que alguém estava retirando o corpo de uma pessoa,¹⁰⁰ posteriormente identificada como Márcia Barbosa de Souza,¹⁰¹ de um veículo em um terreno baldio no bairro Altiplano Cabo Branco, próximo da cidade de João Pessoa, no Estado da Paraíba.¹⁰² Quando o corpo foi encontrado, Márcia Barbosa de Souza apresentava escoriações na região frontal,

⁸⁹ Cf. Declaração de S.R.S., realizada em 19 de junho de 1998, na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 18 e 19); Certidão de óbito de Márcia Barbosa de Souza, *supra*, e Nota jornalística do "Correio da Paraíba", *supra*.

⁹⁰ Cf. Declaração de M.S.C., realizada em 10 de agosto de 1998, na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 21 a 23).

⁹¹ Cf. Declaração de S.R.S., *supra*.

⁹² Cf. Declaração de M.S.C., *supra*; registro taquigráfico da audiência pública, realizada pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa da Paraíba em 30 de julho de 1998 (expediente de prova, folhas 4774 a 4807), e Nota jornalística "PMS darão segurança a encontro do PMDB", publicada no *Jornal Folha de São Paulo*, em 10 de junho de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc10069816.htm>.

⁹³ Cf. Declaração de Mt.B.S., realizada em 2 de julho de 1998, na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 8631 e 8632).

⁹⁴ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Mt.B.S., *supra* (expediente de prova, folhas 10178 e 10182).

⁹⁵ Declaração de Wilson Martins de Souza, realizada em 29 de junho de 1998, na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folha 3888).

⁹⁶ Cf. relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa de 27 de agosto de 1998 (expediente de prova folhas 5 a 8).

⁹⁷ Cf. relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*.

⁹⁸ Cf. relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*.

⁹⁹ Cf. relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*, e Declaração de M.S.C., *supra*.

¹⁰⁰ Cf. Declaração de Antonio Lopes de Brito, realizada em 25 de junho de 1998 na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 51 e 52), e Denúncia do Ministério Público contra o Deputado Aécio Pereira de 8 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 10 a 16).

¹⁰¹ Cf. Declaração de Márcia Maria Gabarra Pires, realizada em 22 de junho de 1998 na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 3880 e 3881), e Denúncia do Ministério Público contra o Deputado Aécio Pereira, de 8 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 10 a 16).

¹⁰² Cf. Declaração de Antonio Lopes de Brito, realizada em 25 de junho de 1998 na Delegacia de Homicídios de João Pessoa (expediente de prova, folhas 51 e 52); Denúncia do Ministério Público contra o Deputado

nasal e labial. Ademais, seus lábios, nariz e dorso apresentavam hematomas de tom azul-violáceo e seu corpo tinha vestígios de areia. Por outra parte, durante a autópsia, revelou-se que a cavidade cranial, torácica abdominal e o pescoço apresentavam hemorragia interna e, como causa de morte, foi determinada a asfixia por sufocamento, resultante de uma ação mecânica.¹⁰³ Outrossim, o perito médico-legal que examinou o cadáver determinou que a senhora Barbosa havia sido agredida antes de morrer¹⁰⁴ e havia sofrido uma ação compressiva no pescoço, ainda que esta não tenha sido a causa da morte.¹⁰⁵

69. A denúncia do Ministério Público imputou como autor dos delitos de “homicídio duplamente qualificado”¹⁰⁶ e ocultação de cadáver ao então deputado estadual Aécio Pereira de Lima,¹⁰⁷ quem conhecia à suposta vítima desde novembro de 1997.¹⁰⁸ Segundo sua própria declaração e uma prova testemunhal, o senhor Aécio Pereira de Lima tinha em seu poder o veículo¹⁰⁹ utilizado para a ocultação do cadáver da vítima.¹¹⁰ Outras quatro pessoas — D.D.P.M., L.B.S., A.G.A.M. e M.D.M. — também foram incluídas nas investigações como suspeitas de participação no delito.¹¹¹

D. Os processos internos

70. Em 19 de junho de 1998, iniciou-se iniciada formalmente a investigação policial nº 18/98 sobre a morte de Márcia Barbosa de Souza.¹¹² Após a coleta de provas testemunhais e periciais, o Delegado de Polícia a cargo da investigação, emitiu um relatório em 21 de julho de 1998, no qual manifestou que todas as provas indicavam a participação direta do então deputado Aécio Pereira de Lima no delito. No entanto, afirmou que fora difícil tomar a declaração do então deputado em virtude de sus prerrogativas relacionadas com a imunidade parlamentar. O Delegado concluiu

Aécio Pereira, *supra*, e relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa de 27 de agosto de 1998 (expediente de prova folhas 5 a 8).

¹⁰³ Cf. Relatório da autópsia médico-legal, realizada em 18 de junho de 1998 (expediente de prova, folhas 35 e 36); declaração do perito médico-legal perante a Procuradoria Geral de Justiça da Paraíba, realizada em 2 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 48 e 49), e Denúncia do Ministério Público contra o Deputado Aécio Pereira, *supra*.

¹⁰⁴ Cf. Relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*.

¹⁰⁵ Cf. Declaração do perito médico-legal perante a Procuradoria Geral de Justiça da Paraíba, *supra* (expediente de prova, folha 49).

¹⁰⁶ O Código Penal brasileiro, em seu artigo 121.2, prevê algumas circunstâncias que tornam o delito de homicídio mais grave e, por consequência, aumentam sua pena. A um homicídio que ocorra sob alguma destas circunstâncias, é atribuído o tipo de “homicídio qualificado”.

¹⁰⁷ Cf. Denúncia do Ministério Público contra o Deputado Aécio Pereira, de 8 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 10 a 16).

¹⁰⁸ Cf. Relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*, e Declaração de M.S.C., *supra*.

¹⁰⁹ Cf. Declaração do então Deputado Aécio Pereira de Lima, prestada em 24 de setembro de 1998, perante a Procuradoria Geral de Justiça da Paraíba (expediente de prova, folhas 79 a 83).

¹¹⁰ Cf. Relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*.

¹¹¹ Cf. Pedido de autorização de novas diligências, apresentado pelo Ministério Público ao Juiz, em 27 de julho de 1998 (expediente de prova, folhas 54 a 57).

¹¹² Cf. Capa dos autos da investigação policial (expediente de prova, folhas 3844).

também que havia indícios da participação de outras quatro pessoas no delito: D.D.P.M., L.B.S., A.G.A.M. e M.D.M.¹¹³

71. Durante o curso das investigações, a autoridade policial inquiriu diversas testemunhas a respeito da personalidade, da conduta social e da sexualidade da senhora Barbosa de Souza.¹¹⁴ Outrossim, durante a tramitação do processo penal contra Aécio Pereira de Lima, sobre o qual será feita referência mais adiante, a pedido de seu advogado, foram incorporados aos autos do processo mais de 150 páginas de artigos de jornais que se referiam à suposta prostituição, overdose e suposto suicídio de *Márcia Barbosa*.¹¹⁵

72. Em 23 de julho de 1998 a Polícia enviou o relatório da investigação ao Ministério Público,¹¹⁶ o qual solicitou ao juiz competente, alguns dias depois, novas diligências a ser conduzidas pela autoridade policial.¹¹⁷ Em 28 de julho de 1998, o juiz autorizou as referidas diligências e determinou um prazo de 20 dias para que a autoridade policial as concluísse.¹¹⁸

73. Em 19 de agosto de 1998 o Delegado de Polícia e o Promotor solicitaram a presença do então deputado para receber o seu depoimento.¹¹⁹ Em 24 de agosto de 1998 o então deputado respondeu que o pedido deveria ser feito à Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba em razão das prerrogativas parlamentares de que dispunha.¹²⁰

74. Em 27 de agosto de 1998 o Delegado de Polícia elaborou um novo relatório ratificando os termos do relatório anterior.¹²¹ Em 4 de setembro de 1998 o Promotor requereu o envio dos autos da investigação policial ao Procurador-Geral de Justiça, competente no caso para apresentar a ação penal contra o então deputado Aécio Pereira de Lima, em virtude de que este gozava de foro privilegiado.¹²² Em 15 de setembro de 1998 o processo foi recebido na Procuradoria Geral de Justiça¹²³ (pars. 75

¹¹³ Cf. Relatório do Delegado da Delegacia de Delitos contra a Pessoa de João Pessoa, de 21 de julho de 1998 (expediente de prova folhas 3931 a 3934).

¹¹⁴ A título de exemplo, U.M.S com base nas perguntas que lhe foram feitas, fez significativas referências à sexualidade de Márcia Barbosa e a aspectos de sua vida pessoal. Durante seu testemunho, em 20 de maio de 2003, afirmou o seguinte: “*Que confirma que sua esposa manifestou-se preocupada pelo fato de Márcia se exceder muito no uso de drogas, quando tinha fácil; Que confirma que Márcia, vítima, era viciada principiante [...] Que, neste momento, indagado pelo MM. Juiz, o depoente afirma que Márcia Barbosa conheceu Aécio “cheirando”, porém na casa do deponente.*” Nessa mesma linha, em 26 de setembro de 2007, em sua declaração perante o Tribunal do Júri, M.S.C. afirmou que Márcia Barbosa havia ido ao Motel Trevo para “se prostituir”, pois a um motel “não se vai pra rezar”. Cf. Decisão interlocutória de 27 de julho de 2005 (expediente de prova, folhas 576 a 577), e declaração de M.S.C., prestada em 27 de setembro de 2007 perante o Primeiro Tribunal do Júri (expediente de prova, folha 3166).

¹¹⁵ Cf. Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes, *supra* (expediente de mérito, folha 10445).

¹¹⁶ Cf. Nota do Promotor nos autos da investigação policial de 23 de julho de 1998 (expediente de prova, folhas 3942).

¹¹⁷ Cf. Pedido de autorização de novas diligências, apresentado pelo Ministério Público ao Juiz, em 27 de julho de 1998 (expediente de prova, folhas 54 a 57).

¹¹⁸ Cf. Decisão do juiz de 28 de julho de 1998 (expediente de prova, folha 59).

¹¹⁹ Cf. Ofício nº 005/98, a Aécio Pereira de Lima de 19 de agosto de 1998 (expediente de prova, folhas 62).

¹²⁰ Cf. Resposta de Aécio Pereira de Lima, apresentada em 24 de agosto de 1998 (expediente de prova, folhas 64 e 65).

¹²¹ Cf. Relatório Policial de 27 de agosto de 1998 (expediente de prova, folhas 67 a 70).

¹²² Cf. Pedido do Ministério Público de 4 de setembro de 1998 (expediente de prova, folhas 72 a 74).

¹²³ Cf. Aviso de recepção da Procuradoria Geral de Justiça (expediente de prova, folha 75).

a 81 *infra*). Paralelamente, as investigações relacionadas com os demais acusados, que não tinham prerrogativa de foro, continuaram sob responsabilidade das autoridades policiais¹²⁴ (pars. 82 a 87 *infra*). A seguir, faz-se um registro desses dois processos:

D.1. As investigações conduzidas pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado da Paraíba a respeito de Aécio Pereira de Lima

75. Em virtude da imunidade parlamentar usufruída pelo então deputado estadual, o Procurador-Geral de Justiça apresentou a ação penal perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba em 8 de outubro de 1998, com a reserva de que apenas poderia ter seu início se a Assembleia Legislativa o permitisse.¹²⁵ Em 14 de outubro de 1998, foi solicitada a autorização pertinente à Assembleia Legislativa,¹²⁶ a qual foi rejeitada em 17 de dezembro de 1998, mediante Resolução nº 614/98.¹²⁷ Em 31 de março de 1999, o Poder Judiciário reiterou a solicitação à Assembleia Legislativa,¹²⁸ a qual também foi negada em 29 de setembro de 1999.¹²⁹

76. Em 12 de abril de 2002, a Coordenação Judicial do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba informou à Presidência do Tribunal sobre a Emenda Constitucional 35/2001 (pars. 58 a 64 *infra*).¹³⁰ Assim, em 16 de abril de 2002, o magistrado do Tribunal de Justiça responsável pelos autos os enviou à Procuradoria Geral de Justiça para que se pronunciasse.¹³¹ O Procurador-Geral de Justiça apresentou seu parecer escrito em 21 de outubro de 2002, argumentando que, em razão das modificações introduzidas pela EC 35/2001, competia ao Poder Judiciário dar continuidade ao caso.¹³²

77. Em 3 de fevereiro de 2003, o magistrado relator do caso ordenou a consulta ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba (doravante denominado “TRE/PB”) para determinar se o senhor Aécio Pereira de Lima havia sido eleito para algum cargo nas eleições de outubro de 2002, de modo a poder decidir sobre a competência do Tribunal de Justiça para processá-lo.¹³³ Em 11 de fevereiro de 2003, o TRE/PB informou

¹²⁴ Cf. Carta da Procuradoria Geral de Justiça de 14 de setembro de 1998 (expediente de prova, folhas 4132 e 4133).

¹²⁵ Cf. Denúncia do Ministério Público contra o Deputado Aécio Pereira de 8 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 10 a 16).

¹²⁶ Cf. Carta de solicitação de autorização para iniciar a ação penal contra o então Deputado Aécio Pereira de Lima, de 14 de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 25).

¹²⁷ Cf. Resolução da Assembleia Legislativa da Paraíba negando a solicitação de autorização para processar criminalmente ao então deputado Aécio Pereira de Lima, publicada em 18 de dezembro de 1998 (expediente de prova, folhas 27 a 30).

¹²⁸ Cf. Nova carta de solicitação de autorização para iniciar a ação penal contra o então Deputado Aécio Pereira de Lima, de 31 de março de 1999 (expediente de prova, folha 32).

¹²⁹ Cf. Carta Nº 0008/GP do Presidente da Assembleia Legislativa da Paraíba ao Presidente do Tribunal de Justiça, enviada em 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, folha 101).

¹³⁰ Cf. Comunicação de 12 de abril de 2002 (expediente de prova, folhas 103 e 104).

¹³¹ Cf. Ordem de envio dos autos à Procuradoria Geral de Justiça de 16 de abril de 2002 (expediente de prova, folha 108).

¹³² Cf. Parecer escrito do Procurador-Geral de Justiça de 21 de outubro de 2002 (expediente de prova, folhas 111 a 114).

¹³³ Cf. Ordem do juiz relator de 3 de fevereiro de 2003 (expediente de prova, folha 118).

ao Magistrado que o senhor Pereira de Lima não havia sido eleito para nenhum cargo.¹³⁴ Portanto, o Magistrado enviou o caso à Vara de Primeira Instância de João Pessoa, toda vez que o senhor Pereira de Lima já não mais contava com a prerrogativa de foro.¹³⁵

78. O processo penal teve início formalmente em 14 de março de 2003.¹³⁶ Em 7 de abril de 2003, foi realizada a primeira audiência de instrução, na qual o senhor Pereira de Lima negou todas as acusações.¹³⁷ Entre 7 de abril de 2003 e 27 de julho de 2005, foram realizadas cinco audiências.¹³⁸ Na audiência de 27 de julho de 2005, foi proferida a sentença de pronúncia, isto é, decidiu-se que o senhor Pereira de Lima deveria ser submetido ao Tribunal do Júri, em virtude de que existiam indícios suficientes para determinar a autoria do delito de homicídio qualificado por motivo fútil e mediante asfixia, e por ocultação de cadáver.¹³⁹

79. Em 3 de agosto de 2005, a defesa do senhor Pereira de Lima interpôs um recurso contra a sentença supra referida.¹⁴⁰ No entanto, em 1º de novembro de 2005, a Vara de primeira instância confirmou a sentença,¹⁴¹ e em 31 de janeiro de 2006, a Câmara Criminal do Tribunal rejeitou o recurso.¹⁴² Contra esta decisão de improcedência de seu recurso, em 15 de fevereiro de 2006, a defesa do senhor Pereira de Lima interpôs um recurso especial,¹⁴³ o qual foi enviado ao Superior Tribunal de Justiça em 19 de janeiro de 2007.¹⁴⁴ Em 25 de junho de 2007, o Tribunal do Júri celebrou sua primeira sessão, mas o julgamento foi adiado devido à ausência do advogado do senhor Pereira de Lima¹⁴⁵ e foi reiniciado em 26 de setembro de 2007.¹⁴⁶ Em 26 de setembro de 2007, o Primeiro Tribunal do Júri de João Pessoa condenou o senhor Pereira de Lima a 16 anos de prisão pelos crimes de homicídio e ocultação do cadáver de Márcia Barbosa de Souza.¹⁴⁷ O senhor Pereira de Lima recorreu da sentença em 27 de setembro de 2007.¹⁴⁸

¹³⁴ Cf. Carta Nº 24/2003/SJ de 14 de fevereiro de 2003 (expediente de prova, folha 120).

¹³⁵ Cf. Ordem do juiz relator de 24 de fevereiro de 2003 (expediente de prova, folha 122).

¹³⁶ Cf. Decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri de 14 de março de 2003 (expediente de prova, folha 4242).

¹³⁷ Cf. Relatório de interrogatório e ata de audiência de 7 de abril de 2003 (expediente de prova, folhas 124 a 127).

¹³⁸ Cf. Atas de audiências (expediente de prova, folhas 129 a 144).

¹³⁹ Cf. Sentença de Pronúncia, proferida em 27 de julho de 2005 (expediente de prova, folhas 4431 a 4439).

¹⁴⁰ Cf. Razões do Recurso em Sentido Estrito de 25 de agosto de 2005 (expediente de prova, folhas 174 a 185).

¹⁴¹ Cf. Decisão de 1º de novembro de 2005 (expediente de prova, folha 187).

¹⁴² Cf. Decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba de 31 de janeiro de 2006 (expediente de prova, folhas 197 a 202).

¹⁴³ Cf. Recurso Especial apresentado pela defesa em 15 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, folhas 204 a 212).

¹⁴⁴ Cf. Ordem de 19 de janeiro de 2007 (expediente de prova, folha 224).

¹⁴⁵ Cf. Ata de sessão do 1º Tribunal do Júri de 25 de junho de 2007 (expediente de prova, folhas 233 a 235).

¹⁴⁶ Cf. Ata de sessão do 1º Tribunal do Júri de 26 de setembro de 2007 (expediente de prova, folhas 237 a 240).

¹⁴⁷ Cf. Sentença de primeira instância de 26 de setembro de 2007 (expediente de prova, folhas 242 a 245).

¹⁴⁸ Cf. Recurso contra a sentença de primeira instância e recepção do recurso pelo Juiz (expediente de prova, folhas 247 a 249).

80. Antes de que este recurso fosse examinado, em 12 de fevereiro de 2008, o senhor Pereira de Lima morreu de infarto.¹⁴⁹ Portanto, foi extinta a punibilidade, e o caso foi arquivado.¹⁵⁰

81. O corpo do senhor Pereira de Lima foi velado no Salão Nobre da Assembleia Legislativa do Estado.¹⁵¹ A Assembleia, por determinação de seu Presidente, cancelou a sessão legislativa e enviou uma comunicação oficial a todos os deputados. Foi decretado luto oficial por três dias, e vários políticos, entre eles o então Governador do Estado da Paraíba, compareceram ao velório.¹⁵²

D.2. As investigações conduzidas pela Polícia Civil em relação a D.D.P.M., M.D.M., L.B.S. e A.G.A.M.

82. Em 1º de outubro de 1998 o Ministério Público expressou ao Juiz que supervisionava as investigações relacionadas ao envolvimento de D.D.P.M., L.B.S., A.G.A.M. e M.D.M. no homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a necessidade de ampliar o prazo das investigações para esclarecer aspectos individualizados da conduta de cada um em relação à morte e ocultação do cadáver, bem como a totalidade dos fatos, e fez uma série de requerimentos específicos.¹⁵³ Nesse mesmo dia o juiz autorizou as diligências solicitadas pelo Promotor, sob o entendimento de que as provas requeridas eram imprescindíveis, e ordenou o envio dos autos das investigações à autoridade policial para o cumprimento destas diligências.¹⁵⁴

83. Em 14 de dezembro de 1998, o Promotor voltou a solicitar a realização de provas, a ser diligenciadas pela autoridade policial, que a seu juízo não as havia realizado, sem especificar quais seriam elas.¹⁵⁵ Durante o ano de 1999, não houve atuações significativas nas investigações, especialmente devido a três substituições de

¹⁴⁹ Cf. Certidão de óbito do senhor Aécio Pereira de Lima (expediente de prova, folha 9732).

¹⁵⁰ Cf. Consulta Processual na página *web* do Tribunal de Justiça da Paraíba (expediente de prova, folha 251).

¹⁵¹ Cf. FERREIRA, Lilla. "Corpo de Aécio é velado na AL; enterro será hoje às 10hrs." 12 de fevereiro de 2008. Em "Portal de Notícias da Paraíba": ClickPB. Disponível em: <https://www.clickpb.com.br/paraiba/corpo-de-aecio-e-velado-na-al-enterro-sera-hoje-as-10h-29339.html>.

¹⁵² Cf. FERNANDES, Hélder. "O Bê-a-Bá do Sertão. Autoridades prestigiam velório de Aécio Pereira". 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://obeabadosertao.com.br/portal/2008/02/12/Autoridades-prestigiam-velorio-de-Aecio-Pereira/>.

¹⁵³ O Promotor solicitou o parecer de um perito médico-legal para elucidar se a informação contida no relatório cadavérico levaria a pensar que Márcia não teria sido morta por estrangulamento, mas por asfixia provocada por uma overdose, em razão de algumas declarações testemunhais de que era viciada. Ademais, diante do possível contato entre a vítima e o então deputado Aécio na noite de sua morte, solicitou a lista de entradas e saídas de veículos na data do fato de vários motéis, incluindo o motel Trevo. Também solicitou que fosse tomado o depoimento dos proprietários e gerentes do motel Trevo, bem como do porteiro e de outros empregados que trabalharam na madrugada da morte de Márcia. Adicionalmente, solicitou a realização de exames grafotécnicos nas notas encontradas nos bolsos e pertences de Márcia, que registram os números de telefone utilizados por Aécio Pereira de Lima e outros para esclarecer se essas notas haviam sido escritas pela senhora Barbosa de Souza ou por um terceiro. Cf. Parecer escrito do Ministério Público de 1º de outubro de 1998 (expediente de prova, folhas 269 a 274).

¹⁵⁴ Cf. Decisão do Juiz de 1º de outubro de 1998 (expediente de prova, folha 5478).

¹⁵⁵ Cf. Manifestação do Ministério Público de 14 de dezembro de 1998 (expediente de prova, folhas 254 e 255).

promotores responsáveis pelas mesmas, visto que dois deles alegaram impedimento por motivo de foro íntimo.¹⁵⁶

84. Em 19 de junho de 2000, foi enviado ao juiz o relatório médico-legal solicitado pelo Promotor em outubro de 1998.¹⁵⁷ Em 8 de agosto de 2000 o Promotor solicitou ao juiz que ordenasse à autoridade policial a conclusão das investigações.¹⁵⁸ A solicitação foi acatada pelo juiz em 14 de agosto desse mesmo ano.¹⁵⁹ Em 26 de dezembro de 2000, o novo Delegado da Delegacia que investigava o caso solicitou a extensão do prazo para o cumprimento das diligências investigativas requeridas e a elaboração do relatório final.¹⁶⁰

85. Diante da ausência de notícias, em março de 2001 o Ministério Público voltou a pedir à Polícia a realização de algumas diligências.¹⁶¹ O Delegado de Polícia, em 2 de abril, entendeu que já havia realizado as gestões suficientes, manifestando expressamente que não levaria a cabo todas as diligências solicitadas pelo Ministério Público.¹⁶² Posteriormente, em abril de 2001 o Ministério Público deixou uma nota nos autos da investigação ao Delegado a cargo do caso, advertindo que poderia incorrer em delito de desobediência se não cumprisse integralmente as diligências previamente requeridas no prazo de 30 dias.¹⁶³ Em junho¹⁶⁴ e em agosto¹⁶⁵ de 2001 o Ministério Público solicitou novamente à autoridade policial que desse cabal cumprimento às diligências requeridas anteriormente.

86. Em setembro de 2001, o Delegado responsável pelas investigações informou que, devido ao acúmulo de trabalho, não havia realizado as diligências requeridas pelo Ministério Público.¹⁶⁶ Assim, em dezembro de 2001 o Ministério Público voltou a

¹⁵⁶ Cf. Manifestações de 6 de agosto e 20 de setembro de 1999 (expediente de prova, folhas 5546, 5554 e 5555).

¹⁵⁷ Cf. Ofício Nº. 278/2000 de 19 de junho de 2000 (expediente de prova, folhas 5568 e 5569).

¹⁵⁸ Cf. Manifestação do Ministério Público de 8 de agosto de 2000 (expediente de prova, folha 256).

¹⁵⁹ Cf. Decisão do Juiz de 14 de agosto de 2000 (expediente de prova, folha 257).

¹⁶⁰ Cf. Nota do Delegado de 26 de dezembro de 2000 (expediente de prova, folha 5575).

¹⁶¹ Nesta oportunidade, o Ministério Público solicitou ao dono do Motel Trevo que entregasse a lista completa dos veículos que ingressaram e saíram do Motel entre 17 e 18 de junho de 1998; que o responsável pelo departamento de informática do motel fosse interrogado para que informasse quem havia alterado ou deixado de entregar a lista completa de veículos solicitados anteriormente, já que a lista que havia sido enviada continha números estranhamente abaixo da média de clientes diários; a busca e devolução aos registros de uma fita cassete que havia desaparecido; que fosse ouvida novamente a testemunha que havia visto a retirada do cadáver de Márcia de um carro na manhã do dia 18 de junho de 1998, A.L.B., para perguntar-lhe quantas pessoas se encontravam presentes nesse veículo; o contra interrogatório de D.M., proprietário do veículo usado, que estava cedido ao deputado Aércio, para conhecer os detalhes da devolução do veículo; outro interrogatório a M.D.M. para saber se poderia informar se o assessor de Aércio Pereira de Lima, "Carlos", havia ido lavar o veículo antes de devolvê-lo ou recolhê-lo em outro lugar; o contra interrogatório de C.A.O. para esclarecer as razões que o levaram a omitir a declaração de M.D.M. de que estaria em posse do veículo utilizado na ocultação do corpo de Márcia; ouvir o filho do deputado Aércio Pereira de Lima e a M.C.C.S. para elucidar a intensa quantidade de chamadas que ambos fizeram ao parlamentar entre 17 e em 18 de junho, e o contra interrogatório de U.M.S para dizer se tinha informação adicional sobre as pessoas que ajudaram ao então Deputado a retirar o cadáver do interior do Motel Trevo. Cf. Manifestação do Ministério Público de 8 de março de 2001, (expediente de prova, folhas 258 a 260).

¹⁶² Cf. Manifestação do Delegado de Polícia Civil de 2 de abril de 2001 (expediente de prova, folhas 5594 a 5595).

¹⁶³ Cf. Manifestação do Ministério Público de 23 de abril de 2001 (expediente de prova, folha 262).

¹⁶⁴ Cf. Manifestação do Ministério Público de 28 de junho de 2001 (expediente de prova, folha 263).

¹⁶⁵ Cf. Manifestação do Ministério Público de 22 de agosto de 2001 (expediente de prova, folha 264).

¹⁶⁶ Cf. Manifestação do Delegado de Polícia de 27 de setembro de 2001 (expediente de prova, folha 265).

solicitar as diligências supra referidas.¹⁶⁷ De igual modo, em março de 2002, o Delegado informou que não havia sido possível proceder com os trâmites requeridos devido ao acúmulo de trabalho causado pela falta de pessoal e a falta de veículos em condições de trabalho.¹⁶⁸ Outrossim, em dezembro de 2002, o Delegado novamente manifestou não ter podido cumprir o que lhe havia sido ordenado.¹⁶⁹

87. Em março de 2003, o Ministério Público recomendou o arquivamento dos autos por insuficiência de prova,¹⁷⁰ o que foi determinado pelo Juiz.¹⁷¹

VIII MÉRITO

88. O caso *sub judice* se origina no homicídio de Márcia Barbosa de Souza, do qual foi acusado o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima, e versa sobre a suposta responsabilidade internacional do Brasil por violações ao direito de acesso à justiça da mãe e do pai de Márcia Barbosa de Souza, bem como da obrigação de investigar este crime com a devida diligência estrita requerida e dentro de um prazo razoável. Em que pese os fatos relacionados com o homicídio não estarem dentro da competência temporal do Tribunal, a Corte considera verossímil que o homicídio da senhora Barbosa de Souza tenha sido cometido por razões de gênero, especialmente em razão da situação assimétrica de poder econômico e político com respeito a seu agressor homem, além do estado no qual seu corpo foi encontrado¹⁷² —em um terreno baldio—, com vestígios de areia, o que indicava que possivelmente havia sido arrastado, com marcas de agressões, escoriações na região frontal, nasal e labial, hematomas distribuídos no rosto e nas costas, e com marcas de que havia sido submetida a uma ação compressiva no pescoço (par. 68 *supra*).

89. A Corte considera relevante recordar, tal como já afirmou anteriormente, que possui competência para conhecer de atos independentes que tenham ocorrido dentro das investigações e do processo penal iniciados em razão do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, com posterioridade a 10 de dezembro de 1998. Desse modo, encontram-se dentro da competência da Corte a decisão adotada pela Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba em 17 de dezembro de 1998 (par. 75 *supra*), a qual rejeitou a autorização para processar criminalmente o senhor Pereira de Lima, e também o pedido de diligências probatórias do Promotor responsável pela investigação contra os demais suspeitos, datada de 14 de dezembro de 1998

¹⁶⁷ Cf. Manifestação do Ministério Público de 28 de dezembro de 2001 (expediente de prova, folha 266).

¹⁶⁸ Cf. Manifestação do Delegado de Polícia de 11 de março de 2002 (expediente de prova, folha 5805).

¹⁶⁹ Cf. Manifestação do Delegado de Polícia de 12 de dezembro de 2002 (expediente de prova, folha 5808).

¹⁷⁰ Cf. Parecer escrito do Ministério Público de 12 de março de 2003 (expediente de prova, folhas 279 a 280).

¹⁷¹ Cf. Decisão do juiz de 18 de março de 2003 (expediente de prova, folhas 5825 e 5826). Segundo o artigo 18 do Código de Processo Penal brasileiro, “[d]epois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, [...] a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

¹⁷² Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C Nº 277, par. 178.

(par. 83 *supra*), bem como os atos realizados com posterioridade, na medida em que tenham relação íntima com estes.

90. Levando em consideração as alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, a Corte procederá a seguir a examinar o mérito deste caso na seguinte ordem: a) direitos às garantias judiciais, à proteção judicial e à igualdade perante a lei, em relação às obrigações de respeito e garantia, ao dever de adotar disposições de direito interno e às obrigações previstas no artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (doravante “Convenção de Belém do Pará”), e b) direito à integridade pessoal dos familiares de Márcia Barbosa de Souza.

VIII-1

DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS,¹⁷³ À IGUALDADE PERANTE A LEI¹⁷⁴ E À PROTEÇÃO JUDICIAL,¹⁷⁵ EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA,¹⁷⁶ AO DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO¹⁷⁷ E ÀS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 7 DA CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ¹⁷⁸

A. Alegações das partes e da Comissão

91. No que se refere à *imunidade parlamentar*, a Comissão afirmou que, apesar de que desde o início da investigação policial a responsabilidade pela morte de Márcia Barbosa de Souza foi atribuída ao senhor Pereira de Lima, não foi possível iniciar o processo penal porque a Assembleia Legislativa havia rejeitado, sem nenhuma motivação, o pedido de levantamento de sua imunidade parlamentar. Acrescentou que apenas em março de 2003 foi possível iniciar o processo contra o senhor Pereira de Lima, pois não foi reeleito como deputado. Afirmou que a imunidade parlamentar estava prevista na Constituição brasileira em termos muito amplos, motivo pelo qual, ao não cumprir os parâmetros de objetividade e razoabilidade, a norma era desproporcional e discriminatória. Por outra parte, considerou que a falta de fundamentação da Assembleia Legislativa para rejeitar os pedidos de autorização para o início do processo judicial demonstra que foram decisões arbitrárias. Considerou que a nova redação do artigo 53 da Constituição, modificado pela Emenda Constitucional N° 35/2001, continuava permitindo que o processo fosse suspenso e paralisado pela vontade dos deputados, de modo que não teria sido completamente corrigida a deficiência fundamental do caráter amplo e indefinido da imunidade parlamentar, o que perpetuaria a discriminação. Assim, concluiu que a imunidade parlamentar,

¹⁷³ Artigo 8 da Convenção Americana.

¹⁷⁴ Artigo 24 da Convenção Americana.

¹⁷⁵ Artigo 25 da Convenção Americana.

¹⁷⁶ Artigo 1.1 da Convenção Americana.

¹⁷⁷ Artigo 2 da Convenção Americana.

¹⁷⁸ Artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

aplicada ao caso concreto, constituiria uma violação aos direitos às garantias judiciais, ao princípio de igualdade e não discriminação e à proteção judicial.

92. Em relação ao *prazo razoável*, a Comissão considerou que o caso não tinha uma complexidade significativa, já que desde a conclusão da investigação policial existiam elementos de prova suficientes para iniciar o processo. Assinalou que a imunidade parlamentar foi a principal causa de demora, mas também contribuíram outras demoras provocadas pelas autoridades estatais. Portanto, concluiu que o Estado violou a garantia do prazo razoável.

93. Quanto à *devida diligência na investigação de outros possíveis responsáveis*, a Comissão ressaltou que, no relatório policial de 21 de julho de 1998, não foram individualizados os atos que constituíram os delitos do então deputado estadual e das outras quatro pessoas suspeitas. Argumentou que não foram produzidas todas as provas para poder determinar a responsabilidade, sem nenhuma justificção por isso, e que a investigação foi arquivada por falta de provas. Dessa maneira, concluiu que o Estado descumpriu o dever de investigar com a devida diligência.

94. Outrossim, a Comissão determinou a violação autônoma do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. A esse respeito, considerou que a impunidade do então deputado estadual foi um ato de tolerância por parte do Estado e especificou que não se refletiu exclusivamente neste caso, mas de forma sistemática. Acrescentou que “é uma tolerância de todo o sistema, que apenas perpetua as raízes e os fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra as mulheres”.¹⁷⁹ Concluiu que o Estado descumpriu sua obrigação de prevenir, investigar e sancionar a violência contra a mulher.

95. Os *representantes* alegaram que depois do reconhecimento da competência contenciosa da Corte o Estado realizou certas ações e omissões que violaram os direitos de Márcia Barbosa de Souza e de seus familiares. Especificaram que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial por: a) ter impedido a investigação sobre a responsabilidade do senhor Pereira de Lima através da figura da imunidade parlamentar, o que teria resultado em um atraso no processo penal, que causou que o então deputado nunca tenha sido sancionado pelos fatos; b) não ter investigado a todos os suspeitos, apesar de que existiam indícios sobre sua participação; e c) ter atrasado injustificadamente a tramitação das investigações. Outrossim, afirmaram que a imunidade parlamentar neste caso não respeitou os princípios de razoabilidade e proporcionalidade e sua aplicação acabou violando os direitos ao acesso à justiça e às garantias judiciais das supostas vítimas. Argumentaram que apesar de contar com múltiplos indícios sobre a participação do então deputado Aécio Pereira no homicídio de Márcia Barbosa de Souza, e apesar da ausência de motivação política na acusação, a imunidade parlamentar foi aplicada a fatos da mais alta gravidade, sem que tenha sido respeitado o devido processo e sem que a decisão proferida tenha sido motivada. Indicaram que, levando em consideração que o delito do presente caso é

¹⁷⁹ CIDH. Relatório de Mérito nº 54/01, *supra*, par. 55.

um feminicídio, não deveriam ser aplicáveis nenhuma excludente de responsabilidade. Também afirmaram que não se respeitou o procedimento estabelecido na norma brasileira para autorizar o processamento do então deputado.

96. Os representantes alegaram a violação do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em relação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Nesse sentido, argumentaram que, levando em consideração que o caso *sub judice* trata do homicídio de uma mulher jovem, com a participação de um alto funcionário do Estado, as autoridades deveriam ter atuado com especial diligência e que este dever era, ademais, reforçado pelas obrigações especiais derivadas da Convenção de Belém do Pará.

97. O *Estado* negou qualquer violação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, pois considerou ter posto à disposição recursos adequados e eficazes para a proteção dos direitos supostamente violados, os quais seguiram seu curso regular na jurisdição nacional. Enfatizou que não houve atos estatais destinados a impedir o acesso a estes recursos ou qualquer atraso indevido em sua tramitação. Acrescentou que a investigação policial foi realizada de forma rápida e eficaz, utilizando os meios legais para determinar a conduta dos suspeitos. Argumentou que, efetivamente ofereceu uma resposta judicial aos fatos considerados violadores dos direitos dos familiares de Márcia Barbosa, na medida em que o então deputado Aécio Pereira de Lima foi condenado em setembro de 2007, e apenas não cumpriu sua pena devido ao seu falecimento em fevereiro de 2008, o que consiste em um evento alheio à sua vontade. Quanto aos demais acusados, argumentou que houve uma investigação diligente, mas o promotor responsável pelo caso concluiu que não havia indícios suficientes sobre a participação dos mesmos, de modo que solicitou o arquivamento da investigação policial por insuficiência de provas. Afirmou que não utilizou a figura da imunidade parlamentar com o fim de impedir ou atrasar a investigação injustificadamente. Assinalou que a modificação da disposição constitucional relacionada com a imunidade parlamentar em 2001 está em absoluta consonância com o artigo 2 da Convenção Americana e, desse modo, o Estado teria adequado sua norma interna sobre o tema em tempo razoável. Manifestou que a imunidade parlamentar processual significa apenas a suspensão da determinação da responsabilidade por eventual delito até a conclusão do mandato eletivo ou a concessão da autorização pela câmara parlamentar correspondente, e que, durante este período também fica suspenso o prazo de prescrição do delito. Quanto ao prazo razoável, afirmou que o procedimento judicial previsto para os delitos dolosos contra a vida é mais complexo e, portanto, um pouco mais longo. Nesse sentido, argumentou que no presente caso este procedimento foi observado de forma devida e todas as garantias processuais foram respeitadas, de modo que a ação penal teve uma tramitação regular e dentro de um prazo razoável. Argumentou, ademais, que não há nenhuma informação no sentido de que os representantes ou as supostas vítimas tenham questionado a regularidade da tramitação do processo penal perante o Poder Judiciário interno ou instâncias administrativas.

B. Considerações da Corte

98. Levando em consideração as alegações apresentadas pelas partes e pela Comissão, bem como os fatos do caso e as provas disponíveis nos autos, a Corte se referirá a seguir a: 1) a alegada aplicação indevida da imunidade parlamentar; 2) a alegada falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos; 3) a alegada violação da garantia do prazo razoável; 4) a alegada utilização de estereótipos de gênero nas investigações, e 5) conclusão.

B.1. A alegada aplicação indevida da imunidade parlamentar

99. Tendo em vista que esta é a primeira vez em que este Tribunal analisará a aplicação da imunidade parlamentar no âmbito do direito de acesso à justiça e da obrigação reforçada de investigar com devida diligência, a Corte considera pertinente tecer algumas considerações gerais sobre o referido instituto, para então examinar sua aplicação no caso concreto.

a. Conceito e regulamentação da imunidade parlamentar

100. A imunidade parlamentar é um instituto que foi idealizado como uma garantia de independência do órgão legislativo¹⁸⁰ em seu conjunto e de seus membros,¹⁸¹ e não pode conceber-se como um privilégio pessoal de um parlamentar. Nessa medida, cumpriria o papel de garantia institucional da democracia.¹⁸² Não obstante isso, sob nenhuma circunstância, a imunidade parlamentar pode transformar-

¹⁸⁰ O Supremo Tribunal Federal do Brasil manifestou este mesmo entendimento ao afirmar, em sua decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526, de 11 de outubro de 2017, que “[...] as imunidades do Legislativo, assim como as garantias [dos Poderes] Executivo, Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas e devem ser asseguradas para o equilíbrio de um Governo Republicano e Democrático. [...] [a]s as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas às funções por ele exercidas, no intuito de preservar o Poder Legislativo de eventuais excessos ou abusos por parte [dos Poderes] Executivo ou Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais e mantendo sua representação popular”. Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Edvaldo Fernandes da Silva em 13 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folha 10061).

¹⁸¹ Ver, por exemplo, o artigo 5 do Regimento do Parlamento Europeu. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2020-02-03_ES.pdf.

¹⁸² Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Edvaldo Fernandes da Silva, *supra* (expediente de prova, folha 10062). No mesmo sentido também se manifestou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao expressar que a garantia de diversos graus de imunidade parlamentar por parte dos Estados: “busca os objetivos legítimos de proteger a liberdade de expressão no Parlamento e manter a separação de poderes entre a legislatura e o Poder Judiciário. De fato, diferentes formas de imunidade parlamentar podem servir para proteger a democracia política efetiva, que constitui uma das pedras angulares do sistema da Convenção, particularmente quando protegem a autonomia da legislatura e a oposição parlamentar. As garantias oferecidas por ambos os tipos de imunidade parlamentar (não responsabilidade e inviolabilidade) servem para garantir a independência do Parlamento no desempenho de sua tarefa. A inviolabilidade ajuda a alcançar a plena independência do Parlamento ao evitar qualquer possibilidade de procedimentos penais por motivos políticos (*fumus persecutionis*) e, portanto, proteger a oposição de pressões ou abusos por parte da maioria [...]. A proteção outorgada à liberdade de expressão no Parlamento serve para proteger os interesses do Parlamento em seu conjunto e não deve entender-se como a proteção outorgada unicamente aos parlamentares individuais. Cf. TEDH. *Caso Karácsony e outros Vs. Hungria* [GS], nº 42461/13 e 44357/13, Sentença de 17 de maio de 2016, pars. 138 e 146.

se em um mecanismo de impunidade, questão que, caso ocorresse, acabaria erodindo o Estado de Direito, seria contrária à igualdade perante a lei e tornaria ilusório o acesso à justiça das pessoas prejudicadas.¹⁸³

101. No Brasil, como já foi citado anteriormente (pars. 58 a 64 *supra*), à época dos fatos, a Constituição dispunha que “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”, e que “[d]esde expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.”¹⁸⁴ De acordo com o artigo 27, parágrafo 1º, da Constituição,¹⁸⁵ a disposição sobre a imunidade parlamentar também se aplicava aos deputados estaduais. Outrossim, a Constituição do Estado da Paraíba continha uma norma idêntica.¹⁸⁶ Na atualidade, a partir da aprovação da Emenda Constitucional 35/2001,¹⁸⁷ não se requer uma licença prévia do Legislativo para processar criminalmente a um parlamentar, mas é conferida ao Congresso Nacional, e também às assembleias legislativas estaduais, a prerrogativa de suspender a tramitação do processo penal iniciado contra um de seus membros.

102. A imunidade parlamentar garantida pela Constituição brasileira, como ocorre em diversos países, está dividida em duas espécies: (i) a imunidade material ou “não responsabilidade”, que implica a isenção de responsabilidade do parlamentar por suas ideias, votos e opiniões manifestadas no exercício do mandato, mesmo quando possam potencialmente lesar direitos de terceiros, e (ii) a imunidade formal ou processual, a qual impede, em maior ou menor grau, a prisão preventiva do parlamentar e pode condicionar a instauração ou continuação de processos penais contra o/a membro de uma câmara legislativa a algum tipo de autorização da mesma¹⁸⁸.

103. A Corte faz notar que o presente caso concerne apenas a imunidade parlamentar formal ou processual, uma vez que o início do processo penal contra o

¹⁸³ A imunidade parlamentar foi historicamente concebida com a finalidade de proteger os legisladores contra a “eventual utilização da via penal com a intenção de perturbar o funcionamento das Legislaturas ou de alterar a composição das mesmas como resultado da vontade popular”. No entanto, tal como sublinhou o perito Javier García, o sentido e alcance das imunidades parlamentares mudaram com as profundas transformações constitucionais tanto na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial, como na América Latina, a partir dos anos oitenta. Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública por Javier Hernández García, *supra* (expediente de prova, folhas 10361 e 10362). Por outra parte, é certo que quanto maior o grau de desenvolvimento do sistema de pesos e contrapesos e das ferramentas institucionais de equilíbrio no exercício dos poderes constitucionais, menor será a presunção de persecução penal por motivos políticos (*fumus persecutionis*) em relação a atuações judiciais ou processuais iniciadas contra um parlamentar. Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública por Javier Hernández García, *supra* (expediente de prova, folha 10362).

¹⁸⁴ Cf. Texto original do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil, *supra*.

¹⁸⁵ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, *supra*, artigo 27, parágrafo 1º.

¹⁸⁶ Cf. Constituição do Estado da Paraíba, *supra*.

¹⁸⁷ Cf. Emenda Constitucional nº 35, *supra*.

¹⁸⁸ Cf. Perícia prestada por Melina Fachin, *supra*; Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Daniel Sarmento, *supra*; Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Javier Hernández García, *supra*, e Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Edvaldo Fernandes da Silva, *supra*. O artigo 53 da Constituição Federal brasileira também prevê o chamado “foro por prerrogativa de função”, por meio do qual um deputado ou senador federal deve ser julgado diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a partir do momento em que comece a exercer seu cargo eletivo.

então deputado estadual Aécio Pereira de Lima, indiciado como autor do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, foi adiado em virtude da aplicação da imunidade parlamentar por parte da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, de acordo com o regime constitucional vigente na época. Em função do anterior, a análise da Corte sobre a aplicação da imunidade parlamentar no caso sob estudo se enfocará nesta espécie de imunidade.

104. Nos diversos países da região, assim como na maioria dos sistemas constitucionais e parlamentares europeus, os membros dos respectivos órgãos legislativos contam com diferentes níveis de proteção contra ações judiciais durante seu mandato.¹⁸⁹

105. Quanto à regulamentação da imunidade parlamentar nos Estados Parte da Convenção, o perito Javier García afirmou que muitos países contam com fórmulas diferentes de imunidade material e vários outros têm previstos diferentes mecanismos de imunidade processual, especialmente no que se refere à possibilidade de prisão de um congressista.¹⁹⁰

106. Ao examinar o ordenamento jurídico de alguns Estados Parte da Convenção no que concerne à imunidade parlamentar, a Corte verificou que, na Argentina, a Constituição da Nação¹⁹¹ reconhece a “imunidade de opinião” e a “imunidade de prisão”.¹⁹² De igual forma, na Costa Rica, a imunidade parlamentar encontra reconhecimento no artigo 110 da Constituição Política da República,¹⁹³ que exime de responsabilidade ao deputado por opiniões emitidas na Assembleia e impede sua privação de liberdade, exceto em alguns casos.¹⁹⁴ Por sua vez, no México, a imunidade

¹⁸⁹ Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Javier Hernández García, *supra* (expediente de prova, folha 10368). Segundo a Comissão de Veneza, a quase totalidade dos países democráticos do mundo dispõem de regras sobre a imunidade material para os membros do órgão legislativo. Ademais, em geral este tipo de imunidade é absoluta e não pode ser levantada. Por outra parte, vários países contam com regras sobre imunidade processual, ainda que costumem ser interpretadas “de maneira mais restrita, com mais isenções, e sempre pode ser levantada, geralmente pelo próprio órgão legislativo”. Ainda de acordo com a Comissão de Veneza, este último tipo de imunidade é mais complexo e controverso, e existe uma “grande variedade quanto a que tipo de delitos estão cobertos, e quanto às reações jurídicas das que estão protegidas os membros [do órgão legislativo]”. Cf. Comissão Europeia para a Democracia através do Direito. *Relatório sobre o Alcance e o Levantamento das Imunidades Parlamentares* (Estudo nº 714/2013), pars. 12, 14 175, 176, disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-e).

¹⁹⁰ Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Javier Hernández García, *supra* (expediente de prova, folha 10368).

¹⁹¹ Cf. Constituição da Nação da República Argentina: Lei nº 24.430 de 3 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

¹⁹² A imunidade de opinião se encontra regulamentada no artigo 68 deste corpo normativo, que estabelece que: “nenhum deputado pode ser acusado, questionado judicialmente ou incomodado pelas opiniões ou discursos que emitir no exercício do seu mandato de legislador”. Por outro lado, a imunidade de prisão está prevista no artigo 69, que dispõe: “nenhum senador ou deputado pode ser preso, desde o dia de sua eleição até o dia da sua destituição; Exceto no caso de ser pego em flagrante na execução de um crime que merece pena de morte, infame ou outra forma de punição [...]”.

¹⁹³ Cf. Constituição Política da República da Costa Rica de 7 de novembro de 1949. Disponível em: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?vValor1=1&vValor2=871.

¹⁹⁴ O artigo 110 da Constituição da República da Costa Rica prescreve que: “[o] Deputado não é responsável pelos pareceres emitidos na Assembleia. Durante as sessões, ele não pode ser preso por motivos civis, a menos que autorizado pela Assembleia ou com o consentimento do Deputado. A partir do momento em

parlamentar encontra respaldo, principalmente, na Constituição Política,¹⁹⁵ na Lei Orgânica do Congresso¹⁹⁶ e no Regimento do Senado.¹⁹⁷ O ordenamento jurídico mexicano prevê a inviolabilidade dos deputados e senadores por suas opiniões no desempenho de seus cargos,¹⁹⁸ bem como a imunidade formal, tanto em relação a prisão quanto ao processamento penal de parlamentares.¹⁹⁹ Nessa mesma linha, a Constituição Política da República da Guatemala prevê as prerrogativas relacionadas às imunidades parlamentares.²⁰⁰ Também em sentido semelhante está regulamentada a imunidade parlamentar no Uruguai.²⁰¹ O Chile possui uma norma um pouco distinta

que for declarado titular eleito ou suplente, até o final do seu prazo legal, não pode ser privado de liberdade por motivos criminais, salvo se já tiver sido previamente suspenso pela Assembleia. Esta imunidade não tem efeito em caso de flagrante delito, e tampouco em caso de renúncia do Deputado. No entanto, o deputado que for preso por flagrante delito, será liberado se a Assembleia assim ordenar.”

¹⁹⁵ Cf. Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 5 de fevereiro de 1917. Disponível em: http://www.deputados.gob.mx/LeisBiblio/pdf/1_280521.pdf.

¹⁹⁶ Cf. Lei Orgânica do Congresso dos Estados Unidos Mexicanos de 3 de setembro de 1999. Disponível em: http://www.deputados.gob.mx/LeisBiblio/pdf/168_080519.pdf.

¹⁹⁷ Cf. Regimento do Senado da República de 5 de março de 2013. Disponível em: <https://www.senado.gob.mx/comissões/cogati/docs/RSR.pdf>.

¹⁹⁸ O artigo 61 a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos indica: “Artigo 61. Os deputados e senadores são invioláveis em relação às opiniões que expressem no exercício de suas funções, nunca podendo ser repreendidos por elas. O Presidente de cada Câmara zelará pelo respeito da jurisdição constitucional dos seus membros e pela inviolabilidade das instalações onde se reúnem para as sessões.” Por sua vez, o artigo 11.2 da Lei Orgânica do Congresso dos Estados Unidos Mexicanos indica que: “[o]s deputados e senadores são invioláveis em relação às opiniões que expressarem no exercício de suas funções e nunca poderão ser repreendidos ou processados por elas”. Outrossim, o Regimento do Senado da República do México, em seu artigo 6.1, estabelece que: “[d]urante o exercício de seu mandato, os senadores contam com a imunidade estabelecida na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos e pelas leis. A referida imunidade se inicia uma vez realizado o ato previsto no artigo 128 da Constituição e termina no último dia do mandato.”

¹⁹⁹ Cf. Artigo 11.3 da Lei Orgânica do Congresso dos Estados Unidos Mexicanos: “[o]s deputados e senadores são responsáveis pelos crimes que cometerem durante o seu mandato e pelos crimes, contravenções ou omissões em que incorrerem no exercício da mesma função, mas não podem ser detidos e tampouco poderá ser exercida ação penal contra eles até que seja cumprido o procedimento constitucional, seja decidida a separação do cargo e a sujeição à ação dos tribunais comuns”. O artigo 6.2 do Regimento do Senado da República de México dispõe que “[o]s senadores são responsáveis pelos crimes que cometerem durante o mandato. Para que o processo penal seja instaurado contra eles, devem ser cumpridos os requisitos, trâmites e procedimentos estabelecidos pela Constituição e pela norma aplicável.”. Por sua vez, o artigo 7.1 do mesmo diploma legal estabelece que “[u]ma vez conhecida a detenção de um senador ou qualquer outra ação de autoridade judicial ou administrativa que obstaculize ou impeça o exercício de seu mandato, o Presidente imediatamente tomará as providências necessárias para resguardar a imunidade constitucional”.

²⁰⁰ O artigo 161 da Constituição da Guatemala dispõe que “Artigo 161. Prerrogativas dos deputados. Os deputados são representantes do povo e dignitários da Nação; Como garantia para o exercício das suas funções gozarão, a partir da data de sua declaração de eleição, das seguintes prerrogativas: a) Imunidade pessoal para não serem detidos ou processados, caso a Corte Suprema de Justiça não tenha previamente declarado que há razão para o início da causa, após conhecer o relatório do juiz de instrução nomeado para essa função. Excetua-se o caso de flagrante delito, em que o deputado acusado deve ser imediatamente colocado à disposição da Diretoria ou da Comissão Permanente do Congresso para os fins do respectivo julgamento preliminar. b) Não responsabilidade por suas opiniões, por sua iniciativa e pela forma de tratar os negócios públicos, no exercício das suas funções. [...]”. Constituição Política da República da Guatemala de 31 de maio de 1985. Disponível em: https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/congreso/marco_legal/ab811-cprg.pdf.

²⁰¹ A Constituição da República do Uruguai estabelece que: “Artigo 112. - Senadores e Deputados nunca serão responsáveis pelos votos e opiniões que emitirem no exercício de suas funções. Artigo 113. - Nenhum Senador ou Representante, a partir do dia de sua eleição até o dia de sua destituição, poderá ser preso, exceto no caso de crime em flagrante, e comunicado imediatamente à respectiva Câmara, com a informação sumária do fato. Artigo 114.- Nenhum Senador ou Representante, a partir do dia da sua eleição até o dia

sobre a imunidade formal, pois o Tribunal de Alçada é o órgão encarregado de autorizar o julgamento do parlamentar²⁰². De forma bastante distinta, a Bolívia²⁰³ veda o gozo da imunidade processual por parte dos membros do Poder Legislativo, ainda que garanta sua inviolabilidade, enquanto a Colômbia não contempla disposições normativas alusivas à imunidade parlamentar, mas apenas em relação à prerrogativa de foro.²⁰⁴

b. A aplicação da imunidade parlamentar processual em relação ao processo penal iniciado a partir do homicídio de Márcia Barbosa de Souza

107. A Corte considera que a análise da aplicação da imunidade parlamentar pode ser realizada apenas diante de um caso concreto, com o propósito de evitar que a decisão adotada pelo respectivo órgão legislativo seja arbitrária, e assim propicie a impunidade. A câmara legislativa deve, portanto, enfocar-se em examinar se estão presentes claros elementos de arbitrariedade no exercício da ação penal dirigida contra um parlamentar que possa comprometer a autonomia do legislador. Para

de sua destituição, pode ser acusado criminalmente, nem mesmo por crimes comuns que não sejam os previstos no artigo 93, salvo perante a sua respectiva Câmara, a qual, por dois terços de votos do total de seus membros, decidirá se há razão para o início da causa, e, em caso afirmativo, o declarará suspenso de suas funções e o colocará à disposição do Tribunal competente". Constituição da República do Uruguai de 2 de fevereiro de 1967. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleis/constitucion>.

²⁰² O artigo 61 da Constituição da República do Chile dispõe que "[o]s deputados e senadores apenas são invioláveis pelas opiniões que exprimirem e pelos votos que expressarem no exercício das suas funções, em sessão de câmara ou comissão. Nenhum deputado ou senador, a partir da data da sua eleição ou do juramento, conforme o caso, pode ser acusado ou privado da liberdade, salvo em caso de flagrante delito, caso o Tribunal de Recurso da respectiva jurisdição, em pleno, não autorizar a denúncia previamente, declarando haver razão para o início da causa. Esta resolução pode ser apelada à Corte Suprema. Em caso de prisão por delito em flagrante de deputado ou senador, os mesmos serão imediatamente colocados à disposição do respectivo Tribunal de Alçada, com a respectiva informação sumária. O Tribunal procederá então de acordo com as disposições do parágrafo anterior. A partir do momento em que declarar, por resolução definitiva, haver razão para o início da causa, o deputado ou senador acusado fica suspenso do cargo e submetido ao juiz competente". Constituição da República do Chile de 24 de outubro de 1980. Disponível em: <https://www.senado.cl/capitulo-v-congreso-nacional/senado/2012-01-16/100638.html>.

²⁰³ Os artigos 151 e 152 da Constituição Política do Estado da Bolívia regulamentam a imunidade das e dos membros da Assembleia nos seguintes termos: "Artigo 151. - I. As e os membros da Assembleia gozam de inviolabilidade pessoal durante o termo do seu mandato e, a partir de então, não podem ser processados criminalmente pelas opiniões, comunicações, representações, requerimentos, interpeleções, reclamações, propostas, expressões ou qualquer ato legislativo, de informação ou fiscalização que formulem ou realizem no exercício das suas funções. II. O domicílio, residência ou quarto das e dos membros da Assembleia são invioláveis e não podem ser revistados em hipótese alguma. Esta disposição aplicar-se-á a veículos de uso privado ou oficial e a escritórios de uso legislativo. Artigo 152. As e os membros da Assembleia não gozam de imunidade. Durante o seu mandato, nos processos penais, não será aplicada a medida cautelar de prisão preventiva, salvo em caso de flagrante delito". Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://web.senado.gob.bo/senado/marco-normativo>.

²⁰⁴ Nesse sentido, o artigo 186 da Constituição Política da República da Colômbia, indica: "Artigo 186. Os delitos cometidos pelos Congressistas serão conhecidos de forma privativa pela Corte Suprema de Justiça, única autoridade que poderá ordenar sua detenção. Em caso de delito em flagrante deverão ser presos e colocados imediatamente à disposição da mesma corte. Corresponderá à Sala Especial de Instrução da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça investigar e acusar perante a Sala Especial de Primeira Instância da mesma Sala Penal aos membros do Congresso pelos delitos cometidos. Contra as sentenças proferidas pela Sala Especial de Primeira Instância da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça procederá o recurso de apelação. Seu conhecimento corresponderá à Sala de Cassação Penal da Corte Suprema de Justiça [...]". Constituição Política da República da Colômbia de 20 de julho de 1991. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#186.

isso, é necessário realizar um exercício cuidadoso de ponderação entre a garantia do exercício do mandato para o qual o parlamentar foi eleito democraticamente, por um lado, e o direito de acesso à justiça, por outro.

108. Agora, à luz da finalidade da imunidade processual – a preservação da ordem parlamentar –, o exame do *fumus persecutionis* pressupõe um estudo da gravidade, da natureza e das circunstâncias dos fatos acusados, pois a resposta a um pedido de levantamento da imunidade parlamentar não pode derivar de uma atuação arbitrária da câmara legislativa, que ignore a natureza do conflito e as necessidades de proteção dos interesses e direitos em jogo.²⁰⁵

109. O Tribunal recorda que o dever de motivação é exigível a qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judiciária, cujas decisões possam afetar os direitos das pessoas, e que se adote estas decisões com pleno respeito às garantias do devido processo legal.²⁰⁶ A este respeito, o artigo 8 da Convenção estabelece as diretrizes do devido processo legal, o qual está composto por um conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos perante qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-los.²⁰⁷

110. Portanto, para evitar uma decisão arbitrária, a Corte considera que o órgão legislativo deve motivar sua decisão de levantamento ou não da imunidade processual. Isso porque esta decisão necessariamente terá impacto tanto nos direitos do parlamentar, relacionados com o exercício de suas funções, como no direito de acesso à justiça das vítimas das supostas infrações penais atribuídas a este mesmo parlamentar. Evidentemente, ao tratar-se de um órgão legislativo, não se pode exigir a fundamentação própria de uma decisão judicial. Como se observa no Brasil e em outros Estados Parte da Convenção, a decisão final da Câmara legislativa corresponde à votação de um parecer escrito ou relatório de uma comissão técnica deste órgão sobre o pedido de levantamento da imunidade parlamentar. Por conseguinte, o referido relatório técnico deve conter a motivação sobre a decisão adotada.²⁰⁸

111. Tendo em vista todo o anterior, a Corte considera que a decisão sobre a aplicação ou levantamento da imunidade parlamentar processual por parte do órgão parlamentar, em um caso concreto, deve: i) seguir um procedimento célere, previsto em lei ou no regimento interno do órgão legislativo, que contenha regras claras e

²⁰⁵ Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Javier Hernández García, *supra* (expediente de prova, folhas 10363 e 10364).

²⁰⁶ Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 71, e *Caso Casa Nina Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2020. Série C Nº 419, par. 88.

²⁰⁷ Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru, supra*, par. 69, e *Caso Casa Nina Vs. Peru, supra*, par. 88.

²⁰⁸ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que: “a falta de uma motivação capaz de revelar o fundamento da comissão responsável, juntamente com a ausência de critérios objetivos claramente definidos quanto às condições da suspensão da imunidade, privava a todas as pessoas afetadas pela decisão -neste caso tanto o demandante como as vítimas dos delitos supostamente cometidos por ele- dos meios que lhes permitiriam defender seus direitos”. TEDH, Voto concordante do Juiz Malinverni no *Caso Kart Vs. Turquia* [GS], nº 8917/05. Sentença de 3 de dezembro de 2009.

respeite as garantias do devido processo; ii) incluir um teste de proporcionalidade estrito, através do qual se deve analisar a acusação formulada contra o parlamentar e levar em consideração o impacto ao direito de acesso à justiça das pessoas que podem ser afetadas e as consequências de se impedir o julgamento de um fato delitivo, e iii) ser motivada e ter sua motivação vinculada à identificação e justificativa da existência ou não de um *fumus persecutionis* no exercício da ação penal proposta contra o parlamentar.

112. No caso concreto, de acordo com as normas brasileiras vigentes no momento em que ocorreram os fatos do caso, para que um parlamentar, federal ou estadual, fosse processado criminalmente, era necessária uma licença prévia da câmara legislativa à qual pertencia o mesmo (par. 58 *supra*). Portanto, a autorização do órgão parlamentar correspondente constituía condição de procedibilidade da eventual ação penal que se pretendesse iniciar contra um de seus membros.

113. A esse respeito, a Corte coincide com o indicado pelos peritos neste caso, quanto a que o arcabouço jurídico na época dos fatos tornava ilusória a possibilidade de levantar a imunidade parlamentar e dava margem para decisões arbitrárias e corporativistas por parte do órgão legislativo.²⁰⁹ Segundo a perita Melina Fachin, a imunidade parlamentar tal como estava regulamentada no âmbito federal e no Estado da Paraíba, antes da EC 35/2001, “implicava impunidade”.²¹⁰ No mesmo sentido, o perito Edvaldo Fernandes da Silva afirmou que “a imunidade parlamentar desenhada na Constituição de 1988 precisava ser reformada”, já que a mesma implicava riscos de impunidade.²¹¹ Outrossim, Brasil não controverteu a afirmação da Comissão e dos representantes quanto a que a disposição constitucional federal vigente à época dos fatos, a qual se refletia na Constituição da Paraíba, era inadequada e teria obstaculizado o avanço das investigações em relação ao homicídio de Márcia Barbosa. Inclusive mencionou em sua contestação que “o Estado brasileiro empreendeu esforços significativos [...] para adequar o marco normativo atinente a este tema, melhorando a disposição constitucional sobre imunidade parlamentar, à luz dos preceitos da [Convenção Americana]”.²¹²

114. Adicionalmente, e tomando em consideração as provas disponíveis nos autos, a Corte constata que havia um procedimento previsto no Regimento Interno e no Código de Ética da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba para a tramitação

²⁰⁹ A perita Fachin mencionou uma pesquisa publicada pelo jornal “*Folha de São Paulo*”, por meio da qual se assinalou que, entre 1991 e 1999, no âmbito federal, dos 151 pedidos de licença prévia apresentados pelo Supremo Tribunal Federal à Câmara de Deputados, 2 foram concedidos, 62 foram negados e 87 não foram analisados antes da conclusão dos mandatos dos parlamentares ou de sua renúncia. Outrossim, uma pesquisa realizada pelo jornal “*Correio da Paraíba*” constatou que, entre os anos de 1992 e 1999, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba negou mais de 15 pedidos de autorização para processar criminalmente deputados estaduais. Cf. versão escrita da perícia apresentada por Melina Fachin de 15 de janeiro de 2021 (expediente de prova, folha 10558).

²¹⁰ Cf. Perícia prestada por Melina Fachin durante a audiência pública realizada em 3 e 4 de fevereiro de 2021.

²¹¹ Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Edvaldo Fernandes da Silva, *supra* (expediente de prova, folhas 10070 e 10078).

²¹² Escrito de contestação do Estado de 17 de fevereiro de 2020, par. 197 (expediente de mérito, folha 264 e 265).

de um pedido de levantamento da imunidade parlamentar de um deputado. No entanto, esta norma não estabelecia com clareza se o órgão competente para emitir o parecer escrito sobre o pedido era a Comissão de Constituição ou o Conselho de Ética. Cabe sublinhar, ademais, que nem a regulamentação constitucional, nem tampouco o Regimento Interno da Assembleia da Paraíba²¹³ contemplavam os critérios que deveriam ser avaliados na tomada de decisão sobre a concessão da mencionada licença prévia. Em virtude disso, o Tribunal considera que não havia um procedimento com regras claras a ser seguido para determinar a aplicação ou levantamento da imunidade parlamentar.

A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, com base no art. 219, parágrafo 3, III, "b", da Resolução nº 469 (Regimento Interno da Assembleia), e no art. 42, IV, da Resolução nº 599 (Código de Ética e Decoro parlamentar), dá a conhecer que o Plenário aprovou na Sessão Extraordinária de 17 de dezembro de 1998 e promulga o seguinte: [...] Art. 1º Denega-se o pedido de licença solicitado pelo Tribunal de Justiça do Estado para processar criminalmente o Deputado Estadual Aécio Pereira de Lima, objeto do expediente [...] Art. 2 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação [...]²¹⁴

117. Posteriormente, em 31 de março de 1999, após o início de uma nova legislatura e levando em consideração a reeleição do senhor Pereira de Lima para o posto de deputado estadual, o Tribunal de Justiça da Paraíba apresentou à Assembleia Legislativa um novo pedido de autorização para o processamento criminal do então deputado,²¹⁵ o qual também foi negado. Com efeito, em ofício enviado pelo Presidente da Assembleia Legislativa ao Presidente do Tribunal de Justiça em fevereiro de 2000, foi informada a decisão do órgão parlamentar, nos seguintes termos:

[...] o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, em reunião celebrada em 29 de setembro de 1999, decidiu acolher a tese da defesa pelo arquivamento do pedido de renovação de licença para o início da Ação Penal contra o Deputado Aécio Pereira, devido a que o plenário desta Câmara denegou pedido idêntico, de acordo com a Resolução nº 614/98 [...]²¹⁶

²¹³ Cf. Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, *supra* (expediente de prova, folhas 5993 a 6090).

²¹⁴ Resolução da Assembleia Legislativa da Paraíba negando o pedido de autorização para processar criminalmente o deputado Aécio Pereira de Lima, *supra*.

²¹⁵ Cf. Nova Carta de solicitação de autorização para iniciar a ação penal contra o Deputado Aécio Pereira de Lima, *supra*.

²¹⁶ Cf. Ofício Nº 0008/GP do Presidente da Assembleia Legislativa da Paraíba ao Presidente do Tribunal de Justiça, enviada em 9 de fevereiro de 2000 (expediente de prova, folha 101).

118. Conforme decorre do texto de ambas as decisões supracitadas, a Corte constata que a Assembleia Legislativa da Paraíba não registrou nenhuma motivação, de modo que se presume que não realizou nenhuma análise sobre um eventual *fumus persecutionis* da ação penal que se buscava autorizar.

119. Ademais, a Corte considera que o procedimento seguido após o segundo pedido de licença prévia teve uma série de irregularidades, além da falta de motivação da decisão final, entre as quais se destacam a inobservância do procedimento previsto no Regimento Interno da Assembleia Legislativa quanto ao órgão da Assembleia que deveria elaborar o parecer escrito (“parecer”) sobre o pedido, bem como a ausência de votação pelo Plenário.²¹⁷ Adicionalmente, segundo a testemunha Valquíria Alencar, a opinião da deputada relatora não foi considerada; uma das deputadas ausentes não pode ser substituída por sua suplente, e duas deputadas foram impedidas de falar.²¹⁸

120. A Corte faz notar que, por tratar-se de um caso relativo à morte violenta de uma mulher (par. 88 *supra*), o que evidentemente não está relacionado com o exercício das funções de um deputado, a possibilidade do uso político da ação penal deveria ter sido analisada com ainda mais atenção e cautela, tendo em consideração o dever de devida diligência estrita na investigação e sanção de fatos de violência contra a mulher exigido no regime convencional²¹⁹. Ao contrário, o Tribunal adverte que ambas as resoluções da Assembleia Legislativa da Paraíba demonstram que o órgão legislativo não analisou ou fez nenhuma ponderação entre um eventual *fumus persecutionis* da acusação do Ministério Público e o direito de acesso à justiça dos familiares de Márcia Barbosa de Souza e a exigência de investigar com devida diligência estrita fatos de violência contra a mulher.

121. Em vista do que precede, a Corte conclui que o marco jurídico constitucional da Paraíba e regulamentar no Brasil, na data dos acontecimentos, obstaculizou de forma arbitrária o acesso à justiça dos familiares de Márcia Barbosa Souza, ao não prever os critérios que deveriam ser levados em consideração na análise do pedido de licença prévia, a necessidade de motivação da decisão ou o prazo para a decisão final. Ademais, a falta de motivação das duas decisões adotadas pela Assembleia Legislativa da Paraíba indica esta que não procedeu à realização de um teste rigoroso de proporcionalidade, através do qual seria levado em consideração o impacto no direito de acesso à justiça das pessoas que poderiam ser prejudicadas por estas decisões.

122. A Corte conclui que a negativa de levantamento da imunidade parlamentar do então deputado Aécio Pereira de Lima por parte do órgão legislativo foi um ato arbitrário, transformando-se esta negativa no mecanismo que propiciou a impunidade

²¹⁷ Cf. versão escrita do parecer pericial de Melina Fachin, *supra* (expediente de prova, folha 10520 a 10570).

²¹⁸ Cf. Declaração da testemunha Valquíria Alencar prestada em audiência pública realizada em 3 e 4 de fevereiro de 2021

²¹⁹ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C nº 205, par. 258, y *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de março de 2021. Série C nº 422, par. 134.

do homicídio da senhora Barbosa de Souza, tornando ilusório o efetivo acesso à justiça de seus familiares no presente caso.

123. Diante do exposto, este Tribunal considera que a aplicação da imunidade parlamentar no caso *sub judice* violou o direito de acesso à justiça da senhora M.B.S. e do senhor S.R.S., com relação às obrigações de respeito e garantia e ao dever de adotar disposições de direito interno.

B.2. A alegada falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos

124. Quanto à alegada falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos, a Corte considera pertinente recordar a natureza do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, uma vez que tem consequências para a referida análise, pese a que os fatos relacionados com o homicídio não estejam dentro da competência temporal do Tribunal. Com efeito, a Corte considerou verosímil que o homicídio da senhora Barbosa de Souza tenha sido cometido por razões de gênero (par. 88 *supra*). Ademais, apesar dos fortes indícios de que a morte violenta de Márcia Barbosa de Souza foi o resultado de violência de gênero, o Estado não realizou qualquer diligência probatória para determiná-lo.

125. A Corte recorda que, quando existem indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades sobre possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher pode constituir em si mesmo uma forma de discriminação baseada no gênero.²²⁰ A ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça.²²¹ Essa ineficácia ou indiferença constitui em si mesma uma discriminação à mulher no acesso à justiça.²²²

126. Adicionalmente, cabe ressaltar que o cumprimento da devida diligência na investigação da morte violenta de uma mulher implica também a necessidade de que se investigue desde uma perspectiva de gênero²²³.

²²⁰ Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C Nº 277, par. 208, e *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras, supra*, par. 107.

²²¹ Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México, supra*, pars. 388 e 400, e *Caso López Soto e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C Nº 362, par. 223

²²² Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 208, e *Caso López Soto e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 223.

²²³ Segundo o Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por razões de Gênero, a investigação da morte violenta de uma mulher com perspectiva de gênero permite: “[e]xaminar o ato como um crime de ódio, [...] [a]bordar a morte violenta de mulheres não como um ato conjuntural e circunstancial, e sim como um crime sistemático [...] [ir] além de possíveis linhas de investigação focadas em fundamentações individuais, naturalizadas ou em patologias, que tendem, geralmente, a representar os agressores como “loucos”, “fora de controle” ou “ciumentos”; ou a conceber essas mortes como o resultado de “crimes passionais” ou “conflitos conjugais”; [d]iferenciar os femicídios das mortes de mulheres ocorridas

127. A Corte entende que a devida diligência estará demonstrada no processo penal se o Estado conseguir provar que empreendeu todos os esforços, em um tempo razoável, para permitir a determinação da verdade, a identificação e sanção de todos os responsáveis, sejam estes particulares ou funcionários do Estado.²²⁴

128. Outrossim, a Corte indicou de maneira consistente que o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultados, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como um simples formalismo condenado de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.²²⁵ Ademais, a investigação deve ser séria, objetiva e efetiva, e deve estar orientada à determinação da verdade e à persecução, captura, e eventual julgamento e sanção dos autores dos fatos.²²⁶

129. Cabe recordar que, em casos de violência contra a mulher, as obrigações gerais previstas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana se complementam e se reforçam com as obrigações provenientes da Convenção de Belém do Pará.²²⁷ Em seu artigo 7.b), esta Convenção, de maneira específica, obriga os Estados Partes a utilizar a devida diligência para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher”.²²⁸

em outros contextos [...]; [e]vitar julgamentos de valor sobre condutas ou comportamento anterior da vítima e romper com a carga cultural e social que responsabiliza a vítima pelo que lhe ocorreu (“deve ter feito alguma coisa”, “ela procurou”, “talvez ela o tenha provocado”) [...] [d]ar visibilidade às assimetrias de poder e à forma como as desigualdades de gênero permeiam os papéis, normas, práticas e significações culturais entre homens e mulheres [...] e] [b]uscar alternativas legislativas em matéria de prevenção dos assassinatos de mulheres por razões de gênero, reconhecendo que, historicamente, as mulheres têm sido discriminadas e excluídas do pleno e autônomo exercício de seus direitos.” (Cf. OACNUDH e ONU Mulheres. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero*, supra, par. 102). O Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por razões de Gênero foi elaborado em 2014 pelo Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH), com o apoio do Escritório Regional para as Américas e o Caribe da Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), no âmbito da Campanha do Secretário-Geral das Nações Unidas “ÚNETE” para pôr fim à violência contra as mulheres. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/modelo%20de%20protocolo.ashx?la=es>.

²²⁴ Cf. *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*, supra, par. 221.

²²⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito., supra, par. 177, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2021. Série C Nº 434, par. 67.

²²⁶ Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 127, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador*, supra, par. 67.

²²⁷ Com relação à investigação de fatos cometidos contra mulheres, a aplicação da Convenção de Belém do Pará não depende de um grau absoluto de certeza sobre se o fato a ser investigado constituiu ou não violência contra a mulher nos termos desta Convenção. A este respeito, deve-se ressaltar que é através do cumprimento do dever de investigar estabelecido no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará que, em diversos casos, poderá determinar-se com certeza se o ato investigado constituiu ou não violência contra a mulher. O cumprimento desse dever não pode, portanto, ser dependente dessa certeza. Basta, então, para efeitos de fazer surgir a obrigação de investigar nos termos da Convenção de Belém do Pará, que o fato em questão, em sua materialidade, apresente características que, apreciadas razoavelmente, indiquem a possibilidade de que se trate de um fato de violência contra a mulher. Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala*, supra, nota de rodapé 254, e *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*, supra, nota de rodapé 293.

²²⁸ Cf. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215, par. 193, e *Caso Guzmán Albarracín e outras Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2020. Série C Nº 405, par. 177.

De tal modo, diante de um ato de violência contra uma mulher, resulta particularmente importante que as autoridades responsáveis pela investigação a conduzam com determinação e eficiência, levando em consideração o dever da sociedade de rejeitar a violência contra as mulheres e as obrigações do Estado de erradicá-la e de oferecer confiança às vítimas nas instituições estatais para sua proteção.²²⁹

130. A Corte também indicou que o dever de investigar tem um alcance adicional quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal em um contexto geral de violência contra as mulheres.²³⁰ Com frequência é difícil provar na prática que um homicídio ou ato de agressão violento contra uma mulher foi perpetrado por razões de gênero. Essa dificuldade às vezes deriva da ausência de uma investigação profunda e efetiva por parte das autoridades sobre o incidente violento e suas causas. Por essa razão as autoridades estatais têm a obrigação de investigar *ex officio* as possíveis conotações discriminatórias por razão de gênero em um ato de violência perpetrado contra uma mulher, especialmente quando existem indícios concretos de violência sexual, de algum tipo ou evidências de crueldade contra o corpo da mulher (por exemplo, mutilações), ou mesmo quando esse ato se enquadra dentro de um contexto de violência contra a mulher existente em um país ou determinada região.²³¹ Outrossim, a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero.²³²

131. Por outra parte, a jurisprudência da Corte indica que um Estado pode ser responsável por deixar de “ordenar, praticar ou avaliar provas que houvessem sido de muita importância para o devido esclarecimento dos homicídios”.²³³

132. Ao examinar o acervo probatório do presente caso, a Corte constata que, apesar de existirem indícios que apontavam na direção da possível participação de outras pessoas no homicídio de Márcia Barbosa de Souza,²³⁴ não foram realizadas uma série de diligências investigativas relevantes por parte da Polícia Civil da Paraíba (pars. 83 a 86 *supra*). Com efeito, o Promotor responsável pelo caso, fazendo uso de suas atribuições legais, solicitou em várias oportunidades ao Delegado de Polícia encarregado das investigações, o parecer de um perito médico forense para elucidar se a informação contida no exame cadavérico levaria a pensar que Marcia não teria morrido por estrangulamento, mas por asfixia provocada por uma overdose; ou listas

²²⁹ Cf. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México*, *supra*, par. 193, e *Caso Guzmán Albarracín e outras Vs. Equador*, *supra*, par. 177.

²³⁰ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, *supra*, par. 293, e *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C Nº 307, par. 146.

²³¹ Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 187. *Caso Velásquez Paiz*, *supra*, par.146.

²³² Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, *supra*, par. 455, e *Caso V.R.P., V.P.C. e outros Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 350, nota de rodapé 195.

²³³ *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros). Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 230, e *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 152.

²³⁴ Cf. Relatório final da Delegacia de Delitos contra a Pessoa, *supra*.

de entradas e saídas de veículos na data do fato de vários motéis, incluindo o Motel Trevo; a declaração dos proprietários e gerentes do Motel Trevo, bem como do porteiro e de outros empregados que trabalharam na madrugada da morte de Márcia, e a realização de exames grafotécnicos nas notas encontradas nos bolsos e pertences de Márcia, que registravam os números de telefone utilizados por Aécio Pereira de Lima e outros para esclarecer se essas notas haviam sido escritas pela senhora Barbosa de Souza ou por um terceiro. O Delegado, em reiteradas oportunidades, não cumpriu o solicitado com a justificação de “acúmulo de trabalho”. Outrossim, após uma série de pedidos de diligências complementares por parte do Promotor responsável, este acabou aceitando a omissão do Delegado de Polícia Civil da Paraíba e requereu o arquivamento da investigação por ausência de provas, o que foi acatado pelo juiz competente.

133. Em virtude do anterior, o Tribunal conclui que o Estado *não* cumpriu sua obrigação de atuar com a devida diligência para investigar seriamente e de forma completa a possível participação de todos os suspeitos do homicídio de Márcia Barbosa.

B.3. A alegada violação da garantia do prazo razoável

134. A Corte indicou que o direito de acesso à justiça em casos de violações aos direitos humanos deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os eventuais responsáveis.²³⁵ Outrossim, uma demora prolongada no processo pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação às garantias judiciais.²³⁶

135. No presente caso, a Corte considera que não é necessário analisar a garantia do prazo razoável à luz dos elementos estabelecidos em sua jurisprudência.²³⁷ Com efeito, o Tribunal adverte que o atraso no andamento do processo se deve principalmente aos quase cinco anos durante os quais a ação penal não pôde ser iniciada, devido à negativa arbitrária por parte da Assembleia Legislativa em conceder

²³⁵ Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 114, e *Caso Coc Max e outros (Massacre de Xamán) Vs. Guatemala, supra*, par. 79.

²³⁶ Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 145, e *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil, supra*, par. 222.

²³⁷ O Tribunal estabeleceu que a avaliação do prazo razoável deve ser analisada em cada caso concreto, em relação à duração total do processo, o que poderia também incluir a execução da sentença definitiva. Dessa maneira, considerou quatro elementos para analisar o cumprimento da garantia do prazo razoável, a saber: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciais, e d) o prejuízo gerado na situação jurídica da suposta vítima. A Corte recorda que corresponde ao Estado justificar, com fundamento nos critérios indicados, a razão pela qual requereu do tempo transcorrido para tramitar os casos e, na eventualidade de que este não o demonstre, a Corte tem amplas atribuições para fazer sua própria estimativa a respeito. O Tribunal reitera, ademais, que se deve apreciar a duração total do processo, desde o primeiro ato processual até o proferimento da sentença definitiva, incluindo os recursos aos tribunais superiores que poderiam eventualmente ser impetrados. Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, pars. 71 e 72; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 156, e *Caso Ríos Avalos e outro Vs. Paraguai, supra*, par. 166 e 167.

a licença prévia para o processo penal do então deputado Aécio Pereira de Lima, em aplicação da imunidade parlamentar.

136. A Corte considera que a aplicação arbitrária da imunidade parlamentar, a demora excessiva e a sensação de impunidade gerada pela falta de resposta judicial agravaram a situação dos familiares de Márcia Barbosa, especialmente em razão da assimetria de poder econômico e político existente entre o acusado e os familiares.

137. Portanto, em atenção às considerações anteriores e devido a que transcorreram quase 10 anos desde os fatos do presente caso até a sentença penal condenatória em primeira instância, o Tribunal conclui que o Brasil violou o prazo razoável na investigação e tramitação do processo penal relacionados com o homicídio de Márcia Barbosa de Souza.

B.4. A alegada utilização de estereótipos de gênero nas investigações

138. No que tange ao princípio de igualdade perante a lei e não discriminação, a Corte indicou que a noção de igualdade decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior a um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, em sentido contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou discrimine de qualquer forma no gozo de direitos reconhecidos a quem não são considerados como incluídos naquela situação.²³⁸ Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele descansa o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*.²³⁹

139. A Corte já indicou que, ao passo que a obrigação geral do artigo 1.1 da Convenção Americana se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos contidos neste tratado, o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”.²⁴⁰ O artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos previstos na mesma, mas no que respeita a todas as leis aprovadas pelo Estado e sua aplicação. Isto é, não se limita a reiterar o disposto no artigo 1.1 da Convenção, a respeito da obrigação dos Estados de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos reconhecidos no tratado, mas estabelece um direito que também acarreta obrigações ao Estado de respeitar e

²³⁸ Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 55, e *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, supra, par. 82.

²³⁹ Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2013. Série A Nº 18, par. 101, 103 e 104, e *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, supra, par. 182.

²⁴⁰ Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, supra, par. 53 e 54, e *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*, supra, par. 65.

garantir o princípio de igualdade e não discriminação na proteção de outros direitos e em toda a legislação interna que venha a adotar.²⁴¹ Em conclusão, a Corte afirmou que, se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana.²⁴²

140. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o artigo 24 da Convenção também contém um mandato orientado a garantir a igualdade material. Assim, o direito à igualdade previsto na referida disposição tem uma dimensão formal, a qual protege a igualdade perante a lei, e uma dimensão material ou substantiva, que determina “a adoção de medidas positivas de promoção a favor de grupos historicamente discriminados ou marginalizados em razão dos fatores aos que faz referência o artigo 1.1 da Convenção Americana”.²⁴³

141. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher prevê a obrigação dos Estados parte de “[m]odificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.”²⁴⁴ Sobre esse particular, o Comitê CEDAW se manifestou no sentido de que a presença de estereótipos de gênero no sistema judicial impacta de forma grave o pleno desfrute dos direitos humanos das mulheres, uma vez que “[p]odem impedir o acesso à justiça em todas as esferas da lei e podem afetar particularmente às mulheres vítimas e sobreviventes de violência”.²⁴⁵

142. No âmbito interamericano, a Convenção de Belém do Pará afirma em seu preâmbulo que a violência contra a mulher é “manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” e também reconhece que o direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui o direito a ser livre de toda forma de discriminação.²⁴⁶

143. No caso *Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*, a Corte reiterou que o estereótipo de gênero se refere a uma concepção de atributos, condutas ou características possuídas ou papéis, que são ou deveriam ser executados por

²⁴¹ Cf. *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 186, e *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289, par. 217.

²⁴² Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209, e *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras, supra*, par. 65.

²⁴³ *Caso Empleados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 199. Ver também *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras, supra*, par. 66.

²⁴⁴ CEDAW, artigo 5.a.

²⁴⁵ Cf. ONU, Comitê CEDAW, *Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça*, 3 de agosto de 2015, CEDAW/C/GC/33, par. 26.

²⁴⁶ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México, supra*, par. 394, citando a Convenção de Belém do Pará, preâmbulo e artigo 6.

homens e mulheres, respectivamente,²⁴⁷ e que é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes. Nesse sentido, sua criação e uso se converte em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher, condições que se agravam quando se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente na fundamentação e na linguagem das autoridades estatais.²⁴⁸

144. Em particular, a Corte reconheceu que os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando em sua percepção para determinar se ocorreu ou não um fato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima. Os estereótipos “distorcem as percepções e dão lugar a decisões baseadas em crenças preconcebidas e mitos, em lugar de fatos”, o que por sua vez pode dar lugar à denegação de justiça, incluindo a revitimização das denunciadas.²⁴⁹

145. O Tribunal já se posicionou anteriormente sobre a importância de reconhecer, visibilizar e rejeitar os estereótipos de gênero através dos quais, em casos de violência contra a mulher, as vítimas são assimiladas, por exemplo, ao perfil de um membro de gangue e/ou uma prostituta e/ou uma “qualquer”, e não são consideradas suficientemente importantes para ser investigados, outrossim fazendo da mulher responsável ou merecedora de ter sido atacada. Nesse sentido, a Corte rejeitou qualquer prática estatal mediante a qual se justifica a violência contra a mulher e lhe atribui culpa, uma vez que avaliações dessa natureza mostram um critério discricionário e discriminatório com base na origem, condição e/ou comportamento da vítima pelo simples fato de ser mulher. Consequentemente, a Corte considerou que estes estereótipos de gênero nocivos ou prejudiciais são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los onde quer que ocorram.²⁵⁰

146. No caso *sub judice*, a Corte verifica que existiu uma intenção de desvalorizar a vítima por meio da neutralização de valores. Com efeito, durante toda a investigação e o processo penal, o comportamento e a sexualidade de Márcia Barbosa passaram a ser um tema de atenção especial, provocando a construção de uma imagem de Márcia como geradora ou merecedora do ocorrido, e desviando o foco das investigações através de estereótipos relacionados com aspectos da vida pessoal de Márcia Barbosa, que por sua vez foram utilizados como fatos relevantes para o próprio processo.²⁵¹ O fato de que era uma mulher representou um fator facilitador de que “o significado

²⁴⁷ Cf. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 180.

²⁴⁸ Cf. *Mutatis mutandis*, *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, *supra*, par. 401.

²⁴⁹ Cf. *Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2017. Série C Nº 339, par. 173, e *Caso Guzmán Albarracín e outras Vs. Equador*, *supra*, par. 189. Ver, no mesmo sentido, ONU, Comitê CEDAW, *Recomendação Geral Nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça*, *supra*, par. 26.

²⁵⁰ Cf. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 183.

²⁵¹ Cf. *Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes*, *supra* (expediente de prova, folha 10402).

do ocorrido se construa com base em estereótipos culturais gerais, ao invés de concentrar-se no contexto do ocorrido e nos resultados objetivos apresentados pela investigação”.²⁵²

147. Com efeito, nas diversas declarações testemunhais tomadas no curso da investigação policial e no processo penal, nota-se a reiteração de perguntas sobre a sexualidade de Márcia Barbosa. De igual modo, foram identificadas perguntas sobre o consumo de drogas e álcool. Por sua vez, o exame químico toxicológico levado a cabo nos primeiros dias das investigações, paralelamente à autópsia, havia registrado uma quantidade insignificante de substâncias em seu sangue, o que permitiria à senhora Barbosa de Souza manter suas faculdades normais de reflexos.²⁵³ Nesse sentido, a perita Soraia Mendes afirmou que, das 12 testemunhas ouvidas, sete conheciam a senhora Barbosa de Souza e a todos lhes foi perguntado sobre o possível uso de drogas por parte de Márcia, e a duas sobre sua sexualidade.²⁵⁴

148. De acordo com a perita Soraia Mendes, a repetição de provas testemunhais buscou construir uma imagem de Márcia Babosa para gerar dúvidas a respeito da responsabilidade penal do então deputado por seu homicídio.²⁵⁵ A perita Mendes enfatizou que as testemunhas não apenas foram inquiridas sobre os fatos, mas também sobre a conduta social, a personalidade e a sexualidade de Márcia Barbosa, o que indicaria uma “investigação sobre a vítima, seu comportamento, sua reputação. Algo que toma as páginas dos jornais e se projeta para os autos do processo judicial com ainda mais força”.²⁵⁶

149. Outrossim, durante a tramitação do processo penal contra Aécio Pereira de Lima perante o Tribunal do Júri, o advogado de defesa solicitou a incorporação aos autos do processo de mais de 150 páginas de artigos de jornais que se referiam à prostituição, overdose e suposto suicídio (par. 71 *supra*), para vinculá-los a Márcia Barbosa com a intenção de afetar sua imagem. Adicionalmente, o defensor realizou diversas menções no curso do processo sobre a orientação sexual da vítima, um suposto vício de drogas, comportamentos suicidas e depressão.²⁵⁷ Igualmente, descreveu a Márcia como uma “prostituta” e a Aécio como “o pai de família” que “se deixou levar pelos encantos de uma jovem” e que, em um momento de raiva, teria “cometido um erro”.²⁵⁸

150. Tendo em vista as considerações acima, o Tribunal conclui que a investigação e o processo penal pelos fatos relacionados ao homicídio de Márcia

²⁵² Cf. OACNUDH e ONU Mulheres. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero*, *supra*, p. 24.

²⁵³ Cf. Declaração de Lúcia de Fátima Vasconcelos Dias, incorporada dentro da resolução de 27 de julho de 2005 (expediente de prova, folha 2300 e 2301).

²⁵⁴ Cf. Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes, *supra* (expediente de prova, folha 10428).

²⁵⁵ Cf. Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes, *supra* (expediente de prova, folha 10422 e 10424).

²⁵⁶ Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes, *supra* (expediente de prova, folha 10444).

²⁵⁷ Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado de Amazonas, *supra* (expediente de prova, folhas 675 e 676).

²⁵⁸ Cf. Escrito de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado de Amazonas, *supra* (expediente de prova, folha 676).

Barbosa de Souza tiveram um caráter discriminatório por razão de gênero e não foram conduzidos com uma perspectiva de gênero de acordo com as obrigações especiais impostas pela Convenção de Belém do Pará. Portanto, o Estado não adotou medidas dirigidas a garantir a igualdade material no direito de acesso à justiça em relação a casos de violência contra as mulheres, em prejuízo dos familiares de Márcia Barbosa de Souza. Esta situação implica que, no presente caso, não foi garantido o direito de acesso à justiça sem discriminação, assim como o direito à igualdade.

B.5. Conclusão

151. Em virtude do exposto ao longo deste capítulo, a Corte considera que o Estado do Brasil violou os direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b da Convenção Belém do Pará, em prejuízo da senhora M.B.S. e do senhor S.R.S.

VIII-2 DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES DE MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA²⁵⁹

A. Alegações das partes e da Comissão

152. A *Comissão* considerou que o direito à integridade psíquica e moral dos familiares da suposta vítima foi violado devido aos seguintes fatores: i) o seu homicídio; ii) a falta de investigação dos outros suspeitos; iii) o atraso na abertura do caso contra o então deputado; iv) a impunidade em que teria vivido o então deputado, e v) a duração de quase dez anos do processo penal.

153. Os *representantes* coincidiram com a Comissão no sentido de que o Estado violou o direito à integridade pessoal dos familiares de Márcia Barbosa de Souza em virtude do sofrimento gerado pela impunidade dos fatos. Destacaram as declarações de seus pais, os quais manifestaram: “[s]ó acredito na justiça de Deus, pois nunca vi gente grande ser presa por matar pobre” e “é a gente rica contra a gente pobre [...]”. Em função do anterior, alegaram que a assimetria de poderes existente neste caso teria agravado o sofrimento da família da suposta vítima.

154. O *Estado* manifestou que o processo penal foi realizado de acordo com o devido processo e as garantias processuais correspondentes, de acordo com o prescrito na Convenção Americana e na Constituição brasileira. Ademais, afirmou que todas as fases estiveram marcadas pelo respeito aos princípios do procedimento contraditório e à ampla defesa. No entanto, comentou que, em virtude da complexidade do procedimento judicial previsto para o delito de homicídio, o trâmite do processo teve maior duração, mas que isso não implicou a impunidade do acusado. Considerou que a conduta das

²⁵⁹ Artigo 5.1 da Convenção Americana.

autoridades policiais e judiciais desde o homicídio da suposta vítima até o falecimento do acusado foi plenamente satisfatória, de modo que não houve demoras indevidas nem atuações que denegaram a justiça. Argumentou que não há provas de que o Estado tenha incorrido em uma demora injustificada no processo penal nem de que tenha sido negligente em seu dever de investigar, processar e sancionar o responsável pela morte da suposta vítima. afirmou que o Estado ofereceu uma resposta judicial para os fatos considerados violadores dos direitos dos familiares de Márcia Barbosa de Souza, e que a punibilidade foi extinta por uma causa alheia ao Estado, qual seja a morte do senhor Pereira de Lima em fevereiro de 2008. Finalmente, ressaltou que o Estado deve garantir igualdade perante a lei a todas as pessoas e que não poderia ter agilizado o processo se isso implicasse a violação das garantias processuais das partes.

B. Considerações da Corte

155. A Corte considerou, em reiteradas oportunidades, que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.²⁶⁰ Este Tribunal considerou que é possível declarar violado o direito à integridade psíquica e moral de “familiares diretos” de vítimas e de outras pessoas com vínculos estreitos com tais vítimas, em razão do sofrimento adicional que estes padeceram como produto das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus entes queridos, e por causa das posteriores atuações ou omissões das autoridades estatais frente a estes fatos,²⁶¹ tomando em consideração, entre outros, as gestões realizadas para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar.²⁶²

156. Com efeito, o acervo probatório do presente caso permite constatar que a senhora M.B.S. e o senhor S.R.S. padeceram de um profundo sofrimento e angústia em detrimento de sua integridade psíquica e moral, devido ao homicídio de sua filha, Márcia Barbosa de Souza, e à atuação das autoridades estatais durante a investigação sobre o ocorrido. Nesse sentido M.B.S. declarou que:

Eu [...] adoeci mesmo, até hoje eu tenho problema de saúde, depois [...] da morte da Márcia, passei uns tempos com depressão, ainda hoje tomo medicamento para a pressão [...] [e] não gosto de viver mais. [D]esde o tempo que levaram a minha filha, tiraram a vida dela, que eu não tenho mais vontade de viver. A minha vida é só sofrimento.²⁶³

²⁶⁰ Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997*. Série C Nº 34, quarto ponto resolutivo, e *Caso Guachalá Chimbo e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de março de 2021*. Série C Nº 423, par. 217.

²⁶¹ Cf. *Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998*. Série C Nº 36, par. 114, e *Caso Guachalá Chimbo e outros Vs. Equador, supra*, par. 217.

²⁶² Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000*. Série C Nº 70, par. 163, e *Caso Guachalá Chimbo e outros Vs. Equador, supra*, par. 217.

²⁶³ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por M.B.S., *supra* (expediente de prova, folha 10172).

157. Outrossim, afirmou que uma situação parecida teria sucedido ao pai de Márcia Barbosa de Souza, quem teria adoecido e falecido em função do alcoolismo iniciado durante a busca por justiça pela morte de sua filha.²⁶⁴

158. Igualmente, a irmã de Márcia Barbosa de Souza, Mt.B.S., declarou que:

Minha mãe [...] é muito frágil por conta disso. [D]epois da morte de minha irmã, ela ficou doente, tem que tomar calmante para dormir, adquiriu um problema de pressão [...] [M]eu pai virou alcoólatra [...] morreu muito cedo [...] por causa da bebida.²⁶⁵

159. No mesmo sentido, a perícia psicossocial realizada pela perita Gilberta Santos Soares corroborou as declarações da mãe e da irmã de Márcia Barbosa de Souza. A perita concluiu que:

O sofrimento psicológico é o maior desconforto que acompanha a senhora M.B.S., que convive com queixas de tristeza, medo, angústia, desesperança, desestímulo, solidão, sentimento de vazio, fragilidade, isolamento, instabilidade emocional e perda do interesse pela vida. [...]

O [...] pai de Márcia agravou a adição ao álcool, com um alto nível de dependência. Em consequência adquiriu a doença que lhe levou ao óbito precoce, com apenas 50 anos de idade. Sua morte aconteceu 11 anos após o assassinato de Márcia, após a realização do julgamento, com pena de prisão definida, seguida do recurso do deputado para aguardar em liberdade e a morte do mesmo. O vício pode ter contribuído para aplacar a sua dor e a falta de Márcia, a revolta e o sentimento de impotência e menos valia, advindo da constatação da negligência das instituições com a família, levando-o ao estado de torpor e esquecimento.²⁶⁶

160. Por outro lado, as provas disponíveis nos autos dão conta de que houve uma grande repercussão midiática deste caso, com aproximadamente 320 notas jornalísticas em um período de 10 anos.²⁶⁷ A cobertura midiática do caso especulou

²⁶⁴ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por M.B.S., *supra* (expediente de prova, folha 10173).

²⁶⁵ Cf. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública por Mt.B.S., *supra* (expediente de prova, folhas 10180 e 10181).

²⁶⁶ Cf. Perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Gilberta Santos Soares, *supra* (expediente de prova, folhas 10344, 10353 e 10354).

²⁶⁷ Cf. AZEVÉDO, Sandra Raquel dos Santos. "A Violência de Gênero nas Páginas dos Jornais". BOCC. Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação, v. 1, 2010 (expediente de prova, folhas 5842, 5848 e 5849).

sobre a vida pessoal e a sexualidade de Márcia²⁶⁸ e reforçou os estereótipos de gênero²⁶⁹ contidos nas investigações, de forma que expôs a família de Márcia Babosa a uma revitimização, causando um sofrimento adicional.

161. Por último, o Tribunal recorda que, apesar da existência de uma condenação em primeira instância contra o senhor Pereira de Lima pelo homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba considerou pertinente realizar uma homenagem ao ex-deputado, de modo que seu corpo foi velado no Salão Nobre da Assembleia e foi decretado luto oficial por três dias (par. 81 *supra*). Nesse sentido, a Corte considera que é evidente que o evento em questão também impactou de forma grave a integridade pessoal dos familiares da senhora Barbosa de Souza, tendo gerado um grave sofrimento.

162. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal conclui que o Estado violou o direito à integridade pessoal reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo da senhora M.B.S. e do senhor S.R.S.

IX REPARAÇÕES

163. De acordo com o disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente, e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado²⁷⁰.

164. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja factível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.²⁷¹ Nesse sentido, a Corte considerou a necessidade de outorgar diversas medidas de reparação a fim de ressarcir os danos de maneira integral de forma que,

²⁶⁸ Cf. Perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Gilberta Santos Soares, *supra* (expediente de prova, folha 10342).

²⁶⁹ Os vários artigos de imprensa criaram uma imagem de Márcia como uma jovem mulher, “pobre”, “viciada”, proveniente de uma cidade pequena do interior da Paraíba que desejava “conhecer políticos influentes” e assim se relaciona com um “homem rico e poderoso” e tem um “fim trágico.” Cf. Perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Gilberta Santos Soares, *supra* (expediente de prova, folha 10342).

²⁷⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, pars. 24 e 25, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 95.

²⁷¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, pars. 25 e 26, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 95.

além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância em função dos danos causados.²⁷²

165. Ademais, este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, e com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá analisar esta simultaneidade de fatores para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.²⁷³ Outrossim, a Corte considera que as reparações deverão incluir uma análise que contemple não apenas o direito das vítimas a obter uma reparação, mas também incorporem uma perspectiva de gênero, tanto em sua formulação como em sua implementação.²⁷⁴

166. Assim, ao ter presente as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção Americana e à Convenção de Belém do Pará declaradas na presente Sentença, o Tribunal procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes das vítimas, bem como as observações do Estado, à luz dos critérios determinados em sua jurisprudência em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados.²⁷⁵

A. Parte lesada

167. Este Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a quem tenha sido declarada vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, esta Corte considera como “parte lesada” a M.B.S. e S.R.S.²⁷⁶, isto é, a mãe e o pai de Márcia Barbosa de Souza, quem em seu caráter de vítimas das violações declaradas no capítulo VIII serão beneficiários das reparações ordenadas pela Corte.

B. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis

168. A *Comissão* solicitou que a Corte ordene ao Estado reabrir a investigação de maneira diligente, efetiva e dentro de um prazo razoável com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa, identificar todas as possíveis responsabilidades em relação ao homicídio de Márcia Barbosa de Souza e as demoras que resultaram em

²⁷² Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 226, e *Caso Ríos Avalos e outro Vs. Paraguai*, *supra*, par. 179.

²⁷³ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110, e *Caso Ríos Avalos e outro Vs. Paraguai*, *supra*, par. 179.

²⁷⁴ Cf. *Caso I.V. Vs Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 329, par. 326, e *Caso Guzmán Albarracín e outras Vs. Equador*, *supra*, par. 215.

²⁷⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, pars. 25 a 27, e *Caso Moya Solís Vs. Peru*, *supra*, par. 113.

²⁷⁶ Falecido em 2009. Cf. Perícia psicossocial prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Gilberta Santos Soares, *supra* (expediente de prova, folha 10337).

impunidade e adotar as medidas necessárias para sanar as omissões ocorridas na investigação dos demais possíveis responsáveis. Ademais, a Comissão ressaltou que o Estado não poderia utilizar as garantias de *ne bis in idem*, coisa julgada ou prescrição para justificar o descumprimento das medidas supra referidas.

169. Os *representantes* solicitaram à Corte ordenar ao Estado que investigue, identifique e sancione a “todos os responsáveis” pela morte de Márcia Barbosa de Souza. Argumentaram que, neste caso, o Estado não poderia usar a garantia de *ne bis in idem*, já que teria ocorrido coisa julgada fraudulenta.

170. O *Estado* afirmou que atuou de maneira diligente no presente caso, visto que realizou as investigações pertinentes que, inclusive, resultaram na condenação do responsável pela morte de Márcia Barbosa de Souza. Quanto aos suspeitos que não foram processados, assinalou que o processo não se iniciou devido à ausência de provas suficientes para que o Ministério Público chegasse à convicção para apresentar a denúncia. Ademais, argumentou que mesmo que a Corte considere pertinente analisar esses processos internos, não seria possível determinar que o Estado não pode aplicar a garantia do *ne bis in idem*, pois o caso não se refere a graves violações de direitos humanos, como a tortura ou homicídios cometidos em contextos de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos.

171. A Corte considera que o Estado está obrigado a combater a impunidade por todos os meios disponíveis, já que esta propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos.²⁷⁷ A ausência de uma investigação completa e efetiva sobre os fatos constitui uma fonte de sofrimento e angústia adicional para as vítimas, quem têm o direito a conhecer a verdade sobre o ocorrido.²⁷⁸

172. A Corte recorda que no capítulo VIII-1 declarou que as investigações levadas a cabo em razão do homicídio de Márcia Barbosa de Souza em junho de 1998, relacionadas com a eventual participação de outras quatro pessoas nos fatos, não cumpriu os mais mínimos padrões de devida diligência em virtude da não realização de uma série de atos investigativos essenciais solicitados pelo Ministério Público (pars. 132 e 133 *supra*) e de outros que deveriam ser realizados para que se estabelecesse se o homicídio da senhora Barbosa de Souza havia sido cometido em razão de seu gênero. Ademais, determinou-se que as investigações estiveram permeadas por estereótipos de gênero, os quais não apenas foram revitimizantes para os familiares de Márcia Barbosa de Souza, mas também demonstram a ausência de uma perspectiva de gênero na investigação.

173. A Corte considera que uma eventual reabertura das investigações quanto aos quatro possíveis partícipes do homicídio de Márcia Barbosa não é procedente. Sem prejuízo disso, o sofrimento gerado pela impunidade derivada da flagrante falta de

²⁷⁷ Cf. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra, par. 174, e Caso Guerrero, Molina e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 3 de junho de 2021. Série C Nº 424, par. 162.*

²⁷⁸ Cf. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 146, e Caso Osorio Rivera e Familiares, supra, par. 288. Cf. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra, par. 146, e Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia, supra, par. 102.*

devida diligência na realização de atos investigativos essenciais para o esclarecimento da possível participação de outras pessoas no grave delito em questão, bem como o particular efeito negativo da impunidade prolongada sobre pessoas que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, como a mãe da Márcia, que é uma pessoa idosa²⁷⁹, serão consideradas oportunamente no capítulo de indenizações.

C. Medidas de satisfação

174. Os *representantes* solicitaram à Corte ordenar ao Estado publicar o resumo oficial da sentença em dois jornais de grande circulação e também publicar a sentença completa, por um período mínimo de um ano, nas páginas web principais do Ministério de Relações Exteriores, da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e do Poder Judiciário. Solicitaram, adicionalmente, que a Corte ordene ao Estado: “a realização de um ato de reconhecimento de responsabilidade, cujos termos deverão ser pactuados com as vítimas e seus representantes”, que “este ato seja levado a cabo respeitando o direito à intimidade da família”, e que “para que tenha um significado real para as vítimas, é fundamental que este ato inclua uma desculpa aos familiares de Márcia Barbosa e, em particular aos seus pais, por todo o sofrimento causado em virtude das múltiplas omissões e obstáculos”. Ademais, solicitaram que seja determinada a participação no referido evento de ao menos uma alta autoridade do Ministério de Relações Exteriores e da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, e que o evento seja realizado no Estado da Paraíba. As demais particularidades devem ser organizadas, discutidas e acordadas com antecedência com as vítimas e seus representantes.

175. O *Estado* argumentou que, se a Corte reconhecer alguma violação à Convenção Americana, “a determinação de publicar o resumo oficial da sentença e seu texto íntegro em um sítio web oficial do Brasil, na forma tradicionalmente adotada pela Corte, já alcançaria o propósito perseguido pelos representantes, de modo que qualquer outra determinação solicitada pelos representantes em termos de reparações simbólicas não apenas seriam irrazoáveis, mas também custosas desde o ponto de vista do erário público”.

176. A *Corte* dispõe, como o fez em outros casos,²⁸⁰ que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial, bem como nas páginas web da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e do Poder Judiciário da Paraíba, e em outro jornal de ampla circulação nacional, com um tamanho de letra legível e adequado, e b) a presente Sentença na íntegra, disponível por um período de pelo menos um ano, em um sítio *web* oficial do Estado da Paraíba

²⁷⁹ Cf. *Caso Poblete Vilches Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 349, par. 127, e *Caso Ordens Guerra e outros Vs. Chile. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de julho de 2020, par. 15. Ver também Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

²⁸⁰ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 79, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 117.

e do Governo Federal, de forma acessível ao público e acessível a partir da página de início do referido sítio eletrônico. O Estado deverá informar de forma imediata a este Tribunal uma vez que proceda a realizar cada uma das publicações dispostas, independente do prazo de um ano para apresentar seu primeiro relatório disposto na parte resolutiva da Sentença.

177. Ademais, com o fim de reparar o dano causado às vítimas e de evitar que fatos como os deste caso venham a se repetir, a Corte considera necessário ordenar que o Estado realize um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença. Referido evento pode inclusive ser realizado na Assembleia Legislativa da Paraíba, sempre que assim o desejem as vítimas. Nesse ato deverá ser feita referência a todas as violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença. Outrossim, deverão participar do evento pelo menos uma alta autoridade do Ministério de Relações Exteriores e da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba.²⁸¹

178. O Estado e a mãe da senhora Barbosa de Souza, e/ou seus representantes, deverão acordar a modalidade de cumprimento do ato, bem como as particularidades que sejam requeridas, tais como o local e a data para sua realização.²⁸² Diante do dano causado às vítimas em razão da cobertura midiática do caso de Márcia Barbosa e o consequente pedido de confidencialidade de suas identidades, as vítimas ou seus representantes têm o prazo de um mês a partir da publicação da presente Sentença para informar à Corte se pretendem que o referido evento seja público ou privado. Caso essa informação não seja apresentada dentro do prazo estabelecido, o ato deverá ser realizado de forma privada.

D. Medida de reabilitação

179. A *Comissão* solicitou à Corte que ordene ao Estado oferecer as medidas de atenção à saúde física e mental necessárias para a reabilitação da mãe e do pai de Márcia Barbosa de Souza, se assim o desejaram e com seu consentimento.

180. Os *representantes* solicitaram que a Corte ordene ao Brasil oferecer atenção médica e psicológica à mãe e à irmã de Márcia Barbosa de Souza.

181. O *Estado* afirmou que os familiares de Márcia Barbosa de Souza já têm à sua disposição atenção médica e psicológica oferecida pelo Sistema Único de Saúde, o que torna inadequada a presente medida de reparação.

182. A *Corte* determinou que os fatos do caso geraram graves prejuízos à integridade pessoal de M.B.S. e de S.R.S., na forma de padecimentos físicos, emocionais e psicológicos, (pars. 161 e 162 *supra*). Portanto, a Corte considera que é necessário

²⁸¹ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*, *supra*, par. 81, e *Garzón Guzmán e outros Vs. Ecuador*, *supra*, par. 120.

²⁸² Cf. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009, *supra*, par. 353, e *Garzón Guzmán e outros Vs. Ecuador*, *supra*, par. 120.

dispor uma medida de reparação que ofereça atenção adequada aos padecimentos médicos, psicológicos ou psiquiátricos sofridos pela mãe de Márcia Barbosa de Souza, e que atenda suas especificidades e antecedentes.²⁸³ Consequentemente, esta Corte ordena ao Estado pagar uma soma de dinheiro para que a senhora M.B.S. possa custear os gastos dos tratamentos que sejam necessários. O montante da mesma será definido na seção correspondente às indenizações compensatórias (par. 212 *infra*).

E. Garantias de não repetição

183. A *Comissão* solicitou que a Corte ordene ao Estado adequar seu marco normativo interno para assegurar que a imunidade de altos funcionários do Estado, incluindo a imunidade parlamentar, seja devidamente regulamentada e delimitada para os fins buscados e que a própria norma adote as salvaguardas necessárias para que não represente um obstáculo para a investigação de violações de direitos humanos; velar por que as decisões dos respectivos órgãos relacionadas com a aplicabilidade da imunidade de altos funcionários em casos específicos estejam devidamente fundamentadas; continuar adotando todas as medidas necessárias para cumprir integralmente a Lei Maria da Penha, e adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de política pública para prevenir, investigar e sancionar a violência contra a mulher no Brasil.

184. Os *representantes* solicitaram à Corte ordenar que o Estado do Brasil: i) adote medidas legislativas para assegurar que a imunidade parlamentar não seja um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos e para o acesso à justiça; ii) adote medidas para enfrentar a violência contra a mulher, em particular garanta a existência de órgãos de gestão de políticas públicas para as mulheres com um enfoque específico nas situações relacionadas ao ciclo de violência, aos homicídios de mulheres e aos feminicídios, levando em consideração os impactos desproporcionais para as mulheres negras e morenas e o recorte social da violência de gênero e dos feminicídios; iii) implemente um programa de educação de gênero para os níveis educativos básico e superior e para os funcionários públicos encarregados de enfrentar a violência e administrar a justiça; iv) assegure que as instituições responsáveis pelas investigações, julgamento e sanção implementem parâmetros internacionais como a jurisprudência da Corte Interamericana e o Modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero, bem como as diretrizes nacionais sobre a investigação de feminicídios; v) garanta, com transparência, o acesso aos dados oficiais de mortes violentas registradas como feminicídios que provocaram processos penais, de modo que os dados estejam detalhados por idade, raça, classe social, perfil da vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e modos utilizados, entre outras variáveis, que permitam uma análise quantitativa e qualitativa, vi) garanta a existência de instituições capazes de

²⁸³ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, pars. 42 e 45, e *Caso Guerrero, Molina e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 172.

supervisionar a aplicação destas políticas com um enfoque em violência e homicídio de mulheres por feminicídio.

185. O *Estado* afirmou que já adequou o seu marco normativo em relação à imunidade parlamentar, o que teria facilitado a tramitação da ação penal que resultou na condenação do principal acusado. Assinalou que, portanto, não há um vazio normativo que deva ser corrigido. Argumentou, por outro lado, que, além de inadequada, uma eventual condenação dessa natureza implicaria julgamento de inconveniência abstrata de normas brasileiras, o que apenas seria apropriado no exercício da competência consultiva da Corte. Com respeito a políticas públicas dirigidas a enfrentar a violência contra a mulher, o *Estado* afirmou que vem se dedicando à elaboração de normas sobre a temática, de modo que o solicitado pelos representantes seria desnecessário. Acrescentou que deve ser garantido ao *Estado* uma margem na formulação de suas políticas públicas, de maneira que não lhe sejam impostas escolhas de natureza política.

186. A *Corte* recorda que o *Estado* deve prevenir a ocorrência de violações aos direitos humanos como as descritas neste caso e, por isso, deve adotar todas as medidas jurídicas, administrativas e de outra natureza que sejam pertinentes para esse efeito.²⁸⁴

187. O Tribunal avalia de maneira positiva os avanços normativos realizados pelo *Estado* com posterioridade aos fatos deste caso. Em particular as já mencionadas Lei Maria da Penha, a qual constitui uma importante referência internacional na prevenção e combate da violência contra a mulher, e a Lei do Feminicídio, projetada para visibilizar os homicídios cometidos contra mulheres e por razão de seu gênero e enviar uma mensagem da especial gravidade deste delito. Ademais, cabe citar também as modificações ao Código Penal brasileiro introduzidas pela Lei 11.106/2005, que excluiu do citado diploma legal termos e expressões discriminatórios em relação às mulheres, entre outras medidas.

188. Igualmente, a *Corte* destaca de forma positiva que atualmente se encontram em funcionamento no Brasil vários programas, projetos e iniciativas com o propósito de enfrentar a violência e a discriminação contra a mulher. Nesse sentido, em 2003 foi criada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, órgão temático vinculado à Presidência da República, que tinha como atribuições a coordenação, elaboração e implementação de políticas para as mulheres no âmbito federal. Por outra parte, em 2006 foi inaugurada a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, a qual reunia amplas medidas de prevenção, proteção e responsabilização relacionadas ao combate à violência contra a mulher. Em 2013 foi inaugurado o “Programa Mulher, Viver sem Violência”, por parte da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, cuja finalidade era consolidar a rede intersectorial de serviços especializados e a capilaridade da política nacional.

²⁸⁴ Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito, supra*, par. 106, *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 285.

189. Não obstante isso, segundo os escassos dados oficiais e não oficiais disponíveis (par. 47 *supra*), e conforme decorre dos pareceres periciais de Wânia Pasinato, Carmen Hein e Soraia Mendes, as mulheres no Brasil, especialmente as mulheres afrodescendentes e pobres, continuam imersas em um contexto de discriminação e violência estrutural.²⁸⁵ O anterior será considerado pela Corte no momento de determinar as garantias de não repetição no presente caso.

E.1. Estatísticas sobre violência de gênero

190. De acordo com o indicado anteriormente em relação ao contexto em que se enquadram os fatos do presente caso, já em 2006 se advertia sobre a precariedade de dados estatísticos nacionais sobre a violência contra a mulher.²⁸⁶ Transcorridos 14 anos desde então, a perita Carmen Hein coincidiu com essa abordagem quando afirmou que “não há um sistema nacional de registros de feminicídios que seja comparável e permita analisar e cruzar dados para realizar um diagnóstico sobre a morte de mulheres e a elaboração de políticas públicas eficazes”.²⁸⁷

191. No mesmo sentido, em 2012 o Comitê CEDAW expressou sua preocupação pela falta de dados precisos e coerentes sobre a violência contra a mulher no Brasil.²⁸⁸ De igual modo, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal brasileiro, criada em 2012 para facilitar a execução da Lei Maria da Penha, também identificou, no ano de 2016, a dificuldade de coletar dados sobre a situação de violência contra a mulher no país pois foram encontradas base de dados diferentes: da polícia, de diferentes entidades de saúde, do judiciário e também de níveis diferentes.²⁸⁹

192. O artigo 38 da Lei Maria da Penha estabelece a necessidade de inclusão de estatísticas de violência doméstica e intrafamiliar com base em dados dos órgãos

²⁸⁵ Cf. Perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021; Perícia prestada perante agente dotado de fé pública por Wânia Pasinato em 12 de janeiro de 2021, e Perícia prestada por Soraia da Rosa Mendes, *supra*.

²⁸⁶ Cf. PERES, Andréia (Coord.). *O Progresso das Mulheres no Brasil*. UNIFEM, Fundação Ford, CEPIA: Brasília, 2006, p. 260. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/Progresso%20das%20Mulheres%20no%20Brasil.pdf>.

²⁸⁷ Cf. Perícia prestada por Carmen Hein durante a audiência pública realizada perante a Corte IDH em 3 e 4 de fevereiro de 2021. Outrossim, a perita Wânia Pasinato afirmou que: “a ausência de dados nacionais, acessíveis, confiáveis e desagregados por sexo, raça/cor e idade são um obstáculo para que o Estado brasileiro desenvolva e implemente políticas públicas adequadas e compatíveis com a seriedade da violação dos direitos da mulher. A obtenção de dados e estatísticas de qualidade contribui para medir a gravidade que representa a violência para a vida das mulheres, mas também para medir e avaliar os custos sociais e econômicos e seu impacto na vida das mulheres, nas gerações futuras, na sociedade e nos governos. Cf. Perícia prestada perante agente dotado de fé pública por Wânia Pasinato, *supra* (expediente de prova, folha 10320).

²⁸⁸ Cf. ONU, Comitê da CEDAW. *Observações finais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - Brasil*. UN Doc. CEDAW/C/BRA/CO/7. 23 de março de 2012, par. 18.

²⁸⁹ Cf. Perícia prestada por Henrique Marques Ribeiro, *supra*. O perito Henrique Marques Ribeiro também mencionou durante sua declaração em audiência que há uma proposta de lei no Senado, aprovada há pouco tempo, sobre uma política nacional de dados ou políticas em relação a dados de violência doméstica, que prevê a possibilidade de construir um novo sistema para integrar os dados e diferentes serviços relacionados ao atendimento da mulher em situação de violência.

dos sistemas de justiça e segurança.²⁹⁰ A partir das provas disponíveis nos autos, esse preceito não foi observado. A este respeito, o perito Henrique Marques Ribeiro afirmou que esta disposição normativa não foi implementada na prática.²⁹¹

193. Ao levar em consideração todos os aspectos anteriores, o Tribunal considera que é necessário recopilar informação integral a respeito das várias formas de violência baseadas no gênero para dimensionar a real magnitude deste fenômeno e, em consequência disso, formular as políticas públicas pertinentes e desenhar estratégias para prevenir e erradicar novos atos de violência e discriminação contra as mulheres. Portanto, a Corte ordena ao Estado, através de órgão público federal, desenhar e implementar, respectivamente nos prazos de um e três anos, um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados desagregados por idade, raça, classe social, perfil de vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e métodos utilizados, entre outras variáveis, que permitam a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres. Ademais, deverá especificar a quantidade de casos que foram efetivamente processados judicialmente, identificando o número de acusações, condenações e absolvições. Esta informação deverá ser difundida anualmente por parte do Estado através do relatório correspondente, garantindo seu acesso à população em geral, assim como a reserva de identidade das vítimas. Para esse efeito, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório anual durante três anos a partir da implementação do sistema de recopilação de dados, no qual indique as ações realizadas para esse fim.²⁹²

E.2. Implementação de programas de capacitação e sensibilização

194. No capítulo VIII da presente Sentença, a Corte concluiu que o Estado não atuou com a devida diligência na investigação relativa aos demais possíveis partícipes no homicídio de Márcia Barbosa de Souza (par. 133 *supra*) e que a investigação e o processo penal tiveram um caráter discriminatório em razão da incidência de estereótipos de gênero, de modo que foi violado o direito de acesso à justiça dos familiares da senhora Barbosa de Souza (par. 150 *supra*).

195. No âmbito do presente caso a perita Carmen Hein se referiu a vários problemas relacionados à resposta do Estado diante da situação de violência contra a mulher no Brasil. Nesse sentido, fez menção à existência de estereótipos de gênero nas investigações, à grande ausência de mulheres nas entidades encarregadas de

²⁹⁰ Artigo 38 da Lei N. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Outrossim, o Comitê de Experts do Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI) recomenda a todos os Estados Parte “[c]ontar com bancos de dados, investigações e estatísticas que permitam conhecer a magnitude da problemática de femicídio em seus países, e que realizem o monitoramento dos avanços e retrocessos do Estado nessa matéria”. Cf. OEA, Comitê de Experts do Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI), *Declaração sobre o Femicídio*, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/DEC. 1/08, 15 de agosto de 2008 Disponível em: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-ES.pdf>.

²⁹¹ Cf. Perícia prestada por Henrique Marques Ribeiro, *supra*.

²⁹² Cf. *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de março de 2020. Série C Nº 402, par. 252, e *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*, *supra*, par. 179.

investigação, e à falta de conhecimento especializado das/dos operadores(as) de justiça em matéria de violência de gênero, entre outros fatores que influem negativamente nas investigações e perpetuam a situação de impunidade.

196. Este Tribunal valoriza os esforços levados a cabo pelo Estado no sentido de capacitar o pessoal de administração de justiça em perspectiva de gênero.²⁹³ No entanto, considera pertinente ordenar ao Estado criar e implementar, no prazo de dois anos, um plano de formação e capacitação continuada e sensibilização das forças policiais responsáveis pela investigação e a operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, para garantir que contem com os conhecimentos necessários para identificar atos e manifestações de violência contra as mulheres baseadas no gênero, e investigar e processar os perpetradores, incluindo através do oferecimento de ferramentas e capacitação sobre aspectos técnicos e jurídicos deste tipo de delitos.

197. Outrossim, a Corte considera pertinente ordenar que a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba leve a cabo, no prazo de dois anos, uma jornada de reflexão e sensibilização, com o nome de Márcia Barbosa de Souza, sobre o impacto do feminicídio, a violência contra a mulher e a utilização da figura da imunidade parlamentar, levando em consideração o conteúdo da presente Sentença.

E.3. Adoção de um protocolo estandardizado de investigação de mortes violentas de mulheres em razão de gênero

198. No capítulo VIII desta Sentença o Tribunal concluiu que o Brasil não adotou uma perspectiva de gênero na investigação e no processo penal iniciados em virtude do homicídio de Márcia Barbosa de Souza (par. 150 *supra*).

199. Por outra parte, a Corte nota que o Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por razões de Gênero foi interiorizado e adaptado pelo Estado através das Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres.²⁹⁴ O documento teve como objetivo estandardizar o tratamento dado à investigação, à persecução e ao julgamento, com a devida inclusão da perspectiva de gênero desde a fase inicial. As Diretrizes expressam a necessidade de que as autoridades competentes busquem, ao longo da investigação de um feminicídio, a realização do direito de acesso à justiça, sem a intervenção de estereótipos e outras formas de violência ou discriminação contra as mulheres.

²⁹³ O Estado informou que a Secretaria Nacional de Segurança Pública, juntamente com a Secretaria de Gestão e Educação em Segurança Pública, desenvolve cursos dirigidos a profissionais da segurança pública membros do Sistema Unificado de Segurança Pública sobre “a matéria de gênero e raça ou etnia”. Segundo o Estado, alguns dos cursos oferecidos são: “Curso de Assistência a Mulheres Vítimas de Violência”, “Curso de Enfrentamento ao Assédio contra a Mulher”, “Curso Básico sobre o Protocolo Nacional de Investigação e Perícia em Delitos de Feminicídio”, entre outros.

²⁹⁴ Nações Unidas, ONU Mulheres Brasil. *Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios*. Brasília: ONU Mulheres, 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf.

200. Em virtude de que as Diretrizes Nacionais não são um documento público, não é possível afirmar que, na atualidade, exista um instrumento que regulamente de maneira uniforme e vinculante a atuação dos investigadores e operadores de justiça que intervêm em casos de mortes violentas de mulheres por razão de gênero no Brasil.

201. Em consequência, a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que adote e implemente um protocolo nacional que estabeleça critérios claros e uniformes para a investigação dos feminicídios. Este instrumento deverá ajustar-se às diretrizes estabelecidas no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero, bem como à jurisprudência deste Tribunal. Este protocolo deverá estar dirigido ao pessoal da administração de justiça que, de alguma maneira, intervenha na investigação e tramitação de casos de mortes violentas de mulheres. Ademais, deverá incorporar-se ao trabalho dos referidos funcionários através de resoluções e normas internas que obriguem sua aplicação por todos os funcionários estatais.

202. O Estado deverá cumprir a medida disposta nesta seção dentro de um prazo de dois anos a partir da notificação desta Sentença.

E.4. Regulamentação da imunidade parlamentar

203. No capítulo VIII desta Sentença a Corte considerou que a aplicação da imunidade parlamentar por parte da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba derivou de normas deficientes e de uma decisão arbitrária e resultou na violação do direito de acesso à justiça da mãe e do pai de Márcia Barbosa de Souza (pars. 122 e 123 *supra*).

204. Em atenção ao mencionado anteriormente, a disposição constitucional que dispunha sobre a figura da imunidade parlamentar na data dos fatos foi reformada pela Emenda Constitucional 35 de 2001. Essa legislação não foi aplicada ao presente caso nem tampouco analisada nesta Sentença. Não obstante isso, a Corte considera pertinente recordar que as distintas autoridades estatais têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana *ex officio*, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, as autoridades internas devem levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação do mesmo feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção. Dessa forma, diante de uma eventual discussão sobre a aplicação da imunidade parlamentar, com a consequente suspensão de um processo penal contra um membro de um órgão legislativo, nos termos do artigo 53 da Constituição brasileira, a respectiva câmara deverá velar por que a aplicação e interpretação da norma interna se ajuste aos critérios estabelecidos nesta Sentença, com o fim de proteger o direito de acesso à justiça. Esse ponto não será supervisionado pelo Tribunal.

E.5. Outras garantias de não repetição solicitadas

205. A Corte considera que proferir a presente Sentença, bem como as demais medidas ordenadas, são suficientes e adequadas para remediar as violações sofridas pelas vítimas. Desse modo, não considera necessário ordenar medidas adicionais em matéria de garantias de não repetição solicitadas pelos representantes.²⁹⁵

F. Indenizações compensatórias

F.1. Dano material e imaterial

206. Neste capítulo a Corte analisará em forma conjunta os danos materiais e imateriais.

207. A *Comissão* solicitou que a Corte ordene ao Estado do Brasil adotar medidas de compensação econômica e satisfação do dano moral.

208. Os *representantes* solicitaram à Corte ordenar ao Estado o pagamento às supostas vítimas de uma quantia determinada em equidade pelo Tribunal a título de dano material. Indicaram que durante os quase 20 anos transcorridos desde o homicídio de Márcia Barbosa de Souza seus familiares incorreram em vários gastos relacionados com viagens à cidade de João Pessoa para participar em reuniões, audiências públicas perante a Assembleia Legislativa, perdas de dias de trabalho, entre outros. Ademais, solicitaram que o Estado pague às supostas vítimas uma quantia determinada em equidade pela Corte, a título de dano imaterial em virtude das violações cometidas, do sofrimento causado, assim como das demais consequências imateriais sofridas pela falta de justiça e o desconhecimento da verdade.

209. O *Estado* argumentou que, em virtude de que não cometeu nenhuma violação de direitos humanos relacionada com os fatos do presente caso, não há razão para que a Corte estabeleça danos materiais e imateriais. Outrossim, manifestou que a determinação deste pagamento seria inadequada pois os representantes não utilizaram os recursos internos para requerer a reparação em questão. Afirmou que, na eventualidade de que a Corte determine sua responsabilidade internacional por violação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em razão de uma suposta violação à obrigação de investigar, processar e sancionar, a própria sentença da Corte deveria ser suficiente para reparar eventuais danos, de modo que não se deveria ordenar ao Estado o pagamento de nenhuma indenização a título de dano imaterial. Acrescentou que o eventual dano imaterial não poderia ser examinado de forma

²⁹⁵ As demais medidas solicitadas (par. 184 *supra*) foram: i) medidas para enfrentar a violência contra a mulher, em particular, que garanta a existência de órgãos que gestionem políticas públicas para as mulheres com um enfoque específico nas situações relacionadas com o ciclo de violência, os homicídios de mulheres e os feminicídios, levando em consideração os impactos desproporcionais para as mulheres negras e morenas e o recorte social da violência de gênero e dos feminicídios; ii) medidas para implementar um programa de educação de gênero para os níveis educativos básico e superior, iii) medidas para garantir a existência de instituições capazes de supervisionar a aplicação das políticas públicas para as mulheres com um enfoque na violência e assassinato de mulheres por feminicídio.

superficial, apenas com base nas alegações dos representantes, mas apenas através de provas efetivamente apresentada por eles.

210. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que tenham nexos causal com os fatos do caso.²⁹⁶

211. Outrossim, desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial, e estabeleceu que este pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família.²⁹⁷ Dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, apenas pode ser objeto de compensação. Nessa medida, para os fins da reparação integral à vítima, isso será feito mediante o pagamento de uma quantia de dinheiro que o Tribunal determine, em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos justos.²⁹⁸

212. A Corte adverte que os representantes não solicitaram valores específicos nem apresentaram elementos concretos para avaliar os danos sofridos. Não obstante isso, este Tribunal considera que, dada a natureza dos fatos e das violações determinados na presente Sentença, as vítimas sofreram danos materiais e imateriais que devem ser compensados. Em atenção aos critérios estabelecidos em sua jurisprudência constante e às circunstâncias do presente caso, a Corte considera pertinente fixar em equidade, a título de dano material e imaterial, o pagamento de USD\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada uma das vítimas²⁹⁹ (par. 224 *infra*), o que inclui o montante indenizatório em virtude da impossibilidade de reabrir a investigação penal sobre os outros possíveis partícipes no homicídio da senhora Barbosa de Souza, bem como a soma que permita à senhora M.B.S. cobrir os gastos dos tratamentos médico, psicológico e/ou psiquiátrico que sejam necessários (par. 182 *supra*).

213. A Corte considera que os montantes determinados em equidade compensam e formam parte da reparação integral às vítimas, levando em consideração os sofrimentos e aflições de que padeceram.³⁰⁰

²⁹⁶ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 130.

²⁹⁷ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 132.

²⁹⁸ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 53, e *Caso Grijalva Bueno Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de junho de 2021. Série C Nº 426, par. 191.

²⁹⁹ Tendo em vista que o pai de Márcia Barbosa de Souza faleceu em 2009, o montante indenizatório que lhe corresponde deverá ser entregue a seus herdeiros, de acordo com a legislação brasileira.

³⁰⁰ Cf. *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 306.

G. Custas e Gastos

214. Os *representantes* solicitaram à Corte que determine ao Estado o pagamento das seguintes somas, a título de custas e gastos, incorridas pelas organizações que atuaram na defesa das supostas vítimas: i) as somas de USD\$ 20.475,11 (vinte mil quatrocentos e setenta e cinco dólares estadunidenses e onze centavos) ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e ii) USD\$ 14.715,73 (quatorze mil setecentos e quinze dólares estadunidenses e setenta e três centavos) ao Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP). Os gastos incorridos pelo CEJIL estão divididos da seguinte maneira: i) USD\$ 1.759,78 (mil setecentos e cinquenta e nove dólares estadunidenses e setenta e oito centavos) por gastos de viagens (passagens de avião, hospedagem, alimentação e diárias); ii) USD\$ 852,46 (oitocentos e cinquenta e dois dólares estadunidenses e quarenta e seis centavos) por gastos de fotocópias; e iii) USD\$ 17.862,87 (dezesete mil oitocentos e sessenta e dois dólares estadunidenses e oitenta e sete centavos) como honorários. Por sua vez, a soma incorrida pelo GAJOP está dividida do seguinte modo: i) USD\$ 1.418,47 (mil quatrocentos e dezoito dólares estadunidenses e quarenta e sete centavos) por gastos de viagens (passagens de avião, hospedagem, alimentação e diárias); ii) USD\$ 38,80 (trinta e oito dólares estadunidenses e oitenta centavos) por gastos de fotocópias; iii) USD\$ 359,83 (trezentos e cinquenta e nove dólares estadunidenses e oitenta e três centavos) por despesas com material de expediente; e iv) USD\$ 12.898,63 (doze mil oitocentos e noventa e oito dólares estadunidenses e sessenta e três centavos) como honorários. Por último, solicitaram que a Corte determine em equidade o montante correspondente aos gastos e custas devidos ao GAJOP em razão de suas várias viagens à cidade de Cajazeiras para coletar informação sobre a saúde dos familiares de Márcia Barbosa de Souza e suas diversas ações legais no âmbito interno, entre elas, atuar como assistente de acusação no processo penal contra o senhor Aécio Pereira de Lima, uma vez que, devido ao passar do tempo, não contam com comprovantes destes gastos.

215. O *Estado* solicitou à Corte que apenas tome em consideração os montantes razoáveis e devidamente comprovados e necessários para a atuação dos representantes perante o Sistema Interamericano, de modo a considerar a soma solicitada, a documentação que a comprova e a relação direta do solicitado com as circunstâncias do caso. Afirmou que, quanto ao pagamento dos montantes indicados no rubro “Honorários”, nos anexos 7 (GAJOP) e 8 (CEJIL) às alegações finais dos representantes, não deveriam ser exigidos ao Estado em caso de sua eventual condenação pela Corte, “sob pena de violar os postulados republicanos de moralidade, economicidade, igualdade e legalidade, que orientam o gasto de valores por parte do Poder Público. O Estado afirmou que corresponde à Corte fixar honorários e salários justos, sempre com base no trabalho efetivamente realizado a favor das vítimas do caso. Asseverou que o pedido de reembolso de gastos com honorários se baseia em percentuais que são meras estimações e que resultaram em montantes excessivos. Por isso, solicitou que diante da falta de prova documental precisa, a Corte fixe o reembolso com base na equidade e segundo os parâmetros que se costuma aplicar. Por último, o Estado

argumentou que a Corte não deveria considerar o gasto relacionado com “tradução ao português de um documento apresentado à Corte”, pois a tradução ao português não é uma atividade necessária, e sua realização é uma opção dos representantes que não pode atribuir-se ao Estado.

216. A Corte reitera que, de acordo com sua jurisprudência, as custas e gastos formam parte do conceito de reparação, uma vez que a atividade realizada pelas vítimas com o fim de obter justiça, tanto no âmbito nacional como internacional, implicam gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente o seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como aqueles gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.³⁰¹

217. Este Tribunal indicou que “as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que a eles se concede, isto é, no escrito de solicitações e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões se atualizem, em momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte”³⁰². Outrossim, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que é necessário que as partes formulem uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com clareza os objetos de despesa e sua justificação.³⁰³

218. Da análise dos montantes solicitados apresentados por cada uma das organizações e dos comprovantes de gastos apresentados, a Corte dispõe fixar em equidade o pagamento de: USD \$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do CEJIL, e USD \$15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do GAJOP. Estas quantias deverão ser pagas diretamente a estas organizações.

³⁰¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparações e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, pars. 42, 46 e 47y *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 138.

³⁰² Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 139.

³⁰³ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 277, e *Caso Garzón Guzmán e outros Vs. Equador, supra*, par. 139.

219. Na etapa de supervisão do cumprimento da presente Sentença a Corte poderá dispor que o Estado reembolse às vítimas ou seus representantes os gastos razoáveis que venham a incorrer nessa etapa processual.³⁰⁴

H. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas

220. No presente caso, mediante nota de 29 de abril de 2020, a Presidência da Corte declarou procedente a solicitação apresentada pelas supostas vítimas, através de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência Jurídica. Na Resolução da Presidenta de 27 de novembro de 2020, foi disposta a assistência econômica necessária para “cobrir os gastos razoáveis de formulação e envio de quatro declarações por *affidavit* que indiquem os representantes”.

221. Em 29 de julho de 2021 foi transmitido ao Estado o relatório de gastos de acordo com o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o funcionamento do referido Fundo. Dessa forma, o Estado teve a oportunidade de apresentar suas observações sobre os gastos realizadas no presente caso, as quais ascenderam à soma de USD \$1.579,20 (hum mil quinhentos e setenta e nove dólares dos Estados Unidos da América e vinte centavos).

222. O Estado afirmou que os valores indicados no referido relatório “correspondem aos recibos e faturas apresentados” e se encontram em “níveis razoáveis, sem discrepâncias de cálculo”.

223. Em razão das violações declaradas na presente Sentença, a Corte ordena ao Estado o reembolso a este Fundo da quantia de USD\$ 1.579,20 (hum mil quinhentos e setenta e nove dólares dos Estados Unidos da América e vinte centavos). Este montante deverá ser reembolsado no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Decisão.

I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

224. O Estado deverá realizar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e organizações indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, sem prejuízo de que possa adiantar o pagamento completo em um prazo menor, nos termos dos parágrafos seguintes. No tocante às indenizações fixadas a favor do senhor S.R.S., o Estado deverá pagá-las a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Decisão.

225. Caso os beneficiários tenham falecido ou venham a falecer antes de que lhes seja entregue a respectiva quantia, esta será paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

³⁰⁴ Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C N° 217, par. 29, e *Caso Ríos Avalos e outro Vs. Paraguai, supra*, par. 244.

226. O Estado deverá cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio de mercado publicado ou calculado por uma autoridade bancária ou financeira pertinente, na data mais próxima ao dia do pagamento.

227. Caso, por motivos atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus sucessores não seja possível o pagamento da quantia determinada dentro do prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, e nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e prática bancárias. Caso esse montante não seja reclamado depois de transcorridos dez anos, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros auferidos.

228. As quantias atribuídas na presente Sentença como medidas de reparação ao dano e como reembolso de custas e gastos deverão ser entregues de forma integral às pessoas e organizações indicadas, conforme estabelecido nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

229. Caso o Estado incorra em mora, incluindo no reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas, deverá pagar juros sobre o montante devido, correspondente ao juro bancário moratório na República Federativa do Brasil.

X PONTOS RESOLUTIVOS

230. Portanto,

A CORTE

DECIDE,

Por unanimidade:

1. Declarar parcialmente procedente a exceção preliminar relativa à alegada incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da competência da Corte, de acordo com os parágrafos 19 a 23 desta Sentença.

2. Rejeitar a exceção preliminar relativa à alegada falta de esgotamento de recursos internos, de acordo com os parágrafos 27 a 34 desta Sentença.

DECLARA,

Por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação às obrigações previstas no artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em prejuízo de M.B.S. e S.R.S., nos termos dos parágrafos 98 a 151 da presente Sentença.

4. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de M.B.S. e S.R.S., nos termos dos parágrafos 155 a 162 da presente Sentença.

E DISPÕE,

Por unanimidade, que:

5. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

6. O Estado realizará as publicações indicadas no parágrafo 176 desta Sentença, no prazo de seis meses contados a partir de sua notificação.

7. O Estado realizará um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos deste caso, nos termos dos parágrafos 177 e 178 desta Sentença.

8. O Estado elaborará e implementará um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados que permita a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

9. O Estado criará e implementará um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, nos termos do parágrafo 196 da presente Sentença.

10. O Estado levará a cabo uma jornada de reflexão e sensibilização sobre o impacto do feminicídio, da violência contra a mulher e da utilização da figura da imunidade parlamentar, nos termos do parágrafo 197 da presente Sentença.

11. O Estado adotará e implementará um protocolo nacional para a investigação de feminicídios, nos termos dos parágrafos 201 e 202 da presente Sentença.

12. O Estado pagará as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 218 da presente Sentença a título de compensação pelas omissões nas investigações do homicídio de Márcia Barbosa de Souza; de reabilitação; indenização por dano material e dano imaterial, e reembolso de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 224 a 229 da presente Decisão.

13. O Estado reembolsará ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos a quantia despendida durante a tramitação do presente caso, nos termos dos parágrafos 223 e 229 desta Sentença.

14. O Estado, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentará ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumprir a mesma, sem prejuízo do estabelecido no parágrafo 176 da presente Sentença.

15. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

Redigida em espanhol em San José, Costa Rica, por meio de uma sessão virtual, em 7 de setembro de 2021.

Corte IDH. *Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2021.* Sentença proferida em San José, Costa Rica, por meio de sessão virtual.

ELIZABETH ODIO BENITO
Presidente

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

Elizabeth Odio Benito
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Robson Renault Godinho despede-se da vice-diretoria da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2013 a 2023)

O Promotor de Justiça Robson Renault Godinho ingressou no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no ano 2000, já trazendo em seu currículo a condição de ex-integrante do combativo congênere mineiro. Intelectual hábil e observador arguto do ambiente sociopolítico, sempre esteve comprometido com a ciência do direito e o desenvolvimento de instrumentos mais eficazes para a efetividade do processo e o aprimoramento da atuação do Ministério Público.

Autor de inúmeros artigos, publicados nas mais relevantes revistas de direito do país, há muito foi alçado ao panteão dos grandes juristas nacionais. Com quase uma dezena de obras publicadas, merece destaque o volume de sua autoria nos “Comentários ao Código de Processo Civil” da Editora Saraiva, no qual abordou

os procedimentos de jurisdição voluntária. Integra o Instituto Brasileiro de Direito Processual e o Instituto Iberoamericano de Direito Processual, além de atuar no plano acadêmico, como professor em cursos de pós-graduação e colaborador da pós-graduação lato sensu de Processo Civil da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

É Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em “Razonamiento Probatorio”, pela Universitat de Girona, Espanha.

Durante uma década, de 2013 a 2023, Robson Renaut Godinho exerceu a função de Vice-Diretor da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Nessa função, contribuiu ativamente em inúmeras inovações promovidas na cinquentenária Revista, a exemplo da: a) remodelagem gráfica e editorial da Revista em 2015; b) criação do Conselho Editorial, com a agregação à Revista de importantes personalidades do mundo jurídico; c) indexação das publicações no Google e no Google Acadêmico, ampliando sobremaneira a visibilidade da Revista; d) criação do Observatório Jurídico e do Filosófico; e) divulgação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; f) contribuição com mais de uma dúzia de artigos científicos; e g) publicação, pela Revista, de obras direcionadas à sedimentação do conhecimento científico.

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com a colaboração do seu Vice-Diretor, foi ressignificada em seu processo editorial e manteve a tradição de publicação de textos de autores renomados, estando profundamente conectada com o Direito e o pensamento institucional.

Nossos mais sinceros agradecimentos ao Promotor de Justiça Robson Renault Godinho, a quem prestamos o nosso reconhecimento e gratidão pelo apoio e dedicação durante tantos anos.



PGJ participa da cerimônia de posse do Governador Cláudio Castro

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, no dia 01/01, da cerimônia de posse do Governador reeleito do Estado do Rio de Janeiro, Cláudio Castro, e do Vice-Governador, Thiago Pampolha. Realizada no Palácio Tiradentes, antiga sede da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, (Alerj), a solenidade contou com a presença de diversas autoridades.

Compueram a mesa, além dos empossados, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos; o Desembargador Henrique Figueira; o Presidente do TJRJ; o Deputado Estadual André Ceciliano, Presidente da Alerj; o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado (TCE), Márcio Pacheco; o Presidente da Câmara Municipal do RJ, Vereador Carlo Caiado, e o Defensor Público-Geral, Rodrigo Pacheco. O Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira, Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, também esteve presente à cerimônia.

O Presidente da Casa, o Deputado Estadual André Ceciliano, procedeu à abertura da cerimônia e ressaltou “a emoção e a sensação de dever cumprido para dar posse ao Governador Cláudio Castro e ao Vice-Governador Thiago Pampolha”. Em

seu primeiro discurso como Governador reeleito, Castro primeiramente enumerou as ações do seu governo no mandato anterior e, em seguida, pontuou as iniciativas que farão parte da agenda desse novo período.



MPRJ participa da cerimônia de posse do Presidente reeleito do TCE-RJ, Rodrigo Melo do Nascimento

O Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, Luciano Mattos, compareceu, no dia 04/01, à solenidade de posse de Rodrigo Melo do Nascimento, reeleito como Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) para o biênio 2023-2024. Na ocasião, também foi empossado o ex-Deputado Estadual e Conselheiro Márcio Pacheco no cargo de Vice-Presidente.

A cerimônia, realizada no plenário do TCE, reuniu diversas autoridades como o Governador Cláudio Castro; o Presidente do Tribunal de Justiça (TJRJ), Henrique Figueira; o Procurador-Geral do Estado, Bruno Dubeux; a Defensora Pública-Geral, Patrícia Cardoso; o Controlador-Geral, Demétrio Abdennur Farah Neto; o Deputado Federal e ex-Ministro da Saúde Eduardo Pazuello; e o Deputado Estadual Chico Machado, 2º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj). O Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira, Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, também esteve presente à cerimônia.

Luciano Mattos, em sua fala, saudou o Presidente reeleito, desejando-lhe sucesso em sua nova jornada e exaltando o êxito da atuação conjunta das instituições. “Produzimos muitas parcerias importantes. O Ministério Público e o Tribunal de Contas às vezes são temidos pelos gestores públicos, mas produzimos trabalho de intenso diálogo com parcerias efetivamente voltadas ao cuidado com a coisa pública, que é a preocupação de todos nós”, ressaltou o Procurador-Geral de Justiça.

O Conselheiro-Presidente reeleito, Rodrigo Nascimento, pontuou que sua gestão seguirá priorizando a sociedade fluminense. “Darei continuidade aos esforços desta instituição permanente, com previsão constitucional independente, a fim de aprimorar o trabalho de zelar pelo bem público, adotando como norte estratégico o aperfeiçoamento da gestão das políticas públicas em favor da sociedade fluminense”, disse.

O Governador Cláudio Castro, por sua vez, reiterou o compromisso do Estado com a sociedade fluminense, definindo-o como “um grande pacto”: “Essa casa é um exemplo de como devemos tratar a coisa pública. O patrão de nós, servidores, é a sociedade que paga impostos, que empreende, que vive aqui no nosso estado. Precisamos trabalhar juntos pelo bem-estar da nossa população”, afirmou.



Luciano Mattos é reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça

O Promotor de Justiça Luciano Mattos foi reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para o biênio 2023/2025 por meio de nomeação assinada pelo Governador Cláudio Castro e publicada no *Diário Oficial* no dia 13/01. A escolha de Castro foi realizada a partir da lista tríplex, entregue ao Governador no dia 02/01, e que tem base no § 3º do artigo 128 da Constituição Federal, a qual determina que os Ministérios Públicos dos estados formem a lista entre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Luciano Mattos tomará posse, em sessão solene do Órgão Especial, para o período entre 17 de janeiro de 2023 e 16 de janeiro de 2025. Neste segundo mandato, Luciano Mattos pretende fortalecer ainda mais a atuação coletiva especializada pela instituição, permitindo um trabalho estratégico, pautado por metas, indicadores e resultados, auxiliando os órgãos de execução e propiciando a participação cada vez maior dos membros do MPRJ.

Perfil de Luciano Mattos

Natural de Niterói, município da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, Luciano Mattos é Procurador-Geral de Justiça desde janeiro de 2021, tendo sido reconduzido para o biênio 2023/2025. Passou a infância em Rio Bonito, onde começou a trabalhar aos 15 anos como auxiliar no Cartório de Notas. Voltou para Niterói depois de ser aprovado no concurso para agente de procuradoria (nível médio) do MPRJ, onde atuou na Assessoria Criminal por ocasião da gestão de Antônio Carlos Biscaia como Procurador-Geral. Em 1994, já formado em Direito, passou no concurso para técnico judiciário. Foi lotado na 28ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça e, a seguir, no Conselho da Magistratura. É Promotor de Justiça desde 22 de setembro de 1995, após ter sido aprovado no XVIII concurso do MPRJ.

A primeira lotação de Luciano Mattos, ainda como Promotor de Justiça substituto, foi na Vara de Falências da Capital. Logo depois, atuou nas Promotorias de Volta Redonda, do Fórum Regional de Jacarepaguá, de Itaboraí, Nova Iguaçu, Araruama, São Pedro da Aldeia e Cabo Frio. Sua primeira titularidade foi em São João da Barra, aonde chegou em abril de 1997 e onde ficou por apenas três meses. Voltou a Cabo Frio como Promotor cível e, em dezembro de 1998, assumiu como Promotor de Justiça titular de Tutela Coletiva da Costa do Sol (de Saquarema a Quissamã). Depois, foi designado Coordenador-Geral do MPRJ em toda a Costa do Sol (Região dos Lagos).

No município do Rio de Janeiro, Luciano Mattos atuou na Central de Inquéritos, na área de investigação criminal, e na Coordenação das Promotorias de Tutela Coletiva da capital. Em 2006, assumiu a Promotoria de Tutela Coletiva e Meio Ambiente de Niterói, de onde se afastou, de 2013 a 2018, para presidir a AMPERJ em três mandatos. De volta a Niterói, se licenciou para concorrer às eleições do primeiro mandato como PGJ, que teve início em janeiro de 2021. Como consequência da recondução, Mattos comandará o MPRJ até janeiro de 2025.



Conselho Superior do Ministério Público empossa novos membros para o biênio 2023-2025

Em sessão solene realizada no dia 03/02, o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) deu posse aos seus oito novos integrantes para o biênio 2023/2025. No ano anterior, na data de 07/11, haviam sido eleitos pelo Colégio de Procuradores de Justiça os Procuradores Sumaya Therezinha Helayel, Katia Aguiar Marques Selles Porto, Luiz Fabião Guasque e Márcio Mothé Fernandes. Para as quatro vagas preenchidas pelos votos dos Promotores de Justiça, os eleitos foram os Procuradores Antonio José Campos Moreira, Conceição Maria Tavares de Oliveira, Flávia de Araújo Ferrer e Claudio Varela. Nas vagas de suplentes, tomaram posse os Procuradores Ângela Maria Silveira dos Santos, João Carlos Brasil de Barros e Marcelo Pereira Marques.

A sessão foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, na condição de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, acompanhado pelo Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins, e pelo secretário do CSMP, Claudio Varela. O Procurador de Justiça Antonio José Moreira procedeu à leitura do Termo de Compromisso e o Procurador de Justiça Claudio Varela leu o Termo de Posse. Após as leituras e a assinatura do termo pelos novos membros, Luciano Mattos declarou empossados os integrantes.

“Eu queria expressar meu testemunho pelo trabalho realizado pelo colegiado neste período em que estivemos juntos, em 2021 e 2022, e que se encerra agora. Foi um período profícuo, de muito trabalho desenvolvido com a responsabilidade de um membro do Ministério Público, do cumprimento do que é mais importante para todos nós, que é da Constituição Federal e das leis. O Conselho Superior tem uma responsabilidade imensa: fazer com que o Ministério Público possa, de fato, exercer um papel preponderante, que não é o papel dos nossos desejos pessoais. É o papel do Ministério Público no cumprimento da sua missão maior, que é o cumprimento da lei, da Constituição, o respeito à democracia e, mais do que isso, ao Estado de Direito”, pontuou o PGJ.

O Procurador de Justiça Walberto Fernandes de Lima discursou em nome dos membros que encerram seus mandatos: “Ter estado nessa cadeira do Conselho me permitiu participar de celebrações festivas, mas também houve momentos muito difíceis, pois, nesses quatro anos, em pouco mais de sua metade, somente pude estar com meus companheiros conselheiros de forma virtual em razão da pandemia da covid-19. Aos colegas que aqui permanecem, faço um pedido de não retrocedermos em nosso regulamento”, afirmou.

Discursou em nome dos conselheiros empossados a Procuradora de Justiça Conceição Maria Tavares de Oliveira: “Quando decidi me candidatar, o fiz não apenas por realização profissional ou somente pelo imensurável amor à instituição, mas, especialmente, porque acreditava, e ainda acredito, em duas de suas maiores características: o processo democrático de sua composição e o princípio do colegiado. Tenho dentro de mim a convicção inabalável de que o Conselho Superior, como Órgão de Execução e, ao mesmo tempo, Órgão da Administração Superior, tem o potencial imenso e o dever de contribuir efetivamente para a construção do Ministério Público real. Com o seu papel fiscalizador e supervisor, é capaz de influir no caminho a ser trilhado pela instituição e delinear sua personalidade, bem como a forma como se apresenta perante a sociedade”, ressaltou.

Conselho Superior do Ministério Público

Constitui responsabilidade do Conselho Superior fiscalizar a atuação do Ministério Público e zelar pelos princípios da instituição. Figuram entre as competências listadas por seu Regimento Interno: decidir sobre o afastamento de membros, sobre a confirmação ou não do arquivamento de inquéritos, aprovar o regulamento do concurso para ingresso na carreira, entre outras. O órgão é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o preside, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, ambos membros natos, e por oito Procuradores de Justiça, eleitos para mandato de dois anos, sendo quatro escolhidos pelo Colégio de Procuradores de Justiça e quatro pelos Promotores de Justiça.



PGJ participa da comemoração dos 30 anos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, no dia 13/02, da cerimônia para comemorar os 30 anos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625). O evento foi realizado no edifício Del Rey, em Belo Horizonte, mesmo local onde a lei foi sancionada, em 1993, pelo então Presidente da República, Itamar Franco. A Lei nº 8.625 definiu com maior clareza a atuação do Promotor de Justiça e assegurou ao MP brasileiro os instrumentos necessários à sua atividade em defesa dos direitos do cidadão.

A abertura da solenidade contou com a execução do Hino Nacional pela Banda da Polícia Militar de Minas Gerais. Em seguida, na parte externa, foi acesa a “Pira da Liberdade”, que tem por objetivo representar a perenidade do Ministério Público brasileiro e a chama que mantém acesos os compromissos dos membros da instituição com os institutos consagrados na lei federal.

Em sua fala, o PGJ de Minas Gerais, Jarbas Soares Júnior, destacou o significado do evento. “Ressalto o simbolismo deste 13 de fevereiro de 2023. Estamos aqui rejuvenescendo os nossos sonhos e afirmando o nosso compromisso com a democracia. Sem ela, há trevas; sem ela, vigora o silêncio; sem ela, impera a força sobre o direito. Não sejamos ingênuos, sem ela é a opressão. Contra a opressão temos, uma vez e

sempre, a voz que jamais se calará: a do Ministério Público brasileiro. Confiantes, seguimos nossos caminhos juntos e sempre adiante”, afirmou.

O PGJ do Rio de Janeiro, Luciano Mattos, por sua vez, pontuou a relevância da criação da Lei Orgânica Nacional. “A data de hoje representa um marco na história do Ministério Público, porque a Lei Orgânica Nacional gerou importantes instrumentos e regras para que a instituição possa cumprir o seu papel constitucional. Ela deve ser, portanto, efusivamente enaltecida e comemorada”, destacou.

Estiveram presentes ao evento o Governador de Minas Gerais, Romeu Zema; o Prefeito de Belo Horizonte, Fuad Noman; a Vice-Procuradora-Geral da República, Lindora Araújo, representando o PGR Augusto Aras; a Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ) e Procuradora-Geral de Justiça da Bahia, Norma Angélica Cavalcanti; o Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), Manoel Murrieta; o Conselheiro Nacional do MP, Paulo Cezar dos Passos, e a Presidente da Associação Mineira do Ministério Público (ANMP), Larissa Rodrigues Amaral. Também participaram da solenidade o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Martins Vieira; o ex-PGJ de Minas Gerais, Castellar Modesto Guimarães Filho, que à época da sanção da lei ocupava a presidência do CNPJ; Aristides Junqueira Alvarenga, que ocupava o cargo de PGR em 1993, além de autoridades e membros dos MPs de vários estados.

Por ocasião do final da cerimônia, foi assinada a “Carta de Belo Horizonte”, lida pela Presidente da ANMP, a qual cita a força do MP. A carta percorrerá os 27 Estados da Federação e o Distrito Federal, e depois irá compor o acervo do Memorial do MPMG.



PGJ e governadores se reúnem no 7º Encontro do Consórcio de Integração Sul Sudeste

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, no dia 02/03, da abertura do 7º Encontro do Consórcio de Integração Sul Sudeste (COSUB). O evento, que se estendeu até o dia 04/03, reuniu os governadores dos sete Estados das duas regiões, bem como diversas outras autoridades, para debater e desenvolver estratégias para consolidar a agenda de cooperação entre os governos, com o propósito de alcançar avanços econômicos, de bem-estar social e ambientais.

O encontro teve como seus temas principais: saneamento, pacto federativo e reforma tributária. Além disso, formaram-se 25 grupos de trabalho com integrantes de cada Estado, os quais, no decorrer dos três dias do evento, se debruçaram sobre questões relacionadas à saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, governança e desenvolvimento econômico. Cinco Promotores de Justiça do MPRJ participaram dos trabalhos. O Governador do Rio de Janeiro, Cláudio Castro, destacou que, pela primeira vez, o Ministério Público integra o evento.

Estiveram presentes na cerimônia o PGJ do Rio de Janeiro, Luciano Mattos, e a PGJ do Espírito Santo, Luciana de Andrade. “A presença dos Procuradores-Gerais de Justiça e dos presidentes das federações de indústrias é uma inovação deste ano. Isso mostra que o COSUB não é só do poder público: é dos estados, de todos

os setores, do Judiciário, do Legislativo, do Executivo e da cadeia produtiva. Porque aí mostramos que esse é um consórcio completo, que não olha o governo; olha a população dos estados”, disse Cláudio Castro. Além de Luciano Mattos, estiveram presentes, pelo MPRJ, o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas da instituição, Marfan Martins Vieira, e o Chefe de Gabinete, David Francisco de Faria.

O PGJ, Luciano Mattos, ressaltou que os estados que compõem essas duas regiões possuem algumas demandas em comum, de modo que a troca de experiências ajuda a compreender as dificuldades e a atuar de forma mais estratégica. “As pautas em discussão são extremamente relevantes para o serviço público e para a população. Por isso, agradeço o convite e vejo como muito importante a presença do Ministério Público. O MP tem, entre suas funções, a defesa da sociedade em larga escala. Então, estamos todos aqui em comunhão de ações e desígnios para debater o meio ambiente, a educação, e aprimorar a segurança pública”, afirmou.

A abertura do encontro contou com fala dos Governadores Ratinho Junior, do Paraná; Romeu Zema, de Minas Gerais; Renato Casagrande, do Espírito Santo, do Vice-Governador do Rio de Janeiro, Thiago Pampolha, e de Secretários de Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Também participaram o Prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes; o Secretário Especial de Assuntos Federativos da Secretaria de Relações Institucionais do Governo Federal, André Ceciliano; o Presidente da Associação Estadual dos Municípios do Rio de Janeiro (Aemerj), André Português, e o Presidente da FGV, Carlos Ivan Simonsen Leal.

Em seguida à solenidade de abertura, teve início a conferência “Saneamento: os caminhos para o acesso universal”, reunindo o Secretário de Estado da Casa Civil, Nicola Miccione, e o Diretor-Presidente da AEGEA Saneamento, Radamés Casseb. O painel discutiu o acesso universal ao saneamento como ferramenta de desenvolvimento econômico e social. Em relação ao processo de concessão dos serviços de saneamento do Estado do Rio de Janeiro, Radamés comentou que o MPRJ foi crucial para acompanhar a regularidade de cumprimento dos contratos, a destinação do dinheiro público e a implantação de mecanismos de controles rotineiros que monitoram os serviços das concessionárias. Também participaram do painel o Diretor-Presidente da BR Partners, Ricardo Lacerda, e a doutora em Economia pela FGV, Joisa Dutra. A mediação foi feita pelo jornalista Rodolfo Schneider. Demais temas debatidos nos outros dias do encontro foram as conferências sobre a Reforma Tributária e sobre o Pacto Federativo.



LANÇAMENTO REDE DE VOLUNTARIADO

COGEDPH
COORDENADORIA GERAL DE
PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA
MPRJ

CAMPERJ

MPRJ e Camperj lançam programa de voluntariado para membros e servidores

A Coordenadoria-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (COGEDPH/MPRJ) e a Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Camperj) lançaram, no dia 14/03, os seus respectivos programas de voluntariado. O evento contou com transmissão ao vivo para os integrantes do MPRJ por meio do portal na Intranet.

A Rede de Voluntariado do MPRJ (RV-MPRJ) foi regulamentada pela Resolução GPGJ nº 2.485, de 14 setembro de 2022, considerando-se serviço voluntário a atividade não remunerada prestada por membro, servidor ou estagiário oficial, exclusivamente para fins de apoio a atividades institucionais, a entidades públicas de qualquer natureza ou instituições privadas de fins não lucrativos com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. Também é considerado trabalho voluntário aquele desenvolvido no âmbito interno dos prédios que compõem o acervo imobiliário do MPRJ e que venham a ser solicitados à COGEDPH/MPRJ.

A RV-MPRJ tem por objetivo organizar a participação e estimular a execução de serviço voluntário, para fins de apoio a atividades institucionais, por membros e servidores ativos e inativos, residentes e estagiários oficiais, tanto no âmbito interno do MPRJ como junto a entidades e projetos regularmente cadastrados na instituição.

“Através da RV-MPRJ, pretende-se promover internamente a disseminação da cultura do voluntariado, colaborando para a redução das desigualdades sociais, sem perder de vista que a compreensão da complexidade dos fenômenos sociais e a empatia pelos problemas e causas alheias são formas de aperfeiçoamento das atividades dos integrantes do MPRJ. Dessa maneira, a parceria estabelecida entre a COGEPDPH/MPRJ e a Camperj busca potencializar a cultura do voluntariado, oferecendo aos interessados múltiplas oportunidades de participação”, destaca a Coordenadora-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana do *Parquet*, Patrícia Carvão.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

191, 210-211, 222, 224, 230-231, 233, 309, 311, 370, 373, 377, 495, 498, 501-502, 504, 512, 514-516, 559, 564, 566, 571, 575, 581;

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

29, 143, 191-193, 201, 207-209, 211, 213, 218-219, 225, 228, 291, 295, 297-298, 302, 304, 309, 313, 335, 380, 434, 499, 503, 515, 546;

AGOSTINHO

339, 341-342;

AGRAVO DE INSTRUMENTO

125, 146, 156, 173-174, 363-365, 374;

ANALOGIA

29, 41, 45-48, 50-53, 55-61, 63-64, 69, 81, 88-89, 256;

BRASIL

25, 74-75, 77, 79-80, 82, 86-87, 100, 102, 109, 114, 115, 120, 122-123, 127, 129, 135, 166, 172, 193, 194, 201-202, 204, 206, 208, 211, 213-215, 225-228, 240, 255, 263-265, 267-272, 274-284, 292, 299, 302, 309, 313, 322, 325-326, 331, 335, 457, 460-461, 483-484, 486-487, 543, 545, 567, 591, 593-602, 607, 609-614, 617, 625, 629-630, 634-635, 637, 642, 646, 652-660, 665, 667;

CASO HALET VS. LUXEMBURGO

333;

CETICISMO EXTERNO

347-358;

CONSUMIDOR

223, 319-320, 322-324, 504, 560, 565, 567, 569, 578;

CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO

142, 144, 248, 254;

CONTROLE

20, 22-23, 29-31, 53, 67, 73-74, 76, 78-84, 89, 97-98, 100-105, 109-111, 113, 116-118, 120, 124, 126, 133-136, 144, 152, 181, 191-193, 199, 201-211, 223-224, 229-232, 237, 240-241, 243-244, 246, 249-252, 248, 292-295, 298-299, 302-

305, 307, 313-314, 334, 400, 414, 461, 478, 480, 483, 505, 507, 552, 554, 560, 565, 567, 638, 659;

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

333;

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

264-265, 273-274, 282-284;

CRIME

19, 29, 36, 40, 42-43, 46-48, 63-64, 71, 73-74, 78, 85, 88, 97-98, 100, 104, 107, 109, 111-113, 116-120, 127-129, 131-134, 169-171, 182-183, 213, 264, 267-269, 273-274, 276, 279, 281, 283-284, 369, 371, 373, 451, 455, 458, 461-462, 469-470, 520, 522, 526-527, 529-530, 532-534, 537, 543-547, 549, 551-552, 557, 559, 615-616, 625, 630-632, 638;

DECADÊNCIA

29-30, 32, 34-36, 38-40, 44-45, 47, 58, 60-64, 73, 83-84, 88-89;

DECISÃO DE SANEAMENTO

141-142, 144;

DEMOCRACIA

51, 69-70, 85, 105, 158, 201, 208, 247, 289-290, 292-295, 298, 302, 306, 313-314, 482, 629, 682;

DEVER JUDICIAL

237, 247;

DIREITO

19-21, 24-36, 38-41, 44-45, 47-59, 61-67, 69-70, 72-83, 85-89, 97-100, 102, 104-106, 109, 114, 118, 124-128, 130-132, 135-136, 141-142, 145, 152-153, 156-158, 167, 169-170, 174, 184-186, 191-194, 200, 202, 207-211, 219, 222-223, 227, 229, 237-248, 250, 252-257, 264, 268, 270, 272, 274-275, 283, 289-303, 305-309, 311-314, 319-327, 331-335, 339, 347, 363, 370-374, 377, 383, 401, 433, 462, 475-478, 482-483, 486, 488, 497, 507, 509, 514, 517, 519-520, 523, 525, 529, 535, 539, 541, 546, 555, 557, 559, 563-564, 567, 569, 578, 580-581, 585, 591, 594-

- 597, 599, 602-603, 605, 607, 613, 615, 625-626, 629-631, 634-635, 637-638, 641-647, 649-652, 657-658, 662, 664, 666;
- DIREITO À INFORMAÇÃO PÚBLICA**
290-291, 293-294, 297-298, 314;
- EIN SOF**
339, 344-345;
- ESTELIONATO**
29, 40, 42-43, 46, 63, 73-74, 88;
- EXECUÇÃO PENAL**
61, 97-98, 121, 131-133, 135, 264;
- EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**
25, 29-30, 33-34, 36, 40, 44, 46, 58, 61, 64, 73-74, 83-84, 88-89, 185;
- FEMINILIDADE**
19-20, 26-27;
- FEMINISMO**
19-20, 26-27;
- FIABILIDADE**
165-167, 174, 178-179, 184;
- GUILHERME DE OCKHAM**
339, 343-344;
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
191-193, 210-213, 215-218, 221-226, 228-231, 308, 311-313, 366-375;
- INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**
141-143, 145-146, 156, 160;
- INSTÂNCIAS DE CONTROLE**
97-98, 100, 103-104;
- INSTITUIÇÕES PENAIS**
98, 103;
- INTERSECCIONALIDADE**
20, 27;
- JURIDICIDADE**
314, 331;
- JURISDIÇÃO**
54-55, 118, 120, 123, 126-128, 142-144, 148, 247, 284, 306, 368, 525, 542, 548, 559-560, 564-565, 567, 595, 597, 605, 628, 632-633, 663, 674;
- JUSTIÇA**
24-26, 29, 40, 43, 52, 59, 61, 65, 79, 88, 97-98, 100, 105-106, 108, 113, 115, 118-123, 125, 126-131, 136, 141-147, 150-152, 155, 168, 171-174, 184-185, 191-192, 207, 217-218, 237-238, 241, 244-247, 249, 252-253, 256-257, 263-265, 267, 269-276, 281-283, 289, 306, 308-310, 312-313, 321-323, 325-326, 331-335, 339, 347, 363, 365, 370-371, 373-375, 377-378, 384, 399, 407, 436, 462-465, 468, 470, 482, 490, 495, 497-498, 512, 517-519, 522-523, 525, 528-530, 532-534, 539-541, 544, 546-548, 551, 556-557, 561, 569, 574, 583-584, 586, 594, 596-599, 602, 607, 609, 614, 616-617, 620-622, 625, 627, 629-630, 632-638, 641, 643-644, 646-648, 654, 657-660, 662-663, 666;
- LEGALIDADE**
25, 29, 36, 42, 48-53, 56, 58, 68-69, 73, 82, 84-85, 88-89, 104, 202, 205, 218-219, 223-225, 230, 311, 331, 368, 456, 503, 560, 565, 567, 662;
- LIBERDADE DE EXPRESSÃO**
292-293, 333, 335, 629;
- LINGUAGEM**
107, 109, 133, 240, 245, 296, 298, 301, 319-326, 354, 358, 412, 644;
- LITIGÂNCIA DE MASSA**
141-142;
- LITIGANTE DE MÁ-FÉ**
237, 246-247, 250, 252, 258;
- LITIGANTES**
151, 153-155, 237-239, 241, 252;
- MICHAEL SMITH**
347-348;
- MINISTÉRIO PÚBLICO**
19, 29, 42, 44-45, 55, 60, 64, 78-89, 97-98, 101-103, 118-123, 125, 128, 141, 144, 147, 149-153, 155, 159-160, 165, 170-173, 184-185, 191-192, 201, 204-205, 207, 210-212, 215, 218, 221, 223-224, 230-232, 263, 289-291, 296, 302-303, 305-308, 310, 314, 331, 333-334, 339, 363-366, 373-374, 377, 400, 415, 431-432, 434-435, 463, 491, 495, 497-501, 504-505, 507, 509-512, 518-520, 523-524, 531-532, 539-541, 547, 557, 559, 562, 564, 566, 569, 571, 575, 579, 581, 585-586, 619-620, 623-625, 529, 637, 651;

MORAL

22-23, 25, 111, 113, 134, 176, 232, 325, 332-333, 347-358, 517, 527, 529, 572-573, 575-577, 579-582, 584, 611, 646-647, 660;

MULHER

19-25, 126, 519-520, 523, 525-536, 540, 544-546, 549-556, 594, 596, 598-599, 602, 607, 610-614, 626-628, 637-640, 643-644, 649, 654-658, 660, 666;

NEOCONSTITUCIONALISMO

52, 331;

ORÇAMENTO PÚBLICO

192;

PANPRINCIPIOLOGISMO

331;

PLOTINO

339, 341;

POLÍCIA

69, 83, 97-98, 100-118, 120-122, 128, 244, 282-283, 513, 594, 598-599, 619-620, 623-624, 640-641, 656;

POLÍTICAS PÚBLICAS

107, 125-126, 191-198, 201, 203-210, 212, 223-225, 228-232, 488, 495, 497, 500, 504, 507, 511, 513-515, 610, 654-657, 660;

PRECEDENTES

40-43, 45, 76, 115, 126, 142-143, 147, 151, 155, 185, 210, 255, 369, 377, 382, 469-470, 473, 498, 500-501, 513-514, 516-517, 519, 528-534, 537, 551, 553, 560, 565, 567;

PRINCÍPIO

30-31, 33, 36, 38, 49-53, 55-56, 58-59, 64-70, 72, 74, 77-78, 80, 82, 84, 85, 87-88, 103-104, 108, 113, 118, 123, 126, 128, 143, 146-147, 150-151, 153, 174, 200, 205, 208, 219, 227, 230, 237-238, 242, 247-248, 252, 255-258, 265, 271, 273-275, 281, 284, 289, 294-295, 300-301, 306, 309, 311, 320, 322-323, 241-244, 353, 356-358, 372-373, 431, 463, 464, 466, 477, 480, 482, 489, 495, 497-498, 500, 502, 509, 511, 513-516, 530, 559-560, 564-565, 567, 578, 581, 604, 627, 642-643, 663;

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

237, 242, 248, 252, 255, 258;

PRINCÍPIOS

21, 24, 31, 34, 42, 48, 50-52, 58, 65, 67-70, 72, 74, 89, 122, 127, 157-158, 176, 213, 218-219, 221, 255, 228, 239, 242, 249, 255-256, 267-277, 289, 292-293, 294-295, 297, 311, 314, 319, 322-323, 326, 331-332, 334, 368, 370, 453, 530, 542, 545, 605, 627, 646, 649, 682;

PROCESSO PENAL

24, 30, 32-35, 37, 39-42, 46-48, 53-60, 63, 69-73, 85-87, 100, 118-119, 122-123, 127, 132, 173, 264, 370, 373, 444, 463, 466, 468, 527, 529, 531, 535, 546, 555, 594, 596, 599, 603-606, 616, 620, 622, 625-628, 630, 632-633, 639, 642, 644-647, 657-659, 662;

PROVA PSICOGRAFADA

165-170, 172-175, 177, 179, 181-186;

PUBLICIDADE

158, 201, 289-290, 294-295, 299, 300-303, 305, 309, 313, 326, 482;

REPRESENTAÇÃO

22, 29-30, 32-48, 58-64, 73-74, 81, 83, 88-89, 109, 111, 157, 201, 211, 224, 290, 294, 345, 484, 596-597, 529;

RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

29-30, 33, 35, 38, 40, 44, 46, 62, 78, 81;

RONALD DWORKIN

347-348;

SEXISMO

19, 23-24;

SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

19-20, 23-24, 26;

SOCIOLOGIA

98, 100, 103-104, 116, 131-132, 174;

TOLERÂNCIA ABUSIVA

237-238;

TOMÁS DE AQUINO

339, 342;

**TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS
CONDENADAS**

263-265, 267-268, 270-271, 275, 279-281, 283;

TRANSPARÊNCIA

118, 206, 209, 225, 289-290, 293-296,
298-299, 301-311, 313-314, 322, 378,
414, 654;

TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA

237, 257-258;

VERDADE

21, 31, 34, 66-67, 69, 85, 110, 113, 116,
122, 125, 132, 142, 155, 158, 167-169,
173, 176, 182, 184-185, 239-240, 244-
245, 249, 253, 255, 293, 325-326, 332,
341, 344, 347-348, 350-358, 392, 396,
502-503, 507, 509, 520, 534-535, 545,
554-555, 579, 584, 639, 641, 651, 660;

VULNERABILIDADE

153-154, 319-320, 322-323, 325-327,
488, 520, 525-526, 529-531, 533-534,
536, 540, 542-543, 545, 548-549, 551-
554, 556, 652;

WHISTLEBLOWER

333-334.

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

Rodrigo Silva França

Estagiário

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão

Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Ana Carla Pereira

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*:

rmp@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*:

rmp@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br