



REVISTA
**Judiciária,
DO PARANÁ**

ANO XV - MAIO 2020

Bonijuris



AMAPAR
Associação dos
Magistrados do
Paraná

19

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

19

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XV – n. 19 – Maio 2020

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIO

Henrique Junior Choinski

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— .— Curitiba : AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogério de Vidal Cunha
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
Miguel Kfourri Neto
René Ariel Dotti
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**
(www.amapar.com.br)

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**
(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**
(www.apajufe.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**
(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**
(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**
(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**
(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**
(www.redlaj.net)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**
(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Jederson Suzin

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luis Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Ricardo Henrique Ferreira Jentszsch

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Antonio Lopes de Noronha Filho, Antonio

José Carvalho da Silva Filho, Astrid

Maranhão de Carvalho Ruthes, Eduardo

Casagrande Sarrão, Fábio Ribeiro Brandão,

Fernando Bueno da Graça, Frederico

Mendes Júnior, Guilherme de Paula

Rezende, José Laurindo de Souza Netto,

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Marco

Vinicius Schiebel, Mario Luiz Ramidoff,

Roberto Antonio Massaro, Rodrigo

Fernandes Lima Dalledone

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira

Junior, Antonio Evangelista de Souza

Netto, Beatriz Fruet de Moares, Fernanda

Monteiro Sanches, Jailton Juan Carlos

Tontini, Luciano Souza Gomes, Rogério de

Vidal Cunha, Vitor Toffoli

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

SEGURANÇA – MEMBROS

Ferdinando Scremin Neto, Celso Jair

Mainardi, Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardoso

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio

Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano

Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro

Roderjan Rezende, Marcel Ferreira dos

Santos, Marcelo Furlanetto da Fonseca,

Osvaldo Canela Junior, Raffael Wasserman,

João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – PRESIDENTE

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – VICE-PRESIDENTE

Leonardo Bechara Stancioli

COMISSÃO PERMANENTE – RES. 21/2019 CNJ

Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR - COORD.

Marcelo Pimentel Bertasso, Marcel F. dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – MEMBROS

Carolina Fontes Vieira, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Huber Pereira

Cavalheiro, Jederson Suzin, Luciano Carrasco

Falavinha Souza, Marcelo Quentin, Sigret

Heloyna Raymundo de Camargo Vianna

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA

DA COSTA – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO

Francisco Carlos Jorge, João Maria de Jesus C.

Araújo, Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM DIREITO

DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny,

Fábio Ribeiro Brandão, Ivanise Maria Tratz

Martins, Luciana Assad Luppi Ballalai, Mario

Luiz Ramidoff, Noeli Salete Tavares Reback,

Rodrigo Rodrigues Dias, Sergio Luiz Kreuz

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Rosana Andriguetto

de Carvalho, Rogerio de Vidal Cunha

ESPORTES

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO - DIRETORA

Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO - VICE-DIRETORA

Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandez

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz Dosciatti,
Gilberto Ferreira

SOCIAL – DIRETORA

Nílce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

SEDES**FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR**

Ederson Alves

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Alexandre Waltrick Caldecari

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Elias Duarte Rezende

CONSELHO FISCAL**PRESIDENTE**

Marcos Antonio de Souza Lima

MEMBROS

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna,
Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço
Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso
Ferreira

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS**PRESIDENTE**

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

GMF**PRESIDENTE**

Diego Santos Teixeira

MEMBROS DA COMISSÃO

Antonio Sergio Bernardinetti,

SOCIAL – MEMBROS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da
Costa, Andrea Fabiane Groth Busato, Daniel
Ribeiro Surdi de Avelar

FUTEBOL – DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR

Anderson Ricardo Fogaça

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Lorni Zaniolo

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salete Tavares Reback

Rafaela Mari Turra, Suzana Massako Hirama
Loreto de Oliveira, Tais de Paula Scheer

SUPLENTES

Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger,
Cintia Graeff, Eduardo Villa Coimbra
Campos, Marcella de Lourdes de Oliveira
Ribeiro, Sidnei Dal Moro, Tatiane Bueno
Gomes

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein, Alexandre
Gomes Gonçalves, Oswaldo Soares Neto,
Ariel Nicolai Cesa Dias

Ariel Nicolai Cesa Dias, Cintia Graeff,
Fernando Bardelli Silva Fischer, José
Orlando Cerqueira Bremer, Lourenço
Cristovão Chemin, Marcelo Marcos
Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch

PROSP

PRESIDENTE

Oswaldo Canela Junior

EMAP

DIRETOR GERAL

Clayton de Albuquerque Maranhão

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Marcelo Quentin

Antonio Evangelista de Souza Netto

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

MEMBROS

Antonio Lopes de Noronha, Glauco

Alessandro de Oliveira, Marcelo Pimentel

Bertasso, Oswaldo Soares Neto

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomin

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Rafael Altoé

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Pedro Roderjan Rezende

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Perieto

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Fernando Wolff Bodziak

CONSELHO FISCAL – MEMBRO

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Fabricio Voltare

CONSELHO GESTOR

Antonio Loyola Vieira, Hayton Lee Swain

Filho, Nilson Mizuta, Shiroshi Yendo

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

É com gratidão que inicio a apresentação desta 19ª Edição da Revista Judiciária do Paraná, a revista jurídica da Associação dos Magistrados do Paraná. Essa gratidão é voltada para os responsáveis por todo o trabalho de edição, diagramação, preparação, impressão e de todas as etapas necessárias para que se torne realidade em tempos tão difíceis como o que estamos a atravessar neste primeiro semestre de 2020, em razão da pandemia que aflige todo o planeta. Na pessoa do editor Luiz Fernando de Queiroz agradeço a equipe da Bonijuris por esse trabalho. Esta gratidão se direciona, também, ao nosso diretor, o Desembargador Joatan Marcos de Carvalho, que mantém acesa a chama desta importante publicação, que pereniza a produção jurídica da magistratura paranaense e, ao mesmo tempo, oportuniza a participação de outros profissionais do meio jurídico.

O período é de novos desafios e a Magistratura do Paraná tem se destacado no cenário nacional ao manter, em trabalho remoto, elevada produtividade e, principalmente, senso responsável do seu essencial papel na manutenção do tecido social e da democracia. Esperamos tempos melhores, mas não apenas aguardamos os fatos ocorrerem. Cumprimos o nosso papel, diariamente, dando resposta célere e adequada tanto às demandas antigas como às novas que surgem com a rapidez da própria propagação do vírus causador da pandemia.

Nesta edição, ao lado dos nossos magistrados e outros operadores do direito, temos figuras de destaque no meio acadêmico e editorial, como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Clèmerson Merlin Clève, Teresa Arruda Alvim e, de Portugal, a participação de Mário Frota.

A Revista Judiciária do Paraná se consolidou como uma publicação respeitada e esperada no meio jurídico paranaense. O meu desejo é que possamos seguir este caminho com muitas outras edições da nossa querida revista e, para isso, contaremos com a generosa colaboração de todos.

Um abraço fraterno,

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Da decisão cautelar de arquivamento do inquérito policial e as regras da Lei 13.964/19 17
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

DOCTRINA

2. O ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça e o direito fundamental social à saúde 53
Anderson Ricardo Fogaça
José Laurindo de Souza Netto
3. O impacto da Lei 13.964/19 – pacote anticrime – nas medidas cautelares criminais, na prisão preventiva e na audiência de custódia 75
Glauco Francisco Moura Cruvinel
4. A “nova” prisão no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher – do preceito acusatório e da atuação do juiz de ofício 85
Arthur Cezar Rocha Cazella Júnior
5. REsp. 1.765.579/SP e ponderação: um caso frustrado de motivação racional legal 103
Tiago Gagliano Pinto Alberto
6. Considerações sobre o instituto jurídico da desapropriação direta e indireta 119
Gabriel Cavalcante Cortez
Maria Júlia Scherlowski Rosa
7. O prazo de inelegibilidade previsto na Lei da Ficha Limpa – por imperativo constitucional, a carta magna veda expressamente penas de caráter perpétuo, conforme disposto no art. 5º, XLVII, b133
J. S. Fagundes Cunha
8. O Supremo Tribunal Federal, as questões difíceis e o governo da maioria 151
Clèmerson Merlin Clève

9. A modulação do art. 927, § 3º, do CPC	155
<i>Teresa Arruda Alvim</i>	
10. A luta por uma personalidade reconhecida: Paulo Roque e o direito de existir num contexto biopolítico	173
<i>Maria de Lourdes Araújo</i>	
11. Desordem da ordem ou ordem da desordem? A parte de cada um na reprodução do caos	199
<i>Edmundo Lima de Arruda Junior</i>	
12. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: <i>patteggiamento</i> e Projeto Moro.....	209
<i>José Henrique Kaster Franco</i>	
13. Os 30 anos das constituições estaduais no Brasil e os direitos fundamentais estaduais	243
<i>Luís Fernando Sgarbossa</i>	
<i>Laura Cabrelli Bittencourt</i>	
14. O movimento de privatização de direitos sociais e fundamentais pelo futuro regime de capitalização em substituição à apólice constitucional protetiva	265
<i>Theodoro Vicente Agostinho</i>	
<i>Sergio Henrique Salvador</i>	
<i>Ricardo Leonel da Silva</i>	
EM DESTAQUE	
15. Portugal: uma ronda pelos serviços públicos essenciais a caminho do quarto de século de vigência da lei que protege os consumidores	291
<i>Mário Frola</i>	

ANÁLISE

Da decisão cautelar de arquivamento do inquérito policial e as regras da Lei 13.964/19¹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná

I. Estrutura do arquivamento

EM UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMO O BRASILEIRO, em que a persecução penal está dividida em duas fases, a primeira administrativa e a segunda jurisdicional, o tema referente ao arquivamento e desarquivamento do inquérito policial assume especial relevância.

Na primeira fase da persecução penal, em geral realizada por meio de inquérito policial, o objetivo fundamental é recolher os elementos necessários (conhecimento) a fim de que sejam preenchidas as condições da ação, propiciando o exercício dela (ação) pela acusação, seja o Ministério Público nas ações públicas, seja o ofendido ou seu representante legal nas ações de iniciativa privada, sempre visando um juízo de admissibilidade positivo. A questão do arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, portanto, está vinculada às condições da ação e ao conhecimento (que explicita o crime)³ produzido no procedimento preliminar.

Concluído o inquérito policial, a autoridade, após elaborar relatório⁴, envia os autos ao juízo competente (art. 10, § 1º, do CPP). É necessário observar, desde logo, que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”, conforme dispõe o art. 17 do CPP. Esse é um ato que no sistema do CPP cabe, com exclusividade, ao juiz, após manifestação do Ministério Público.

Assim, chegando ao juízo os autos de inquérito policial, nos crimes de ação penal pública determina o juiz que sejam remetidos ao

MP, titular da ação, e esse pode seguir um entre três caminhos: a) entender que se encontram preenchidas as condições da ação e, com isso, oferecer denúncia; b) entender que a prova do inquérito policial não é suficiente para o exercício da ação penal e, desse modo, requerer a baixa, o retorno dos autos à autoridade policial, a fim de que novas diligências sejam efetuadas visando recolher os elementos faltantes, muito embora esse requerimento só seja admitido se realmente as novas diligências forem imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16 do CPP); c) entender que não estão presentes as condições da ação e, em sendo inalcançáveis, por ora, com novas diligências, requerer o arquivamento do inquérito policial.

Como antes anotado⁵, as condições da ação, no processo penal brasileiro, assumem uma posição particular – embora exista uma grande discussão na doutrina –, em razão das regras do antigo artigo 43⁶ do CPP (inexplicavelmente revogado, sem que nada se tenha colocado no lugar pela reforma de 2008, conforme a Lei 11.719/08)⁷, e artigo 18⁸ do CPP. Desse modo, o fundamento do pedido de arquivamento pelo MP e do ato do juiz determinando-o está vinculado: ou à falta, pelo menos aparente, de adequação típica do fato objeto de reconstrução no inquérito policial (antigo art. 43, I, do CPP); ou à *falta de justa causa* (antigo art. 43, III, 2ª parte, combinado com o art. 18, ambos do CPP), isto é, falta de prova do fato (materialidade do delito) e indícios de autoria⁹.

A legitimidade para agir (antigo art. 43, III, 1ª parte, do CPP), embora seja uma das condições para se ter ação penal, não é fundamento para o arquivamento do inquérito policial já que, ao rejeitar a denúncia ou a queixa em razão da falta desta condição, o juiz não determina o arquivamento, mas sim que se manifeste a parte legítima (MP) ou que se aguarde a manifestação da parte legítima (art. 19 do CPP), inclusive quando o MP oferece indevidamente a denúncia em caso de ação penal de iniciativa privada.

De sua parte, em relação ao arquivamento do inquérito policial, a *ação penal de iniciativa privada* assume características próprias, pela forma como vem imposta. Rege a matéria o art. 19 do CPP, traçando as linhas mestras: “nos crimes em que não couber a ação pública, os

autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado¹⁰.

Ora, presentes os autos em juízo e presentes as condições da ação, a parte ofendida ou seu representante legal, se for o caso, poderá oferecer queixa. Caso não o faça (não se pode esquecer que prevalece aqui o princípio da oportunidade), caberá, dado o decurso do prazo, uma decisão sobre a questão. E essa ocorrerá sob o fundamento da falta de punibilidade concreta (antigo art. 43, II, do CPP), já que, nessa modalidade de ação, o prazo para o exercício dela, sob pena de decadência (art. 107, IV, do CP), contado do dia em que o ofendido ou seu representante legal vier a saber quem é o autor do crime (art. 38, do CPP), é de seis meses. Notar, não obstante, que a determinação do arquivamento, no caso, é sucessiva a uma decisão de mérito¹¹, isto é, aquela que declara extinta a punibilidade.

A legitimidade
para agir
não é
fundamento
para o
arquivamento
do inquérito
policial

Pode, também, o ofendido ou seu representante legal manifestar-se no sentido do arquivamento, mas tal pedido equivale à renúncia, levando o juiz a declarar a extinção da punibilidade, com base no art. 107, V, do CP¹². Estar-se-á, mais uma vez, diante de uma decisão de mérito, à qual sucederá a determinação do arquivamento, que possui uma estrutura diversa daquela vera e própria decisão de arquivamento.

Por uma questão de coerência, então, o mesmo deve ser referido quando se tratar de ação penal pública e estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou por outra causa. Nesse caso, o MP não requer propriamente o arquivamento do inquérito policial, mas a declaração da extinção da punibilidade, que o juiz, se for o caso, declara com uma decisão de mérito¹³.

São, portanto, duas situações distintas: *a decisão de arquivamento e a decisão de mérito seguida da determinação do arquivamento*, isto é, a determinação de um ato meramente burocrático de conservação dos autos dos processos terminados.

Assim, nos casos de ação penal de iniciativa privada, o arquivamento propriamente dito pode aparecer, mas tão só naquelas hipóteses onde o querelante vê, em relação à queixa interposta, um juízo de admissibilidade negativo, seja por falta da condição da ação que diga com a *tipicidade aparente*, seja por falta de *justa causa* (materialidade do delito e indícios de autoria). Ora, nesses casos, ao decidir pela improcedência da ação (manifestada pela queixa), o juiz determina o arquivamento dos autos, que se consolida se não houver recurso (art. 581, I, do CPP). A partir daí, nada impede a renovação da ação – se novas e melhores provas surgirem –, se ainda presente a punibilidade concreta.

Em conclusão: a decisão de arquivamento atinge tanto os casos de ação penal pública como os casos de ação penal de iniciativa privada, mas, no rigor do termo, só aparecerá, nas hipóteses indicadas, em função da *falta de provas quanto à tipicidade aparente e falta de justa causa*.

Necessário é verificar, então, a sistemática adotada pelo CPP para os casos de arquivamento do inquérito policial.

II. O sistema do arquivamento

O legislador de 1941, para regular a sistemática do arquivamento do inquérito policial, adotou um sistema misto de controle da legitimidade, conforme se pode perceber pela regra do art. 28 do CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”¹⁴.

Assim, o primeiro controle é realizado pelo juiz da causa. Caso discorde do MP, não pode obrigá-lo a agir pois não existe qualquer vinculação hierárquica entre os órgãos¹⁵ e, mais, porque o órgão do MP que requer o arquivamento tem, em qualquer circunstância, respeita-

da sua *opinio delicti*. A solução oferecida pela lei, então, é a remessa dos autos ao procurador-geral, chefe do MP em cada estado-membro da federação ou, se for o caso, ao procurador-geral da república, de modo que decida a Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal), na forma do artigo 62, IV, da Lei Complementar 75/93, a Lei Orgânica do Ministério Público da União¹⁶.

O controle, agora, por parte do procurador-geral, tem natureza hierárquica. Se entender que o caso comporta o oferecimento da denúncia, poderá oferecê-la ou – como sucede normalmente – designar outro órgão do MP para exercer a ação penal. Esse, por sua vez, estará obrigado a fazê-lo, mesmo porque atua em nome e por ordem do procurador-geral, portanto atua em face do vínculo hierárquico¹⁷. Não poderá ser, todavia, aquele órgão que requereu o arquivamento, o qual, também nessa situação, deve ter respeitada sua *opinio delicti*¹⁸.

Particular atenção merece a hipótese de o procurador-geral entender que o caso comporta o arquivamento. Aí, insiste no pedido anteriormente formulado pelo órgão do MP de primeira instância e o juiz estará obrigado a determiná-lo. A presente situação abre um grande campo de discussão.

De fato, o sistema legal, fundado em um duplo controle, parece extremamente eficaz, mas na verdade é só aparência. Refletindo a privacidade da ação penal pública nas mãos do MP, o ordenamento se coloca em contradição com o sistema processual no tocante à obrigatoriedade da ação penal pública, já que ao procurador-geral pode caber a decisão final sobre a propositura da ação. Neste aspecto, necessário se faz uma explicação adicional. Afinal, em momento algum o legislador brasileiro¹⁹ estabeleceu em lei o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. É ele uma criação da doutrina e da jurisprudência que visa proteger a independência do MP – principalmente – contra ingerências estranhas, mormente de ordem política.

A partir de uma análise do art. 28 do CPP, percebe-se logo que se trata de um princípio retórico²⁰. Basta ter presente que o procurador-geral era, na base da CR de 1969, escolhido pelo governador do estado²¹, assim como o procurador-geral da república em relação ao presidente, e eram – e são – titulares privativos da ação penal pública

originária, de cujo processo seguirá um procedimento por prerrogativa de função, perante os tribunais de justiça ou, na esfera federal, perante os tribunais regionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Para além do esforço sem limites da doutrina em encontrar a obrigatoriedade da ação penal também nesses casos, nada existe de sustentação legal, levando a jurisprudência a se manifestar²² – em posição de contradição quanto à obrigatoriedade da ação que aceita em relação à primeira instância – pela inexistência dela.

A regra do art. 28 do CPP, portanto, abre espaço ao *princípio da oportunidade* quanto à ação penal pública e, a partir dela, o ideal seria, no sistema processual penal brasileiro, uma nova visão do princípio da obrigatoriedade, diferente daquela propalada pela doutrina, que o discute como exigência indeclinável²³. De nada adianta, sabe-se bem, sustentar um princípio que não tenha fundamento ou, pelo menos, que possa ser manipulado ao ponto de se desfigurar. Por isso, “mais vale a lei reconhecer expressamente e regulamentar em pormenor, nos termos expostos ou outros semelhantes, a margem de oportunidade que quer conceder às entidades encarregadas da perseguição das infrações do que continuar a preconizar farisaicamente um princípio de legalidade a todo custo e sem exceção que, como se vê, não pode pura e simplesmente ser cumprido na prática!”²⁴

De mais importante, além da regra do art. 28 do CPP, está a *possibilidade de manipulação do próprio arquivamento do inquérito policial*. Embora no atual estágio das instituições (magistratura e ministério público), seja difícil de acontecer, é possível imaginar uma hipótese em que o órgão do MP coloque-se de acordo (por inúmeros motivos, inclusive políticos) com o órgão jurisdicional, no sentido de que sejam arquivados inquéritos policiais nos quais foram apurados determinados delitos ou, mais significativamente, inquéritos que apurem crimes praticados por algumas privilegiadas pessoas. Sendo a possibilidade do controle correcional (pelos corregedores do MP e da magistratura) muito remota, o simples vislumbrar da hipótese faz estremecer todo o sistema do arquivamento, com reflexos no sistema processual em seu todo, a começar pelos princípios da isonomia e da legalidade.

No mundo, seria válido lembrar, existem, com maior relevância, três sistemas de controle de legitimidade: 1º) o chamado *sistema jurisdicional*, como grosso modo aparecia na Itália (art. 74 do CPP-30; hoje, no CPP/88, embora alterada a estrutura, o sistema continua similar, cf. art. 409, basicamente)²⁵; 2º) o *sistema hierárquico*, ao qual cede exemplo a legislação portuguesa (arts. 277 e 278 do CPP-87)²⁶; e 3º) o *sistema misto*, do qual é referência a atual legislação mexicana (arts. 254 e 258 do CPP-14)²⁷.

Para uma estrutura processual penal como a brasileira, o sistema hierárquico funcionaria como verdadeira evolução, notabilizando a independência do MP e oferecendo ao ofendido a possibilidade de participar da discussão a respeito do arquivamento, que hoje não tem, já que, de acordo com a jurisprudência pacífica, “a vítima não dispõe de meios de impugnação da manifestação do Ministério Público pelo arquivamento de inquérito policial quando o pedido é acolhido pelo Juízo natural da causa” (STJ, AgRg na Rcl 32.510, 28.9.16, DJ 5.10.16).²⁸

Como é de conhecimento geral, no sistema hierárquico, o órgão jurisdicional não participa do controle da legitimidade. O órgão do MP encarregado de exercitar a ação penal, se entender que é caso de arquivamento, determina-o, mas recorre administrativamente, em geral, para o Conselho Superior do MP, um órgão colegiado, não vinculado politicamente (como ocorria, no regime constitucional anterior, com o procurador-geral) e, mais, órgão máximo da instituição. Além disso, procede o órgão recorrente à notificação do ofendido a fim de que, querendo, participe da discussão da causa perante o Conselho Superior, que decidirá se acolhe ou não o arquivamento.

Inacreditável, por isso, é que o anteprojeto originário de *José Frederico Marques* para o novo CPP brasileiro (confirmado pela comissão criada em 1981 pelo então ministro da justiça para reestudá-lo) previa a introdução do sistema hierárquico (arts. 234-235 do

A regra do art. 28 do CPP abre espaço ao princípio da oportunidade quanto à ação penal pública

texto da supracitada comissão), mas acabou alterado quando da apresentação do Projeto de Lei 1.655, de 1983, retornando-se ao sistema misto ainda hoje na regência da matéria (arts. 227 e 228) que, como se viu, mantém uma postura desgastada e desprestigiada, fruto de uma legislação ditatorial que, quiçá, pretendia deixar um campo para manipulações, principalmente de ordem política.

De mais significativo sobre o tema tem-se que no Anteprojeto de Reforma Global (mais tarde PLS 156/09) se fez inserir um controle hierárquico e participação da vítima ou seu representante legal (arts. 37 e 38). Já no Senado foi a posição – infelizmente – superada, a fim de que se retornasse ao sistema misto (art. 38 do projeto encaminhado à Câmara dos Deputados). Tratava-se, mais uma vez, de um retrocesso absurdo.

O tema, como se vê, tem grande importância. Mas é por outro motivo que continua sendo discutido pelo Poder Legislativo, pois no trâmite do Projeto de Lei 8.045/10 propôs-se a aprovação da emenda modificativa 62/2016, a fim de que seja adotado o sistema hierárquico de controle de legitimidade do arquivamento do inquérito policial, sem, contudo, conceder ao ofendido a possibilidade de participar da discussão, o que não parece certo²⁹.

III. O que é, do ponto de vista jurídico, o ato ou (como diziam os antigos) da natureza jurídica do ato

A partir da análise da sistemática do arquivamento em cada sistema processual é que se pode acertar o que é, do ponto de vista jurídico, o ato ou (como diziam os antigos – e não tão antigos –) a natureza jurídica do ato³⁰. Isso não significa um desprezo às importantes contribuições vindas da análise engenhosa de autores que trabalharam com outra realidade, mas impõe uma concentração de esforços no sentido de fixar a própria realidade – objeto da investigação –, sob pena de se importar conceitos sem nenhum conteúdo apreciável, o que, infelizmente, é uma prática tão comum quanto nefasta no direito brasileiro.

A partir dessa ideia, é preciso estar atento às análises feitas no exterior sobre o presente tema, riquíssimo de grandes polêmicas e contradições, a começar pelos dois sistemas processuais que mais influência exerceram sobre o brasileiro: o italiano de 1930, onde o calor da discussão era anotado nas posições antagônicas de Leone³¹ e Cordero³², com nítida vantagem àquela do segundo, que não aceitava o ato do arquivamento como um ato do processo; e o sistema português de 1929, no qual a doutrina dominante, com razão, entendia que o ato é jurisdicional³³, mas não conseguia passar tal entendimento à jurisprudência, que continuava a tratá-lo como mera decisão de caráter administrativo.

Notar, neste ponto, que, no atual sistema do CPP-I/88, a decisão de arquivamento do inquérito policial é ato de competência do juiz³⁴. Cordero, entretanto, segue defendendo a posição segundo a qual o arquivamento é mecanismo *extraprocessual* inibitório da ação penal³⁵. A medida em questão não é preclusiva de nova investigação, já que o magistrado pode autorizar, à requerimento do MP, a reabertura do procedimento³⁶. De outro lado, entende-se, quanto ao sistema do CPP-P/87, que a decisão, por ser da exclusiva competência do MP, sem qualquer intervenção judicial, não é ato jurisdicional³⁷. Dois sistemas diversos que comportam análises diversas e, por óbvio, conclusões diversas.

No sistema brasileiro, então, a análise do ser jurídico do arquivamento deve partir da sua realidade no processo e não de mera aparência. Ademais, é preciso ter presente que os conceitos, mormente aqueles definidores da “natureza jurídica” dos institutos, não devem ser vistos como definitivos, mas como algo em evolução e, portanto, passíveis de constantes transformações³⁸.

Desse modo, no sistema brasileiro, a análise do ser jurídico do arquivamento deve começar pela análise da sistemática que se estudou e passar, depois, pela regra do art. 18 do CPP³⁹ e, além, pela posição consolidada do Supremo Tribunal Federal através da Súmula 524: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”⁴⁰.

Da sistemática se recolhe que o órgão do MP (art. 28 do CPP), não presentes as condições da ação que se indicaram, requer ao juiz competente que determine o arquivamento do inquérito policial. O magistrado, da sua parte, deve decidir se acolhe ou não o pedido formulado pelo Ministério Público. Se a decisão é negativa, procede conforme a regra do art. 28 do CPP; se positiva, isto é, se acolhe o pedido do MP, determina o arquivamento, decisão da qual não cabe recurso. A pergunta que se coloca agora é sintomática: estar-se-á diante de uma decisão, um ato jurisdicional ou meramente administrativo?

A dificuldade da resposta – é evidente – aparece como fruto do próprio sistema adotado pelo CPP⁴¹, no qual o primeiro controle da legitimidade é feito pelo órgão jurisdicional, chamado a decidir sobre uma questão – propositura da ação penal – que, a princípio, em relação ao sistema processual penal brasileiro, é de todo incoerente, mesmo porque o escopo é dirigido a preservar o *ne procedat iudex ex officio*, reservando-se sobremaneira a atividade do juiz para a discussão do caso penal (salvo as medidas cautelares) e afastando-o da ação e, de consequência, do ato propiciador do desencadeamento do processo e do chamado *jus accusationis*. Toda essa dificuldade não se teria se prevalecesse o sistema hierárquico de controle, em que a resposta à pergunta formulada, no sentido de se tratar de um ato administrativo, seria tranquila. Mas assim não o é.

Ora, como ocorre hoje, o MP leva ao juiz uma questão jurídica a ser decidida; e essa decisão é jurisdicional. Isso, porém, implica reconhecer a existência de um processo, embora não se verifique dificuldade nesse reconhecimento, já que o caso a ser decidido é eminentemente *cautelar* em relação à questão de fundo. Basta ver que no caso do juiz não acolher o pedido, o procurador-geral poderá – ou outro órgão do MP, designado, deverá – oferecer denúncia, isto é, exercer a ação penal. São, portanto, momentos diferentes.

O ato de decisão do juiz, por óbvio, há de ser ato de um processo. Mas qual processo? Que processo é esse? Qual o ser jurídico dele? A resposta, à evidência, leva ao *processo cautelar*. O perigo, todavia, por ora, é exigir do processo penal cautelar a mesma estrutura construída para o processo civil. Basta ver que – ainda – boa parte da doutrina

brasileira continua a manter a *lide* como centro do sistema processual penal, o que é inaceitável a partir do próprio conteúdo efetivo do processo⁴² e, pior, seguindo os passos de *Guiseppe De Luca*⁴³, alarga o entendimento para o processo penal cautelar⁴⁴. É preferível, portanto, em face da cópia que se faz, criar uma nova terminologia para, entre outras coisas, quebrar o vício de pensar os institutos do direito acriticamente, sem qualquer indagação mais profunda, a partir de *standards* concebidos e projetados como verdades absolutas e intocáveis, mas sempre a serviço de alguma ideologia e, de regra, do *statu quo*.

Isso não implica, não obstante, iconoclasticamente, partir para uma destruição do que já foi produzido, fator esse que desacredita novas construções. Mas o espaço de sua utilização deve ser medido na real adequação do caso concreto. Urge, então, resgatar a realidade do processo penal e, nela, acolher o aceitável do pensamento do processo civil. O processo penal, ademais, para ser humanizado, deve se preocupar com o *ser*, não com o *ter*⁴⁵, o que substancialmente muda o modo de pensá-lo. Assim, livre das amarras externas, é possível ao intérprete se voltar para o interior do próprio processo penal e, desmitificando-o, afastar os fantasmas que insistem em conduzi-lo⁴⁶.

Essa linha de raciocínio parece ser a mais coerente no que diz respeito à regra do art. 18 do CPP. Afinal, se a *decisão de arquivamento fosse meramente administrativa* (como quer a jurisprudência e a doutrina dominante), não haveria razão para o legislador impor obstáculos ao desarquivamento do inquérito policial, como o fez, exigindo notícia de novas provas, o que acabou se refletindo na Súmula 524. Além do mais, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a reabertura [do inquérito] não pode decorrer da simples mudança de opinião ou reavaliação da situação. É indispensável que haja novas provas ou, ao menos, novas linhas de investigação em perspectiva. [...] O arquivamento da investigação é ato sério que só pode

O processo penal para ser humanizado deve se preocupar com o *ser*, não com o *ter*, o que substancialmente muda o modo de pensá-lo

ser revisto por motivos igualmente sérios e surgidos posteriormente” (STF, Rcl 20.132, 23.2.16, DJ 28.4.16)⁴⁷.

Retira-se da regra do art. 18 do CPP, também, que a decisão adquire uma estabilidade provisória, isto é, mantém-se imutável até que apareçam novas e melhores provas. É, assim, uma decisão gravada com efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*, da qual, nessas condições, é lícito dizer que faz *res judicata*⁴⁸. Por isso, não parece ter razão parte da doutrina brasileira que não reconhece, no ato, a coisa julgada⁴⁹, mas também outro sentido, diverso daquele indicado, não se pode dar à jurisprudência que já admitiu a coisa julgada (TACrimSP, RT 520/433). Afinal, desarquivar, em *ultima ratio*, é reabrir a discussão no mesmo processo, o que implica afastar a coisa julgada formal⁵⁰.

A posição da jurisprudência brasileira reflete um outro aspecto interessante. Sendo generalizante, frágil e precária, não se preocupa com o fundamento da decisão, fechando a interpretação, de um modo geral, do art. 18 do CPP, na coisa julgada *rebus sic stantibus* e, mais, admitindo o arquivamento em relação não só às condições da ação indicadas (aquelas referentes à tipicidade aparente e, também, à chamada justa causa), mas inclusive à punibilidade concreta, o que não é correto. O fundamento da decisão – parece óbvio – deve ser sempre levado em consideração, sob pena de se cometer uma grande injustiça através da interpretação, o que é inconcebível.

Por certo, quando ocorre o arquivamento do inquérito policial determinado por uma decisão jurisdicional que reconhece a falta de provas, seja em relação à tipicidade, seja em relação à justa causa, não há como discordar da posição da jurisprudência, mesmo porque, no problema mais sério, em relação à tipicidade, não se trata de uma análise profunda, em sede de condição da ação, mas de mera aparência, isto é, de uma análise superficial. Porém, quando não houver, na manifestação da prova, a presença de dúvida razoável de que o fato não é típico, ou que o fato é inexistente, é difícil e injusto, pelos gravames que os autos (pelo seu conteúdo, naturalmente), mesmo arquivados, provocam, não aceitar a ideia de que a decisão faz coisa julgada material. Em verdade, não se está, na hipótese, diante de uma decisão de

arquivamento, mas de decisão de mérito em procedimento cautelar, algo plenamente possível e, inclusive, acolhido no processo civil em função da regra do art. 310 do CPC/15⁵¹.

Em resumo:

a) o chamado “despacho” de arquivamento do inquérito policial é, em verdade, uma decisão jurisdicional, um ato que obsta o seguimento do processo e produz a chamada coisa julgada *rebus sic stantibus*;

b) ela ocorrerá nos casos em que o juiz reconheça a falta de tipicidade aparente ou a falta de justa causa, condições da ação a que se referia o antigo art. 43, I, e art. 43, III, 2ª parte, c.c. o art. 18, ambos do CPP;

c) tal reconhecimento (decisão) é ato processual cautelar, seja como conclusão de processo cautelar, quando o MP requer o arquivamento, seja como conclusão antecipada de processo de conhecimento, quando o juiz não recebe a denúncia ou a queixa;

d) quando, porém, o ato referido reconhecer que, sem dúvida razoável, o fato não é típico, que o fato é inexistente ou que está extinta a punibilidade, não se está diante de uma verdadeira decisão de arquivamento, mas sim de uma decisão de mérito, que passa em julgado materialmente, impedindo o desarquivamento, seja como conclusão de processo cautelar (quando o MP requer o arquivamento), seja como julgamento antecipado de processo de conhecimento, se oferecida a denúncia ou a queixa;

e) no Brasil, há um descaso sobre esta matéria, como se ela não tivesse importância. Algo do gênero – que se reflete, inclusive, em vários professores de direito processual penal – só faz ampliar a problematização do processo penal, assim como a onda solipsista que se abate sobre ele, cada um fazendo o seu próprio processo penal, o que é absurdo e insustentável.

O fundamento da decisão deve ser sempre levado em consideração, sob pena de se cometer uma grande injustiça através da interpretação, o que é inconcebível

IV. O que muda com a Lei 13.964/19?

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe um novo tratamento para o arquivamento do inquérito policial e outros procedimentos de investigação preliminar, em face de nova redação do artigo 28, *caput*, do CPP⁵²:

Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Como se percebe, o preceito adota o sistema hierárquico de controle de legitimidade. Compatível com o sistema acusatório, o próprio órgão com atribuição para o caso decide – como antes –, administrativamente, sobre a presença ou não das condições para acionar, daí decorrendo, pelo menos, três caminhos a seguir.

Primeiro, se presentes as referidas condições da ação, o órgão deve agir. Afinal, prevalece, nessas hipóteses e como se sabe, o princípio da objetividade, pelo qual está pressuposto um agir do servidor público se previsto em lei; e para o MP não é diferente. Ora, o princípio da conformidade exige que os atos dos órgãos administrativos estejam previstos em lei, vinculando-os à legalidade e, quando possível, à discricionariedade, razão por que, em tais hipóteses, são oportunos ou convenientes, mas nunca arbitrários. O agir, contudo, está pressupos-

to; e obviamente não haveria sentido, a cada regra, ter-se que afirmar – nos textos – que se deve agir. Prevista a ação e conformados os requisitos ou preenchidas as condições (como normalmente se diz) para o ato, deve-se agir. Trata-se, porém, de um dever. Diferente, portanto, de algo como obrigação, poder, faculdade ou mesmo ônus⁵³. A dogmática do processo penal, por vários fatores – alguns dos quais inexplicáveis – fez e segue fazendo, em certos espaços, força para confundir conceitos de real importância e que têm lugar na chamada teoria geral do direito, a qual deveria ser ensinada, sempre, como imprescindível. Esses (os decorrentes de tais significantes) são uns deles. O certo, sem embargo, é que se confunde – e muito – com consequências profundas. E confusões desnecessárias. No caso, ainda não se tem presente em uma maior escala – como se deveria – que o chamado princípio da obrigatoriedade impõe um ato vinculado e, portanto, devido (do dever que vem da previsão), mas não como obrigação. É justo isso que faz com que a ação – mesmo sendo devida – possa ser discricionária (conforme se passa na estrutura do sistema acusatório), tudo em face das previsões expressas na lei⁵⁴. Por outro lado, se faltam elementos de convicção sobre o preenchimento das condições da ação, abrem-se duas possibilidades, conforme as consequências.

Segundo, referidos elementos não estão presentes (na avaliação que faz o órgão do MP), mas podem ser conseguidos se novas investigações forem feitas e, por primário, não estiver extinta a punibilidade. Assim, com as indicações do MP, as investigações prosseguem e devem ser realizadas pelo órgão com atribuição para tanto.

Terceiro, se referidos elementos não estiverem presentes (sempre na avaliação que faz o MP) e não for possível, no momento, consegui-los com novas investigações, aí se dará a hipótese de arquivamento, a ser determinada por ele, órgão do MP. É o que a doutrina tradicional ainda chama de “ato determinado por falta de prova”, no caso, seja em razão da tipicidade aparente, seja da justa causa.

Trata-se, portanto, de um ato administrativo decorrente de uma decisão (passível de controle), a qual ele mesmo, órgão do MP, submete ao órgão superior que a lei determina, ou seja, os procuradores-gerais (nos MP estaduais) ou a Câmara de Coordenação e Revisão

(Criminal), na forma do artigo 62, IV, da Lei Complementar 75/93, a Lei Orgânica do Ministério Público da União^{55, 56}. A submissão do ato, para homologação, torna-o um ato administrativo composto⁵⁷, o qual só vai se consolidar – e existir como tal – com o ato da instância revisora.

Eis por que o ato ordenatório do órgão do MP, que ele submete à referida instância, é provisório quanto à perfeição, se se pensa no ato como composto; isto justifica a intervenção, se for o caso, da vítima, do investigado, da autoridade policial e, ainda pela vítima, da “chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial”, referindo-se, neste último caso, à União, estados e municípios, na forma do § 2º do novel art. 28, que, por óbvio, não tem uma boa redação, dado deixar fora os entes públicos que têm personalidade jurídica própria e, por suposto, deveriam estar albergados no texto⁵⁸.

Tais agentes – diz a lei – serão comunicados (“Ministério Público comunicará”⁵⁹) do ato de arquivamento, de modo a que, cientes, possam intervir, se assim entenderem, diante da instância de revisão. A questão, entretanto, não é muito clara. Afinal, poder-se-ia indagar sobre a legitimidade para intervir, em face de não se ter previsão expressa. Para as vítimas, há previsão de intervenção nas regras dos §§ 1º e 2º; e seria uma ofensa à isonomia se ela (a intervenção) não incluísse o investigado, assim como a própria autoridade policial, embora em situação diversa, sem embargo de ambos não poderem impugnar, aí sim por falta de previsão legal para isso. O investigado, por primário, tem interesse em defender o arquivamento, assim como, de certa forma, pode-se imaginar hipóteses em que a autoridade policial possa querer defender a investigação que levou a efeito e esclarecê-la perante a instância de revisão ministerial. Por outro lado, há de se fazer viva a CR, por seu art. 5º, LV, ou seja, reconhecer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ao que parece, pode-se resolver, mais uma vez, na via da interpretação. De qualquer forma, é a teoria fazzalariana do processo constitucionalizada: os que podem ser atingidos pela decisão devem participar do processo, se assim entenderem, aí observado como um

procedimento em contraditório, tudo em simétrica paridade e sem decisões surpresas.

Para ambos (investigado e autoridade policial), não se previu a possibilidade de impugnação, garantido às vítimas (no § 1º) e explicitada a legitimidade (§ 2º), nos casos penais decorrentes de crimes praticados em detrimento da União, estados e municípios: “chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial”.

A impugnação da vítima refere-se, na forma do referido § 1º, à discordância do ato administrativo de determinação do arquivamento. Há de se notar que, aparentemente, não se trata de recurso, para o qual se haveria de ter prejuízo e não mera discordância, algo que se justifica porque o ato, como visto, não se encontra acabado e sim em formação, dado se tratar de ato administrativo composto. É por isso, também, ao que tudo indica, que o precitado § 1º não fala de recurso para a instância revisora e sim que a vítima vai “submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial”. Ela, como se vê, participa do procedimento, perante a instância revisora, como parte, com os direitos e garantias daí decorrentes.

Em suma, podem chegar na instância revisora os autos conforme encaminhados pelo órgão do MP e, dentro do prazo, a impugnação da vítima. Nesse caso, por óbvio que se não farão dois procedimentos e, portanto, é recomendável que chegue no tempo da lei (30 dias a partir da comunicação, na forma do art. 798, § 5º, “a”, do CPP) a impugnação da vítima de modo a que tudo seja apreciado em conjunto.

Decidido pelo arquivamento, no órgão revisor, é recomendável que se comunique ao juiz das garantias, ainda que se não tenha previsão legal. Por outro lado, se houver alguma cautelar em curso, o arquivamento exige que se comunique ao juiz das garantias, na forma do art. 3º-B, VI, do CPP, de modo a que seja revogada.

O que parece não deixar margem à dúvida – em face da redação genérica do art. 28 – é que as regras atingem todos os órgãos do MP

Decidido pelo arquivamento, no órgão revisor, é recomendável que se comunique ao juiz das garantias, ainda que se não tenha previsão legal

que sejam legitimados para as ações e, assim, também os procuradores-gerais, nos casos das chamadas ações penais originárias. Tal matéria, como se viu, na estrutura atual do art. 28 (ainda em vigor em face da decisão precitada do min. Luiz Fux), sempre foi problemática e colocava de joelhos toda a construção que a dogmática arduamente fez do princípio da obrigatoriedade porque, no final das contas, o STF sempre se viu compelido a admitir (de um modo um tanto equivocadamente) que, em *ultima ratio*, o procurador-geral tinha a última palavra sobre o exercício da ação ou sobre o arquivamento e, assim, fazia uma concessão à oportunidade. Isso é inconcebível em um regime democrático de legalidade, como parece elementar. A questão, agora, está resolvida, salvo se quiserem, mais uma vez, salvar de controle, na matéria, a posição dos procuradores-gerais.

Por fim, resta verificar, diante da nova redação do art. 28 e da sistemática adotada, o que é, do ponto de vista jurídico, o ato; ou, sempre como queriam os antigos, sua natureza jurídica. Para tanto há de se recordar que, agora, o ato é administrativo, e não mais jurisdicional, o que desde logo exclui a discussão a respeito da coisa julgada. De qualquer forma, está em vigor o art. 18 do CPP⁶⁰, assim como diz sobre a matéria a Súmula 524 do STF⁶¹, a serem adaptados, obviamente.

Nesta toada, o ato administrativo composto, tão só determinado o arquivamento com a homologação a que se refere o *caput* do art. 28, sujeita-se às condicionantes do art. 18 do CPP, isto é, a novas e melhores provas, ou seja, substancialmente novas (como tantas vezes decidiram os tribunais), tudo de modo a não se acolher releituras apressadas, quando não tendenciosas. Desse modo, diante do CPP/41, o que impedia – e segue impedindo – o desarquivamento puro e simples do inquérito policial era a chamada coisa julgada *rebus sic stantibus*⁶².

Agora, o ato administrativo, pela força do art. 18 do CPP, carrega consigo uma estabilidade provisória, em face de se tratar de ato jurídico perfeito, nos moldes do art. 5º, XXXVI, da CR⁶³. A garantia jurídica constitucional assegura a estabilidade, na forma da lei. Portanto, mesmo que administrativo, não pode ser revisto a bel-prazer pelo órgão administrativo, inclusive em razão da regra constitucional da moralidade, nos termos do art. 37, *caput*, da CR, embora se sujeite,

como qualquer ato administrativo, ao controle da sua higidez, ou seja, à análise sobre a nulidade.

O importante, então, é entender a mudança para uma estrutura ligada ao sistema acusatório e, assim, perceber a seriedade que envolve a questão referente ao arquivamento e desarquivamento do inquérito policial e outros procedimentos de investigação preliminar, sempre em compatibilidade com a Constituição da República.

No fundo, a nova hipótese, dentro do sistema acusatório, respeita o lugar constitucionalmente demarcado do órgão jurisdicional e do órgão ministerial. Ao juiz competente, por certo, garante-se não só o poder jurisdicional como, substancialmente, reserva-se sua atuação para as decisões do processo. Assim, como se sabe desde há muito, as questões referentes à ação, ressalvadas aquelas que se referem à admissibilidade dela (já como ato processual), devem restar fora do alcance da competência do órgão jurisdicional, no caso, o juiz das garantias. É menos trabalho, por evidente; e assim, menos responsabilidade.

Notas

1. O presente ensaio foi apresentado com o título “A natureza cautelar da decisão de arquivamento de inquérito policial” na Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 18, n. 70, p. 49-58, abril/junho 1993. Depois, quase como um texto novo, foi retrabalhado e largamente atualizado, tendo sido publicado como “Da decisão cautelar de arquivamento do inquérito policial” *In* Revista jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná, Curitiba: Juruá, coord. de João Ricardo Képes Noronha, Org. de Pedro Felipe C. C. de Andrade, Curitiba: Juruá, 2017, p. 69-94. Em vigor o art. 28 do CPP/41, e tendo em vista as discussões que traz consigo, fez-se necessário, mais uma vez, ser atualizado, tudo de modo a se ter presentes os esclarecimentos das regras em vigor e suas aplicações como, por outro lado, preparar a estrutura em face das novas regras introduzidas no novo art. 28 do CPP pela Lei 13.964, de 24.12.19. Agradeço às colegas Gabriella Saad Azevedo, Ana Maria Lumi Kaminura Murata e Alice Silveira de Medeiros, pelas sugestões e ajuda imprescindível.
2. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, do Recife. Especialista em

- Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.
3. Não se desconhece a polêmica acerca do valor probatório do conhecimento obtido nos atos do inquérito policial e, de consequência, se se trata de prova ou não. Segundo BADARÓ, “os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito processual penal, p. 63). Ora, ainda que tais atos não sejam excluídos dos autos na etapa processual, sabe-se que não podem, por si sós, embasar o juízo de condenação, desde que são produzidos por órgão administrativo, sem qualquer contraditório, salvo exceções. A jurisprudência, porém, sempre deu um jeito de dar valor ao conhecimento obtido no IP e outras formas de investigação preliminar, em geral usando o argumento retórico do “conjunto probatório” – e outros – expressão mágica que significa: mesmo que seja inconstitucional, porque fere o devido processo legal, o contraditório e outros princípios, as provas do IP e outras similares podem ser usadas como fundamento à condenação. Por evidente que se trata de postura inconstitucional. Escancara, porém, o sistema inquisitório nas duas fases da persecução penal, de modo, quem sabe, a sepultar o chamado “sistema misto”, desde sempre (na forma como conhecido, desde Napoleão e Cambacérès) um mero golpe de linguagem pelo qual se tentava e tenta dar a ele uma estrutura democrática. Vale, neste passo, as lições de Franco Cordero, já em 1964: “A proposito di strutture dal passato. Negli ordinamenti europei, in un’epoca che si svolge dalla rivoluzione francese, è avvenuto qualcosa di molto importante: l’apparato inquisitorio appariva incompatibile con il mutato assetto dello stato; le ideologie ormai affermate imponevano di consegnare il processo in tal modo da consentire un’effettiva tutela del cittadino. Ma le tradizioni lasciano un residuo vischioso di abitudine mentali: questo è il presumibile retroscena psicologico dell’espedito di cui ora si parlerà. Anzi-ché riformare il processo, lo si è sdoppiato: a un procedimento senza contraddittorio se ne è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa, e dalla somma dei due è venuta fuori la simbiosi che si suol denominare ‘processo misto’. Il primo, affidato ad un giudice istruttore, è stato denominato ‘istruzione’, per il secondo si è escogitato il nome ‘dibattimento’; l’uno volto a operazioni segrete documentale per iscritto (il senso religioso del verbale, tipico dello stile inquisitorio, è un prodotto di cautela, diffidenza, scrupolo esasperato); l’altro inteso a far rivivere i fatti descritti nei protocolli dell’istruzione. // Si è vantato il compromesso come un felice prodotto d’intelligenza combinatoria; si dice

persino che sistemi sul tipo del nostro rappresentino il punto ideale d'equilibrio fra le due direttive che si alternano nella storia degli istituti. // Sono apprezzamenti abbondantemente ottimistici. Per quanto spiacevole sia l'ammetterlo, gli opposti non si lasciano conciliare. Voglio dire che il dibattimento preceduto da un'istruzione scritta e segreta ha molte probabilità di risolversi in una finzione di procedimento accusatorio. Infatti, le prove formate nello stadio anteriore vi si insinuano tali e quali; inoltre, ammesso che debbano essere rinnovate *coram partibus* (è il mínimo che si possa pretendere, se si vuole che il dibattimento serva a qualcosa), tutto dipende dal valore che compete ai verbali dell'istruttore. Se le due deposizioni rese sucessivamente dal medesimo testimonia sono considerate prove di pari rango, ogniquale sia preferita la prima, il giudice decide in base a quanto un altro magistrato dice d'aver appreso segretamente: nel risultato non si vede una grande differenza com i metodi di Valdès e Torquemada. // I limiti dell'espedito appaiano chiari. Il principio del contraddittorio non è rispettato quando il giudice pronuncia in base ai verbali istruttori" (CORDERO, Franco. Linee di un processo accusatorio, pp. 62-3). No Brasil, tal matéria foi tratada de forma insuperável por Aury Lopes Jr. V. LOPES JR., Aury. Direito processual penal, p. 158 e ss.. No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos, p. 448-52.

4. No relatório, a autoridade policial não deverá consignar juízo de valor (a não ser aquele meramente opinativo) "acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência da prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, p. 72).
5. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. A lide e o conteúdo do processo penal, p. 142 e ss.
6. "Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição".
7. Como se sabe, o antigo art. 43 do CPP previa, *a contrario*, as condições genéricas das ações penais. Prescrevia ele os fundamentos da rejeição da denúncia ou da queixa e, portanto, tratava da decisão negativa do chamado *juízo de admissibilidade da acusação*. Em suma, para ter procedência na ação, o autor (MP ou querelante, se fosse o caso) deveria, ao demandar, demonstrar que preenchia as condições da ação. O preceito, portanto, era dirigido, primeiro, ao órgão jurisdicional e, segundo, aos autores. Eis por que tinha ele tanta importância em face do balizamento que fazia dos comportamentos. Como parecia eviden-

te, não deixava muita dúvida sobre quais eram as condições que deveriam ser preenchidas para se ter um juízo de admissibilidade positivo e, portanto, para, do ponto de vista processual penal, ter-se ação. Diz-se isto – para que reste claro – em face da posição que se tem quanto à ação como matéria estritamente processual e, portanto, diferente do mérito (que diz com o caso penal), a ser apreciado, a princípio, na sentença. Assim, revogar o precitado artigo foi pernicioso e teve muitos reflexos negativos, mormente em relação aos acusados, justo porque gerou instabilidade. Por outro lado, a postura (de revogação) se apresentou como ingênua (embora inteligente) se o escopo fosse destruir a definição daqueles que lastreavam seu modo de pensar as condições da ação no precitado preceito. Afinal, está-se no campo teórico e as regras ali albergadas não serviam para definir as condições da ação e sim para – como dito – balizar (reflexamente) comportamentos. Doutra parte, o legislador se equivocou ao colocar a matéria junto àquela referente aos procedimentos, no art. 395 do CPP, misturando coisas que não deveria e, assim, tornando mais confusa a matéria. As condições da ação penal, por tudo isso, seguem sendo aquelas às quais se referia o antigo art. 4, do CPP; e só não vê isso quem não quer.

8. “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”
9. BRENDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal, p. 178.
10. É necessário observar uma teoria geral do processo penal adequada à realidade desse ramo do direito; e desafetada da influência maléfica da obscura e ultrapassada teoria geral do processo. Há que se levar em consideração a estrutura diversa do processo fruto da procedência de uma ação de iniciativa pública ou privada. Já chegou o momento, então, dos pensadores encaminharem a teoria do processo penal para um plano onde ele seja visto em função da estrutura que lhe deu a ação. Opção, porém, mais adequada ao Estado, é suprimir a ação de iniciativa privada, mitigando o princípio da obrigatoriedade, totalmente inadequado na rigidez com que se apresenta no momento atual e em descompasso com a evolução da própria instituição do MP. Uma tentativa em tal direção se fez com o Anteprojeto de reforma integral do CPP (depois PLS n. 156/09), e hoje na Câmara dos Deputados (PL 8.045/10).
11. Tal matéria é um tanto controversa. Ora, quando o juiz declara a extinção da punibilidade está decidindo, de verdade, sobre o mérito? No caso, a decisão diz sobre o caso penal e não propriamente sobre o crime, como tratado na estrutura analítica do direito penal. Nele, já não faz sentido cogitar, no conceito de crime, sobre a punibilidade. Ela, contudo, em face do preceito secundário do tipo de crime, aparece como dúvida no caso penal, já na consumação ou tentativa. Eis por que o caso penal se define como “situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta,

- incidiu no tipo penal” (MIRANDA COUTINHO, J. N. A lide e o conteúdo do processo penal, p. 135). Falar de mérito, portanto, é falar de caso penal e, nele, como parece elementar, entra a punibilidade concreta.
12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, p. 245.
 13. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, II, p. 170.
 14. O arquivamento, como se vê, deve se dar de forma explícita, motivo por que o legislador faz menção às “razões invocadas” pelo MP. Não pode, portanto, o órgão do *parquet* oferecer denúncia contra apenas um ou alguns dos indiciados, sem que se manifeste de forma expressa sobre as providências que entende aplicáveis àqueles não incluídos na peça acusatória. Ocorrendo tal hipótese, deve o juiz renovar vista dos autos ao MP para que se manifeste sobre a exclusão. Nesse sentido, a mera recepção da denúncia, quando essa não abarca todos os indiciados, não constitui modalidade de arquivamento do inquérito policial aceita pela jurisprudência pátria. A propósito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que “não existe, em nosso ordenamento jurídico processual, qualquer dispositivo legal que preveja a figura do arquivamento implícito, devendo o pedido ser formulado expressamente, a teor do disposto no art. 28 do Código Processual Penal” (STF, HC 104.356, 19.10.10, DJ 2.12.10). A doutrina, porém, não trata o tema de forma pacífica. V. LOPES JR., Aury. Direito..., p. 152 e ss.; ROSA, Alexandre Morais da. Guia..., p. 464.; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso..., p. 77.; DUCLERC, Elmir. Curso básico de direito processual penal, vol. 1, pp. 161-2; RANGEL, Paulo. Direito processual penal, p. 223 e ss.
 15. A matéria não é pacífica, restando quem entenda que o MP, mesmo com a autonomia que tem, segue como pertencente ao poder executivo. Outros entendem, porém, que se trata de um quarto poder. Esses, normalmente, são ligados à instituição. Esta posição é sugestiva mas, por ora, esbarra na CR, ou seja, no princípio da conformidade, o qual enlaça qualquer atividade estatal, exigindo estar ela, como tal, prevista em lei. Isso, como se sabe, não existe, ou seja, não há qualquer regra dispondo sobre esse quarto poder, de modo que – se assim fosse – seria mero fruto de interpretação. É preciso ver que, antes de tudo, são questões distintas: estar no âmbito de um poder do Estado e ter autonomia.
 16. “Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.”
 17. “Quando se decidir pelo oferecimento da denúncia, do mesmo modo deverá agir o membro designado, limitando-se ao ajuizamento da ação penal, nos termos do convencimento manifestado pela instância de revisão. E assim deve ser, repita-se, dada a natureza de sua atuação, limitada às atribuições delegadas (pelo PGJ ou pela Câmara do MPF).” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal, p. 73). Contra: RANGEL, Paulo. Direito..., p. 221.

18. “O Procurador-Geral não poderá nomear para o oferecimento da denúncia o próprio Promotor de Justiça que se manifestou pelo arquivamento do inquérito policial. Isso violaria a independência funcional do promotor que já havia manifestado sua posição pelo arquivamento. Aliás, o art. 28 refere-se a ‘outro órgão do Ministério Público’” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito...*, p. 61).
19. Ao contrário do italiano, que produziu a regra do art. 112, da Constituição: “*Il pubblico ministero ha l’obbligo de esercitare l’azione penale*”.
20. MIRANDA COUTINHO, J.N. *Princípios gerais do processo penal*, p. 217.
21. A CR de 88 trouxe, no art. 128, §§ 1º e 3º, regras importantíssimas à democracia do país, regras essas de excepcionais qualidades e efeitos – embora ainda tímidas, em certos pontos, para alguns –, o que as fazem sobressair no emaranhado absurdo de casuísmos inoperantes caracterizadores do texto, como um todo. Com efeito, no sistema anterior, os procuradores-gerais *exerciam cargos de confiança* do presidente da república (art. 95, *caput*, CR/69), e dos governadores dos estados-membros (art. 6º, Lei Complementar n. 40, 14.12.81, LOMP), situação geradora de infundáveis críticas e uma desconfiança permanente: afinal, cobrar autonomia aos procuradores-gerais era, antes de tudo, lutar contra a natureza humana. Inútil dizer, contudo, que o sistema era assim estabelecido por questões ideológicas, próprias da fisiologia do poder. Para isso perceber basta ver sua fonte inspiradora, o Código Rocco, o qual dispensa outros comentários. Mas um país democrático, que pretensamente caminha para uma democracia material (sem medo, freudianamente falando), não pode dispensar um ministério público sério, desligado da ingerência política (a mais pernicioso) e dos demais grupos de pressão (econômicos, sociais, etc.); e atuante, em todos os sentidos, na defesa da estrutura da sociedade, contra quem quer que seja: *um Promotor de Justiça!*; por definição. Para tanto, era necessário garantir, como ocorre no texto constitucional, um mandato aos procuradores-gerais, no caso, de 02 (dois) anos, admitida a recondução. Tudo isso (existem outros elementos secundários, a serem analisados, na sistemática de escolha), não obstante, pode representar um *nada*, se os homens não mudarem. Autonomia, sabe-se bem, é, primeiramente, um estado de espírito. Assim, não basta ter mandato e legitimidade; é preciso que os procuradores-gerais estejam conscientes de que não são mais, como na época absolutista, os advogados do rei. A sociedade brasileira, no espaço democrático que conquistou, pode ser impiedosa para com aqueles que não entenderam a *alma* da mudança propiciada pela CR de 88. Passadas mais de três décadas da CR o MP segue, em larga escala, com alguns velhos problemas, dos quais se destacam aqueles que o ligam à política e aos políticos, tornando-se, aparentemente, um dos responsáveis pela escalada da corrupção no Brasil. Por evidente que é verdadeira que a causa primeira disso é o modelo economicista neoliberal, o qual, como epistemologia (antes de tudo) e ideologia, também o engole. Mas não é menos verdadeiro que a CR/88 deu a ele a função primeira de combate ao crime e defesa da sociedade, razão por

que se não pode explicar a pouca ação em relação a tal problema – e aqui se fala de agir conforme a CR e as leis, sempre e sempre –, embora seja sempre difícil de aceitar. Tal matéria já deveria ter sido objeto de estudos aprofundados, mormente para se reordenar os sentidos e as direções a serem tomadas, o que começa – tudo indica – com uma maior preparação de seus órgãos.

22. Segundo o Pretório Excelso, “se não existirem, nos autos do procedimento penal, elementos que justifiquem, *a critério do Procurador-Geral*, o oferecimento da denúncia, não pode o Supremo Tribunal Federal, recusar o pedido de arquivamento deduzido pelo próprio Chefe do Ministério Público” (AgRg na Pet. 2.509, 18.2.04, DJ 25.6.04). O entendimento é antigo. No Inquérito 180, o plenário da Corte já havia deliberado que não poderia obrigar o procurador-geral da república a oferecer denúncia, sob pena de violar o princípio do *ne procedat iudex ex officio* (Inq. 180, 27.6.84, DJ 31.8.84, p. 13933/4).
23. JARDIM, Afranio Silva. Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade, p. 99 e ss.
24. DIAS, Jorge Figueiredo. Direito processual penal, p. 23.
25. “Art. 409. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione 1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l’opposizione prevista dall’articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l’archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare. 2. Se non accoglie la richiesta, il giudice fissa la data dell’udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall’articolo 127. ((Fino al giorno dell’udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia)). 3. Della fissazione dell’udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello. 4. A seguito dell’udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse. 5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l’imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell’imputazione, il giudice fissa con decreto l’udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419. 6. L’ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione solo nei casi di nullità previsti dall’articolo 127 comma 5.”
26. “Artigo 277. Arquivamento do inquérito. 1 – O Ministério Público procede, por despacho, ao arquivamento do inquérito, logo que tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento. 2 – O inquérito

é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes. 3 – O despacho de arquivamento é comunicado ao arguido, ao assistente, ao denunciante com faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indemnização civil nos termos do artigo 75, bem como ao respectivo defensor ou advogado.

Artigo 278. Intervenção hierárquica. 1 – No prazo de 20 dias a contar da data em que a abertura de instrução já não puder ser requerida, o imediato superior hierárquico do magistrado do Ministério Público pode, por sua iniciativa ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente, determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar e o prazo para o seu cumprimento.”

27. “Artículo 254. Archivo temporal. El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en fase inicial en las que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal. Artículo 258. Notificaciones y control judicial. Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación. La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.”
28. O posicionamento jurisprudencial segundo o qual é irrecurável a decisão de arquivamento do inquérito policial é histórico, conforme se observa da obra de Damásio Evangelista de Jesus (Código de processo penal anotado, p. 22).
29. Redação da Emenda 62/2016: “Art. 38. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação penal, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 5 (cinco) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme

- dispuser o seu Regimento. § 3º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”
30. Como parece evidente, o ser do ato não está na sua natureza. Não há – senão metaforicamente – como falar de natureza, em se tratando daquela jurídica, no caso, um ato. Afinal, hoje sabe-se que é a linguagem que dá conta dele, e que se não pode expressar sua essência. Segue-se, porém, falando em natureza jurídica, mas só como força de expressão, embora tenha muita gente que acredita, de fato, nisso. Essa gente – alguns até respeitados –, porém, pensa como os gregos, isto é, que o ser tem uma essência, a qual reflete a sua natureza. Isso – qualquer um hoje percebe – é impossível.
 31. LEONE, Giovanni. Manuale di diritto processual penale, p. 434 e ss.
 32. CORDERO, Franco. Procedura penale, p. 58 e ss.
 33. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito..., p. 411 e ss.; BARREIROS, José António. Processo penal, p. 325.
 34. “Ricapitolando: il pubblico ministero ritiene che il processo non si debba iniziare; il giudice non è d'accordo e reputa che l'azione penale debba invece essere esercitata; deve prevalere la decisione del giudice.” (NOBILI, Massimo. La nuova procedura penale: lezioni agli studenti, p. 13).
 35. Esclarece o autor, porém, que a Suprema Corte italiana compreende que, enquanto não houver a reabertura da investigação, o arquivamento do inquérito impede o MP de agir, por falta de requisito de “procedibilidade”. V. CORDERO, Franco. Procedura Penale, quinta edizione, p. 431-2.
 36. PISAPIA, Gian Domenico. Lineamenti del nuovo processo penale, p. 37.
 37. SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal, III, p. 123.
 38. “Assim os conceitos de sujeito de direito e personalidade, ato e negócio jurídico, propriedade, sanção, delito, a série infundável de conceitos que definem a experiência jurídica, as categorias gerais utilizadas para fundamentar acadêmicos discursos sobre a *natureza jurídica* dos institutos, não devem ser encarados como algo perene e intocável, à maneira do fetichismo conceitual dos pandectistas, mas como ideias em evolução cuja vocação jurídica é a de serem complementadas e ampliadas em função das necessidades reais da vida” (COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis, p. 325).
 39. V. nota n. 6.
 40. Observar, nesse ponto, que “enquanto o art. 18 regula o desarquivamento de inquérito policial, quando decorrente da carência de provas (falta de base para denúncia), só admitindo a continuidade das investigações se houver notícia de novas provas, a Súmula 524 cria uma condição específica para o desencadeamento da ação penal, caso tenha sido antes arquivado o procedimento, qual seja, a produção de novas provas. (...) Em resumo, sem notícia de prova nova o inquérito policial não pode ser desarquivado, e sem produção de prova nova não pode ser proposta ação penal.” (STF, HC 94.869, 26.6.13, DJ 25.2.14). A

- propósito, ver também: RANGEL, Paulo. Direito..., p. 228 e ss; DUCLERC, Elmir. Curso..., vol. 1, p. 162.
41. Para uma análise global do tema v., entre outras obras, na doutrina brasileira: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso..., p. 72 e ss.; ROSA, Alexandre Morais da. Guia do..., p. 462-65; DUCLERC, Elmir. Curso..., p. 148 e ss.; LOPES JR., Aury. Direito..., p. 151-54; RANGEL, Paulo. Direito..., p. 216 e ss.; BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito..., p. 60-2; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Inquérito policial: novas tendências, p. 15-34; TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal, II, p. 340 e ss; MARQUES, J. F. Elementos..., II, p. 169 e ss.; TOURINHO FILHO, F. C.. Processo..., p. 351 e ss; COSTA, Milton Lopes da. Novo manual de polícia judiciária, p. 207 e ss.; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado, p. 359 e ss.; BRENDA, A. A.. Sugestões ao novo código de processo penal, p. 116-7; MIRANDA, Darcy Arruda. Repertório de jurisprudência do código de processo penal, p. 98 e ss.; SILVA, Athaide Monteiro da. O arquivamento do inquérito policial e a legítima defesa, p. 93 e ss; ROMEIRO, Jorge Alberto. Elementos de direito penal e processo penal, p. 22; FARIA, Antonio Bento de. Código de processo penal, p. 106 e ss.; FRANCO, Ary de Azevedo. Código de processo penal, p. 87 e ss.; TUCCI, Rogério Lauria. Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro, p. 200 e ss.; CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. Direito penal e processo penal militar, p. 36-7.
 42. MIRANDA COUTINHO, J. N. A lide..., p. 117 e ss.
 43. DE LUCA, Giuseppe. Lineamenti della tutela cautelare penale, p. 48: “potremo osservare, in particolare, che la cautela penale, pur svolgendo una funzione strumentale rispetto al diritto ed al processo principale, ha bisogno a sua volta del procedimento per attuarsi. Assisteremo così alla formazione di un processo cautelare, il quale altro non è che la proiezione anticipata del processo principale. Avremo una cognizione ed una esecuzione cautelare ed infine un titolo esecutivo cautelare, che dal lato strutturale, si pone sullo stesso piano del titolo esecutivo definitivo. Quando poi cercheremo di rintracciare la spiegazione della genesi del procedimento cautelare, ci accorgeremo che esso ha la funzione di *comporre il conflitto di interessi che insorge tra lo Stato e l'imputato*, in ordine alla repartizione del rischio inerente alla cautela.” (grifou-se)
 44. BARROS, Romeu Pires de. Processo penal cautelar, p. 3; MARQUES, J. F. Tratado de direito processual penal, II, p. 45 e ss.
 45. CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola, p. 7.
 46. CORDERO, F. Nuovo regime della custodia cautelare, p. 19, tratando da “Ideologia della libertà provisória. Fin dal nome l'istituto esibiva ascendenze inquisitorie. Antichi modelli assimilati nel corredo genetico, esigono imputati reclusi, studiati e spremuti in tempi lunghi, segretamente: colpevole o no (ma questa cultura coltiva nero pessimismo: siamo tutti colpevoli), l'inquisito sa cose importanti e, se la sua verità occulta emergesse, ogni caso sarebbe infallibilmente

risolto; inteso il processo come operazione sulla psiche, bisogna che l'introspettore abbia il paziente sotto mano. Insomma, è un'eccezione fuori dal quadro fisiologico l'imputato libero, quando i sospetti puntino a misfatti seri: libertà anomala, quidi 'provvisoria...'”

47. “O desarquivamento pressupõe prova *materialmente nova*, isto é, a não existente nos autos. Os elementos probatórios já existentes nos autos, mesmo que não referenciados na manifestação anterior de arquivamento não podem ser reavivados, dado que não podem ser considerados como novos do ponto de vista material. São *formalmente* já existentes e, assim, impedem a reabertura, sob pena de incidir o *venire contra factum proprium*. A modificação do membro do Ministério Público não pode, por nova compreensão dos elementos já existentes, implicar em denúncia. É necessário que a prova justificadora da instauração da ação penal seja nova e relevante, bem assim seu valor tenha força suficiente para modificar a compreensão, dado que a simples oitiva de uma pessoa irrelevante, por exemplo, não pode ser um drible procedimental. Dito de outra forma, o simples acréscimo de novos depoimentos, sem alteração substancial do regime narrativo anterior, não serve de álibi tático para instauração de ação penal” (ROSA, Alexandre Morais da. Guia..., p. 463).
48. Sobre o argumento v. DIAS, J. F. Direito ..., p. 410 e a bibliografia citada.
49. TOURINHO FILHO, F. C.. Processo..., p. 245.
50. Contra: PITOMBO, S. M. M.. Inquérito..., p. 25.
51. “Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”
52. O min. Luiz Fux, do STF, de forma monocrática, decidiu: “Concedo medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal)”, tudo em face dos seguintes fundamentos da ADI 6305, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público: “(c) Artigo 28 *caput*, Código de Processo Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial): (c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do *parquet*; (c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos

padra a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática; (c3) *Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal;*”. O principal fundamento da decisão (sobre o *fumus boni iuris*) está assim expresso: “Em análise perfunctória, verifico satisfeito o requisito do *fumus boni iuris* para o deferimento do pedido cautelar de suspensão do artigo 28, *caput*, da Lei n. 13694/2019. Na esteira dos dados empíricos apresentados pela parte autora, verifica-se que o Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais. Nesse sentido, a inovação legislativa viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos. Na esteira do que já argumentado no tópico anterior, vislumbro, em sede de análise de medida cautelar, violação aos artigos 169 e 127 da Constituição”. Por outro lado, o *periculum in mora* restou justificado porque os Ministérios Públicos não teriam tido “tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida”. O argumento principal (quanto ao *fumus boni iuris*) é frágil – e depõe contra a próprio Ministério Público – porque, com a nova regra, livram-se do controle jurisdicional do arquivamento, de todo inconstitucional, em face da estrutura autônoma da instituição e da “natureza” da decisão que submetem ao controle; depois, porque têm plenas condições de operacionalizar o controle *interna corporis* simplesmente pela distribuição das atribuições dentre os inúmeros Procuradores lotados nas Procuradorias Gerais; e sem nenhum aumento de despesas. Tais órgãos, por evidente, terão que trabalhar mais – é verdade – e isso sempre esteve subjacente em certa má vontade de alguns, coisa que há muito se verificava, inclusive já em tempos passados, nas – um tanto antigas – tentativas de mudança do sistema de controle de legitimidade, do que foi exemplo marcante aquela verificada em relação ao chamado Projeto Frederico Marques. O Ministério Público, contudo, não merece algo assim. O MP da CR/88 não pode estar à mercê de um pensamento tão obtuso. Além do mais, a mudança – desde este ponto de vista absolutamente necessária – é imprescindível à refundação do próprio sistema processual penal, com a alteração de inquisitório para acusatório.

53. Para uma diferença entre tais significantes e que se possa recomendar, v. CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 14-17.
54. A matéria é muito interessante e mereceria uma análise mais alargada, que o presente ensaio não comporta. Sobre o tema da ação, porém, são imprescindíveis os ensinamentos de SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, 414p. Sobre o tema específico da discricionariedade v. SOUZA, Bruno Cunha. Obrigatoriedade da ação penal pública: o

problema da escassez dos recursos públicos para uma prestação jurisdicional eficiente. Dissertação de Mestrado. PPGD-PUCPR, Curitiba, 2020, 161p.

55. V. nota n. 14.
56. Neste aspecto, referente ao órgão com atribuição para a revisão – já previsto em lei – não parece ter andado bem o Min. Luiz Fux na decisão que concedeu a medida liminar precitada: “Anoto que questões operacionais simples deixaram de ser resolvidas pelo legislador, como, por exemplo, a cláusula aberta trazida no *caput* do artigo 28, ao determinar que o arquivamento do inquérito policial será homologado pela ‘instância de revisão ministerial’. A nova legislação sequer definiu qual o órgão competente para funcionar como instância de revisão”. Ora, por certo não se definiu porque já estava na lei, o referido órgão, como superior administrativo; e não são, sempre, os mesmos órgãos. Afinal, como se sabe, no MPF, por lei, a atribuição é da Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal). Ademais, por certo consciente que se haveria de reformular as atribuições nas estruturas administrativas do MP, o legislador não quis vincular o agir das instituições, aí sim, quem sabe, incorrendo em inconstitucionalidade. O legislador, então, não parece ter legislado mal; e sim bem, respeitando a autonomia do MP.
57. Ao contrário do que podem pensar alguns, não se trata de um *recurso de ofício*, para o qual se teria que ter, dentre outros requisitos, um ato acabado e perfeito, o que, por evidente, não ocorre. A doutrina do direito administrativo não deixa muita dúvida a respeito do tema.
58. Dar-se-á, no caso, a aplicação do art. 3º do CPP, fazendo-se interpretação extensiva. A importância do referido art. 3º está – justo – na solução interpretativa de preceitos normativos assim dispostos porque, como queriam os antigos, parece que o legislador, no caso, disse menos do que queria ou deveria dizer; e não há veto, para a extensão, na via da interpretação.
59. O preceito do *caput* do art. 28, como se percebe, usa o verbo comunicar, portanto refere-se à comunicação, isto é, termo genérico utilizado para se referir à ciência do ato praticado ou do ato que se deva praticar. Essa dualidade sempre demarcou a diferença (debaixo do termo genérico comunicação) entre intimação e notificação; aquela para ciência do ato praticado e esta para ciência de que se deve praticar um ato. No CPC/73 a diferença foi abolida e se adotou, para todas as hipóteses, o significante intimação. A atitude foi louvada. Da sua parte, o CPP também tinha e tem um Capítulo II, do Título X, do Livro I, referente ao tema e que trata “das citações e intimações”. Independente disso, o CPP segue referindo-se à intimação (como no caso, por exemplo, do art. 222: “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.”), mas também se refere à notificação (como no caso, por exemplo, do art. 600, § 4º: “Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos

remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.”), o que sempre causou dificuldades no entendimento do tema e no seu ensino, dada a confusão que se criou e cria, mormente a partir da infeliz teoria geral do processo. E isso se deu, no processo penal, porque, para ele, a opção do CPC/73 não foi a melhor, por evidente, dado as previsões legais expressas referentes, no CPP, das notificações. Uma coisa, contudo, é certa: se os significados dos significantes são diferentes, das duas, uma: ou eles são tratados nos seus devidos lugares, ou ganham o termo genérico – e, no caso, unificador – comunicação. Deste modo, a opção do legislador natalino do novo art. 28, ao que tudo indica, foi feliz, acertando pela generalidade (usando o verbo comunicar), ainda que, como se sabe, o referido artigo estivesse se referindo à intimação do ato praticado.

60. V. o texto na nota n. 6.
61. V. o texto na nota n. 38.
62. V. nota n. 46.
63. Art. 5º, XXXI, da CR: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In *Revista do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: s. e. , 1980, n. 9.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. In *Questione sul processo penale*. 2. ed. Bologna: Zuffi, 1950.
- CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito. *Direito penal e processo penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORDERO, Franco. Nuovo regime della custodia cautelare, Appendice alla nona edizione della Procedura penale. Milano: Giuffrè, ottobre, 1988.
- _____. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1985.
- _____. *Procedura penale*. Quinta edizione. Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. Linee di um processo accusatorio. In *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1965.
- _____. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- COSTA, Milton Lopes da. *Novo manual de polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Padova: Cedam, 1953.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- DUCLERC, Elmir. *Curso básico de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- FARIA, Antonio Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. O arquivamento do inquérito nas ações penais originárias. In *Revista do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: s.e., 1979, n. 8.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- JARDIM, Afranio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LEONE, Giovanni. *Manuale de diritto processuale penale*. 13. ed. Napoli: Jovene, 1988.
- LOPES, Jr. Aury. *Direito processual penal*. 13. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio-São Paulo: Forense, s. d., II.
- _____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, II.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Repertório de jurisprudência do código de processo penal*. São Paulo: Max Limonad, s. d.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- _____. Princípios gerais e processo penal. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: s.e., 1985, n. 22.
- NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*. Bologna: Editrice Clueb Bologna, 1989.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Lineamento del nuovo processo penale*. 2. edizione. Padova: Cedam, 1989.
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SILVA, Athaide Monteiro da. O arquivamento do inquérito policial e a legítima defesa. In *Justitia*. São Paulo: s.e., 1968, n. 62.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1994, III.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- SOUZA, Bruno Cunha. *Obrigatoriedade da ação penal pública: o problema da escassez dos recursos públicos para uma prestação jurisdicional eficiente*. Dissertação de Mestrado. PPGD-PUCPR, Curitiba, 2020.
- SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, II.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DOCTRINA

O ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça e o direito fundamental social à saúde

Anderson Ricardo Fogaça¹

Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

José Laurindo de Souza Netto²

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: O ativismo judicial, considerado um fenômeno jurídico, costuma ser entendido como uma postura proativa do Poder Judiciário, o que leva à livre criação do direito, indo muito além dos limites impostos pela hermenêutica jurídica. A problemática proposta consiste em analisar as consequências práticas desse comportamento. Nesse sentido, o presente artigo busca demonstrar como a jurisprudência pátria, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, adota uma postura extremamente ativista quando se depara com ações judiciais envolvendo o direito fundamental social à saúde, mormente aquelas que discutem o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Como metodologia, a pesquisa é qualitativa monográfica, com revisão de literatura e análise de precedentes judiciais.

1. Introdução

O PODER JUDICIÁRIO ASSUMIU O PROTAGONISMO NO BRASIL. Não é nenhum exagero dizer, pensamos, que praticamente todas as suas instâncias e ramificações estão servindo de arena para embates sobre as principais questões políticas, econômicas e sociais que envolvem a nação, fato que, a par das críticas passíveis de serem feitas, aproxima a sociedade civil daquilo que é decidido pelos tribunais brasileiros todos os dias.

Noutras palavras, cada vez mais se está depositando nas mãos de juízes, desembargadores e ministros a incumbência de ditar os rumos da sociedade. O problema é que, ao menos no cenário atual, não se tem qualquer garantia de que, instados a se manifestar sobre questões sensíveis, estes órgãos da Justiça limitar-se-ão aos limites impostos pela boa hermenêutica jurídica.

Basta que se lembre – em um passado não tão distante –, por exemplo, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, acerca da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, oportunidade na qual a referida corte suprema “criou” hipótese de perda de mandato que não consta do vigente texto constitucional.

Com efeito, esta posição de “centralidade” do Poder Judiciário, mormente naquilo que toca à tomada das decisões mais fundamentais de uma sociedade, leva, sem sombra de dúvidas, à inquietação a respeito das causas que alçaram tal poder a um alto patamar³.

É certo que, desde a aprovação das constituições democráticas, surgiu uma nova forma de Estado, dito estado constitucional de direito, que retoma a vocação pluralista do estado jurisdicional com *protagonismo da jurisdição*, instituto este que passou a não ser mais encarado nos limites desenhados pela revolução burguesa de 1789, época na qual se entendia – por um conjunto de fatores – que o papel dos juízes era o de meros aplicadores da lei aos casos concretos⁴.

De fato, desde o final da segunda guerra mundial (1945) verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo – tendo por combustível o voto

popular⁵. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, tornou-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas, sendo que no Brasil seu contorno é ainda mais acentuado⁶.

Isso porque a analítica Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca uma série de direitos fundamentais não só de caráter negativo, como, também, de índole positiva, os ditos “direitos fundamentais sociais” ou “direitos econômicos, sociais e culturais”, ou, ainda, “direitos socioeconômicos”, “direitos positivos”, “direitos de segunda geração” etc., os quais – via de regra – exigem maior dispêndio de recursos públicos para seu atendimento.

No entanto, já é histórica a dificuldade de elaboração e implementação de políticas públicas que deem conta de satisfazer os mandamentos constitucionais. É por isso que parte da doutrina enxerga a ampliação do papel do Poder Judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade que são inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.

Neste momento de incertezas, recorre-se ao Judiciário⁷ – como guardião último dos ideais democráticos –, o que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, tal poder apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia⁸.

Ocorre que esta judicialização exacerbada de pretensões tem impactado em diversas *externalidades*, notadamente naquilo que se refere à interpretação e aplicação do direito, como, *v. g.*, o ativismo judicial. No campo da saúde, já são incontáveis as decisões judiciais que são proferidas em caráter *nitidamente ativista*, sem apego à tecnicidade exigida pela hermenêutica⁹.

Este trabalho visa, portanto, a evidenciar como uma das mais importantes cortes do país, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça (STJ),

No campo da saúde, já são incontáveis as decisões judiciais que são proferidas em caráter *nitidamente ativista*, sem apego à tecnicidade exigida pela hermenêutica

tem posto em prática conduta *extremamente* ativista quando se depara com ações envolvendo o direito fundamental social à saúde, mas especialmente aquelas em que têm de se debruçar sobre o dever de o Estado conceder e/ou fornecer medicamentos que ainda não possuem registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Para demonstrar esta situação, dividiu-se a exposição em duas partes: na primeira delas, faz-se uma aproximação teórica suficientemente densa acerca do(s) chamado(s) “neoconstitucionalismo(s)”, a fim de que se possa compreender melhor a força do ativismo judicial no Brasil; na segunda, além de se trazer argumentos doutrinários acerca da inexistência de qualquer dever estatal naquele sentido, expõe-se analiticamente alguns julgados do STJ que evidenciam o trato ativista da questão.

2. Fundamentos teóricos do neoconstitucionalismo

Por “neoconstitucionalismo” se pode entender, grosso modo, as bases e a *ratio* do constitucionalismo contemporâneo, cujo marco temporal inicial é o fim da segunda grande guerra. A Constituição, de há muito, não pode mais ser considerada como uma mera carta política, voltada, tão somente, para a estruturação do Estado e suas instituições, senão como um verdadeiro diploma jurídico, vinculante, apto a criar direitos – muitos deles fundamentais – e impor deveres àqueles que a ela se submetem.

Daniel Sarmento bem adverte – com suporte no jurista mexicano Miguel Carbonell¹⁰ –, no entanto, que é equívoca a expressão “neoconstitucionalismo”. Não há uma linha de pensamento teórico clara ou suficientemente coesa que dê os contornos a um único “neoconstitucionalismo”, senão

diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupados sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.¹¹

Com efeito, o que todas as abordagens “teóricas” que embasam a doutrina do “neoconstitucionalismo” têm em comum, as quais ganharam força no cenário pós-segunda guerra mundial, como visto, é o *reconhecimento* e a *defesa* de diversas alterações dogmáticas, hermenêuticas, jurisprudenciais e estruturais que ocorreram ao longo do século 20 envolvendo, sobretudo, o Poder Judiciário, modificações estas que, como é notório, atribuíram-lhe evidente caráter político.

É pertinente o relatório feito por Daniel Sarmento:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.¹²

Na mesma linha, destaca Luís Roberto Barroso que “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes”¹³.

Mais uma vez, utilizamo-nos das lições de Daniel Sarmento:

Cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas

pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa.¹⁴

Pois bem. Como visto, duas daquelas referenciadas alterações¹⁵ consistem na *rejeição ao formalismo* e na *centralidade* – já antes referida – *do Judiciário*, pois, segundo a doutrina, “o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz”¹⁶.

É lição corrente que as teorias neoconstitucionalistas, grosso modo, quebram com a noção de aplicação do direito por intermédio do método da subsunção, objetivando linhas de raciocínio mais abertas (envolvendo ponderação de princípios ou interesses, tópica, teorias da argumentação etc.)¹⁷.

Também é notório que o poder não deixa vácuo e que o protagonismo do Poder Judiciário faz com que os demais poderes constituídos (Executivo e Legislativo) assumam uma posição secundária no trato e na responsabilidade com a coisa pública, tendo suas interpretações “desprezadas” pelo outro poder e pela sociedade civil – aqui amplamente considerada –, já que o imaginário é o de que a emancipação humana pode ser alcançada por intermédio das ações judiciais, crença que, por seu turno, leva imediatamente à judicialização exacerbada da vida¹⁸.

Do exposto é possível concluir que a judicialização – inclusive do direito à saúde – é consequência imediata da confiança que as pessoas depositam no sistema de Justiça para verem seus direitos garantidos.

3. Judicialização e o ativismo judicial

Os temas da judicialização – este muito em voga hodiernamente por conta dos “neoconstitucionalismos” – e do ativismo judicial estão umbilicalmente ligados, como adianta Luís Roberto Barroso¹⁹. Isso porque, ao passo que o primeiro fenômeno representa a deslocação da tomada de decisões a respeito das questões políticas mais fundamentais dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, a fim de que as demandas sociais sejam melhor atendidas²⁰.

Ensina a doutrina mais abalizada que as origens do ativismo judicial²¹ são estadunidenses, bem como que, num primeiro momento, tal fenômeno surgiu com caráter conservador, e, num segundo, progressista²²:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Como adverte César Rodríguez-Garavito,

na América Latina, o ativismo judicial sobre direitos socioeconômicos tem se tornado cada vez mais proeminente nas últimas duas décadas sob diferentes rubricas, incluindo “litígios estratégicos”, “casos coletivos” e “leis de interesse público” ao estilo americano”, destacando ainda que, “no Brasil (...), os tribunais moldaram decisivamente a prestação de serviços sociais fundamentais, como a assistência à saúde”.²³

É possível dizer que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, indo, assim, além do legislador ordinário²⁴. Mas de que modo isso se concretiza na prática?

De acordo com Luís Roberto Barroso, a essência de uma conduta ativista por parte do Poder Judiciário está ligada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”²⁵.

Deste conceito já se observa, portanto, que o tema também está ligado ao princípio da separação de poderes. Na forma em que pensado pelos federalistas do fim do século 18, à luz das ideias iluministas de Montesquieu, a separação de poderes serviria como um sistema de *checks and balances* para o exercício do poder, sendo que cada poder constituído, munido de suas competências, deveria estabelecer uma relação de harmonia com os demais²⁶.

De fato, a postura ativista, aqui reputada como uma realidade que foi sendo acentuada, aos poucos, pela fase “neoconstitucionalista” do direito constitucional (pós-segunda guerra mundial), se manifesta por meio de diferentes condutas²⁷, as quais englobam, para os fins deste estudo, “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário” e “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”²⁸.

É inegável que não se pode condenar ou criticar, precipitadamente, uma decisão jurisdicional que amplia os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Afinal de contas, no Brasil, a luta pela conquista e pela efetivação prática de direitos é histórica.

Ademais, em alguns aspectos – como no reconhecimento da possibilidade de união homoafetiva –, o pensamento é de que o Supremo Tribunal Federal andou bem ao interpretar extensivamente os direitos fundamentais, ou, ainda, aplicar diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador. Aliás, esse papel contramajoritário é traço característico das cortes constitucionais ou supremas, conforme anota a doutrina²⁹.

Não se trata, porém, como pode parecer num primeiro momento, de assumir uma posição casuística frente ao ativismo judicial, admirando-o quando o pronunciamento da corte vai ao encontro dos interesses ou preferências pessoais e criticando-o quando isso não ocorre. A análise sobre a postura ativista, por certo, há de ser *jurídica*³⁰, pois não existem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. E isso porque, ao adotar uma postura ativista com base em motivos outros que não jurídicos (mediante hermenêutica rigorosa e técnica, e somente naquilo que se refere à expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana), o Poder Judiciário contribui para a geração injustificada de diversos “riscos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados³¹, mormente ao princípio democrático e ao estado de direito. Luís Roberto Barroso bem nos adverte:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma pro-

fusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.³²

Quer-se dizer com isso que o ativismo judicial somente pode ser posto em prática com cautela e tecnicidade, pois os riscos inerentes ao seu emprego somente podem ser afastados nessas condições.

Um estudo detalhado acerca de como isso pode ou deve ser feito escapa aos limites deste artigo. Todavia, facilmente se nota que há uma verdadeira prática ativista no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que não está ligada a qualquer tipo de amarras hermenêuticas, como se passa a expor.

4. A postura ativista empregada pelo Superior Tribunal de Justiça à luz do direito fundamental social à saúde

Foi exposto, até o presente momento, que o “neoconstitucionalismo”, também chamado de constitucionalismo do pós-guerra, alçou o Poder Judiciário a uma verdadeira posição de *ápice* dentro do cenário político, econômico e social brasileiro, tendo, concomitantemente, servido de justificção – devido às razões pelas quais surgiu – para que os tribunais passassem a adotar posições ativistas em seus julgamentos.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diversas decisões que, em matéria de saúde, podem ser enquadradas como *ativistas*³³. Para demonstrar esta situação, no entanto, mister se faz proceder a uma breve explanação a respeito da *ausência* de qualquer dever jurídico do Estado quanto ao atendimento desta específica parcela do direito fundamental social à saúde, qual seja, entrega de medicamentos que não gozam de registro perante a Anvisa³⁴.

4.1 Breve aporte teórico sobre o tema

Não é segredo que, após a Revolução Industrial, diversos direitos de caráter social foram sendo reconhecidos como autênticos direitos subjetivos públicos pelo Estado – isto é, passaram a ser dotados de sindicabilidade –, porquanto fomentou-se a “ideia da conformação da ordem social pelo Estado, a ele incumbindo a tarefa de intervir na economia, de modo a criar condições favoráveis a uma redução do desnível social”³⁵.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 inovou ao prever o direito à saúde como autêntico direito fundamental social, subjetivo e público, portanto³⁶. Há de se considerar, também, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla, por força do § 2º do art. 5º da CRFB/1988, uma “abertura material do catálogo de direitos fundamentais”, englobando tratados internacionais de direitos humanos³⁷, os assim chamados direitos fundamentais implícitos (como o direito fundamental ao mínimo existencial) – que decorrem do regime jurídico e dos princípios da ordem constitucional – e, ainda, aqueles direitos fundamentais localizados topograficamente fora do título II da carta magna³⁸.

Luciano Pereira Vieira, ao se debruçar sobre o tema específico que aqui buscamos tratar (fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa), entende que, “em se tratando de medicamentos ainda em fase experimental, eventual ausência de sua disponibilização pelo SUS não poderia ser considerada como uma omissão estatal passível de controle pelo Poder Judiciário”³⁹. Isso porque haveria uma verdadeira vedação legal à comercialização, importação e industrialização destes fármacos, conforme se retira das leis 6.360/76 e 9.782/99, de onde se observa que esta proibição “é a própria política pública adotada pelo Brasil para esse setor”⁴⁰.

“Em se tratando de medicamentos ainda em fase experimental, eventual ausência de sua disponibilização pelo SUS não poderia ser considerada como uma omissão estatal”

Pontua Vieira que, de fato, “nesse estágio [experimental], ainda não foram finalizados os estudos e pesquisas comprobatórios de sua segurança e eficácia”⁴¹, razão pela qual não haveria que se falar em dever do Estado em fornecer tais fármacos⁴², mormente porque o registro do medicamento/fármaco na Anvisa é requisito para seu ingresso nas listas do SUS, nos termos do art. 19-T da Lei 8.080/90 (incluído pela Lei 12.401/11):

Em suma, enquanto não finalizadas as pesquisas científicas, obtido o registro junto à Anvisa e devidamente incorporado ao Sistema Único de Saúde – após a constatação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade –, não deve ser deferida medida judicial tendente a determinar a aquisição e dispensação, pelo Estado brasileiro, de medicamento considerado experimental. ... Feitas todas essas considerações, a conclusão a que se chega é a de que no Brasil há vedação legal à dispensação pelo Sistema Único de Saúde, o SUS, de medicamento ainda em fase experimental, haja vista a impossibilidade deste obter o registro junto à Anvisa.⁴³

4.2 Análise jurisprudencial

Estabelecido que não há qualquer dever jurídico atribuído ao Estado no que tange à concessão de medicamentos que não possuem registro na Anvisa, passa-se a destacar que a pesquisa jurisprudencial realizada à luz de casos que envolviam tais prestações de saúde revela como o Superior Tribunal de Justiça tem “criado” direito a partir de uma postura eminentemente ativista. Vejamos alguns exemplos^{44 45}.

Em determinada oportunidade, o STJ firmou o entendimento de que a concessão, por parte do Estado, de medicamentos que não se encontrem registrados em território nacional pela Anvisa encontraria óbice no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal⁴⁶, não podendo os jurisdicionados exigir do Estado tal prestação “embora o direito à vida esteja explicitamente protegido pela Carta Magna”⁴⁷.

À primeira vista, portanto, poderia se cogitar de que a corte estava fundamentando racionalmente sua decisão, com base em legislação posta (Código Penal), e que não deixa dúvidas a respeito do tipo de injusto que envolve a questão. Porém, dispõe o tribunal superior, na mesma decisão, que, “*em casos excepcionais*”, deveria ser simplesmente relativizada a aplicação do mencionado dispositivo legal⁴⁸:

É importante mencionar que a decisão judicial destituída de fundamentação fática é nula, por descumprir o comando do artigo 93, IX, da Constituição. Vale dizer, não basta mencionar apenas que o direito à saúde está garantido na Constituição a partir do artigo 5º e do artigo 196. É necessário, também, na análise do caso judicializado, a investigação do diagnóstico, do quadro clínico e principalmente, a comprovação da melhor prática de evidência científica, além da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do medicamento, produto ou procedimento postulado, sem dispensar, também, a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (observância da relação custo-benefício).⁴⁹

Ora, não há direito absoluto⁵⁰ e a mera excepcionalidade da situação, pensamos, não pode justificar o afastamento de regra posta em nossa legislação. Quando o STJ assim se comporta, considerando a importância da vida e da saúde para as pessoas naturais, está, ao fim e ao cabo, “aplicando” diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e, inclusive, à revelia da vontade do legislador ordinário, bem como impondo condutas ao poder público *contra legem*.

Noutro julgado, o STJ salientou que o registro do medicamento pela Anvisa privilegiaria a segurança, a qualidade e a eficácia do produto a ser disponibilizado⁵¹. A corte expressamente mencionou que

em se tratando de saúde pública (...) é inconcebível chancelar a legalidade de registro de um medicamento que não se submeteu a nenhum teste de eficácia, segurança e qualidade, impondo-se o devido rigor e precaução.

Ocorre que a questão voltou a ser “relativizada” para “casos excepcionais”, isto é, desde que ficasse demonstrada a ineficiência ou impropriedade da política pública existente para aquela área, *seria possível a concessão de medicamentos não registrados pela Anvisa*.

Novamente, o que se vê é a suposta aplicação imediata da Constituição da República *contra* a vontade do legislador, pois, ainda que não haja muitas referências nas decisões em questão, já se deixou claro que, no Brasil, a política pública existente veda a concessão de medicamentos que não gozam de registro perante a Anvisa.

Em suma, portanto, apesar de existirem infrações e estar ausente o dever estatal de atendimento a esta pretensão decorrente do direito à saúde, é possível dizer que a referida corte superior, em postura claramente ativista, deixa de observar a política pública existente sem quaisquer dificuldades e sem a devida fundamentação técnico-jurídica, principalmente quando a prestação de saúde se revela como imprescindível para a salvaguarda da vida e da saúde do demandante.

O que é isto senão uma atitude ativista do Superior Tribunal de Justiça? Ao impor condutas ao poder público *contra* a própria política pública por ele criada (cf. leis 6.360/76 e 9.782/99) em razão de uma suposta aplicação “direta” da Constituição da República, o STJ “cria” legislação nova, função para a qual não lhe foi atribuída competência pelo poder constituinte originário.

4.3 Teoria dos diálogos institucionais: possibilidade de solução?

Se são patentes as noções de que juízes, desembargadores e ministros não são democraticamente eleitos pelo povo para criar o direito, mas que, por outro lado, não poderiam eles se limitar a meros aplicadores da lei (no sentido de autênticos exegetas), qual seria a saída para essa problemática? A resposta pode estar na *teoria dos diálogos institucionais*, que se diferenciam pelas abordagens que realizam e decorrem da ideia de constitucionalismo cooperativo⁵².

As aproximações empíricas tratam os diálogos como um produto que é resultado do desenho institucional e da separação entre os pode-

res. Uma análise passível, portanto, de verificação prática mediante a atuação das cortes e do acatamento ou superação das decisões judiciais pelos demais poderes. As abordagens normativas tratam os diálogos como uma demanda, uma exigência normativa, que *estabeleça essa comunicação entre o Poder Judiciário e os demais poderes*.

Quem faz uma diferenciação entre as distintas perspectivas dos diálogos, conforme suas características mais marcantes é Katherine Bateup. Para ela, os diálogos poderiam primeiramente ser classificados pelo método, compreendidos como um comportamento deliberado e consciente dos juízes para fomentar um debate com os demais poderes sobre o significado da Constituição. Essa postura metodológica de fomento ao debate por parte dos juízes poderia se manifestar de três formas diferentes: pelo aconselhamento judicial, por meio de medidas processuais e através de uma *atuação minimalista* do Poder Judiciário⁵³.

Dentro da abordagem estrutural dos diálogos, segundo Bateup, haveria a teoria do equilíbrio. Conforme essa visão, o Poder Judiciário *não possuiria qualquer capacidade superior para interpretar a Constituição*⁵⁴. Assim, juízes e cortes atuariam como mais uma instância de discussão na definição do sentido da Constituição.

Essa perspectiva não volta seus olhos somente para o Poder Judiciário, preocupando-se *como pensam as outras instituições e atores na definição dos significados da Constituição*. Para Bateup, portanto, a teoria do equilíbrio, ainda que seja passível de críticas, é a que melhor possibilitaria o diálogo, pois compreende *a interpretação da Constituição como tarefa compartilhada entre os poderes*, sem conferir primazia a nenhum deles, e ainda ressalta a importância da participação de outros atores, tais como instituições e o povo em geral⁵⁵.

5. Conclusão

O objetivo deste artigo era demonstrar que não é mais nenhuma surpresa deparar-se com decisões ativistas oriundas de nossos tribunais, muito por força das ideias – disseminadas em nosso país – que inspiram o assim chamado “neoconstitucionalismo”.

A análise jurisprudencial permitiu concluir que, em casos envolvendo parcela específica do direito fundamental social à saúde, qual seja, a concessão de medicamentos que ainda não gozam de registro perante a Anvisa, o Superior Tribunal de Justiça afasta com tranquilidade as normas legais editadas pelo legislador em “casos excepcionais”, sejam aquelas de índole punitiva (como o art. 273, § 1º-B, do Código Penal), sejam aquelas voltadas à própria *política pública* idealizada pelos poderes constituídos competentes leis 6.360/76 e 9.782/99).

Trata-se, portanto, da criação de direito novo, de conduta ativista, pois a corte reconhece direitos inexistentes com base numa suposta aplicação direta da Constituição da República, indo contra a política pública criada para atender a saúde nesta seara, o que fragiliza o sistema como um todo, na medida em que o direito à saúde, tal como qualquer direito fundamental, não é absoluto.

Além disso, a conduta em questão viola o princípio da igualdade, visto que tais medicamentos e tratamentos ainda sem registro na Anvisa não são disponibilizados a toda a população, o que confere um privilégio àquele que alcança tal objetivo por meio de uma decisão judicial.

Com efeito, a problemática é complexa e, como já exposto, uma possibilidade de solucioná-la repousa sobre a teoria dos diálogos institucionais, porquanto é evidente que a interpretação da Constituição deve ser uma tarefa compartilhada entre os poderes constituídos, sem que haja qualquer primazia a algum deles ou imposição de decisões por apenas um dos poderes, sem levar em conta circunstâncias que limitam ou oneram os demais poderes.

Notas

1. Anderson Ricardo Fogaça. Mestrando da Universidade Internacional – UNINTER, Professor da Escola da Magistratura do Paraná — EMAP e Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
2. José Laurindo de Souza Netto. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”, em programa de vinculado ao Ministério da Educação – Capes. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.

3. É possível citar, entre outros, os fenômenos da *redemocratização*, da *constitucionalização abrangente* e do *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade* como concausas para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/eacnj/mod/resource/view.php?id=47743>>>. Acesso em: 28/08/2018. p. 4.
4. Cf., a respeito, o ensaio de FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. pp. 13-43.
5. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização... cit.*, p. 1.
6. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.
7. No mesmo sentido: “toda esta deficiente atuação do Legislativo e do Executivo configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário” (SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 45).
8. Como bem adverte VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.
9. Bem nos apresenta a crise da hermenêutica jurídica o professor STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. *passim*.
10. Cf. CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
11. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018. p. 4.
12. *Idem*, p. 1-2.
13. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização... cit.*, p. 3. Em sentido próximo, SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 47.
14. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo... cit.*, p. 7.
15. Para uma análise mais ampla e completa dessas alterações, cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo..., cit., passim*.
16. *Idem*, p. 2.
17. *Idem*, p. 1.
18. *Idem*, p. 12.
19. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização... cit., passim*.
20. *Idem*, p. 6.
21. O qual se opõe à autocontenção judicial (Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2015. p. 184

22. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, cit., p. 7. Cf., também, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade...*, cit., p. 76 e ss.
23. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Disponível em: << <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018.
24. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...* cit., p. 7.
25. *Idem*, p. 6.
26. Vale lembrar que, na Carta 51, James Madison advoga incisivamente em defesa do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) tal qual delineado na proposta de Constituição. Nesse sentido, propõe, tendo em vista o malogro dos sistemas externos (Recursos ao Povo), que haja mecanismos internos do Poder que prevejam modos de correção dos problemas surgidos na relação entre os Poderes, “de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada um em seu devido lugar” (cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009. p. 47 a 51).
27. Para uma visão mais geral sobre todos os elementos caracterizadores do ativismo judicial (os quais não convém aqui expor, dado o objeto deste artigo), cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...* cit., *passim*.
28. *Idem*, p. 6.
29. Sobre o conceito de “dificuldade majoritária”, cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, CL: Yale University Press, 1986. pp.16 e ss. V., também, WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006. p. 1346-1406, questionando a veracidade da afirmação geral de que as maiorias não protegeriam os direitos das minorias — incumbência mui conectada à ideia do papel “contramajoritário” das Cortes Constitucionais.
30. Também neste sentido: SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 75.
31. Para uma análise de todos os riscos que o ativismo judicial gera, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...* cit., *passim*; e SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo...* cit., *passim*.
32. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...* cit., p. 16-17.
33. Acredita-se que o *ativismo judicial* do Superior Tribunal de Justiça em matéria de saúde, notadamente em casos em que se postula o acesso ou a entrega de prestações sanitárias que se encontram fora das listas do Sistema Único de Saúde (SUS), tende a diminuir após a publicação dos acórdãos proferidos pela Corte Superior no bojo dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.102.457/RJ e 1.657.156/RJ, por meio dos quais fixou-se requisitos *objetivos* indispensáveis para o procedência do pedido, a saber: “a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) *Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o pacien-*

- te, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA (...).* Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T>>. Acesso em: 20.03.2019.
34. Agradeço ao auxílio de Leonardo Felipe Marques Tiradentes, cuja pesquisa gentilmente realizada serve de subsídio para as considerações que seguem.
 35. Cf. OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. In: *Revista de Direito Brasileira*, vol. 1, p. 77-99, jul./dez. 2011. p. 80.
 36. Para os fins deste estudo, devem ser entendimentos como direitos sociais aqueles “*direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado*” (cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205).
 37. Observa-se que, no campo do direito internacional, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, em seus arts. 22 e 25, foi o primeiro documento a prever expressamente o direito à saúde, seguida do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), da Convenção dos Direitos da Criança e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1989) — todas incorporadas pela legislação pátria. Cf., a respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: *Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001. p. 94.
 38. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: *Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001., p. 94-95.
 39. VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? In: *Cadernos de Direito*, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012, p. 100. Em sentido diverso, ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. *Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 164.
 40. VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização... cit.*, p. 100 e ss.
 41. É de tão fundamental o cuidado com a vida, saúde e segurança das pessoas que o Supremo Tribunal Federal já concedeu medida liminar na ADI 5.501/DF para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da assim chamada “pílula do câncer” (fosfoetanolamina sintética), ainda sem registro na ANVISA: “é constitu-

- cional a Lei n. 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (‘pílula do câncer’) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA” (STF, PLENÁRIO, MC-ADI 5.501/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 19/05/2016).
42. VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização... cit.*, p. 100.
 43. VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização... cit.*, p. 104-105.
 44. Considerando que os argumentos praticamente se repetem em todas decisões analisadas, optou-se por apenas mencionar dois exemplos.
 45. *Vide* nota n. 32.
 46. “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (...).
§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente”.
 47. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 154.385/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 28.03.2017. DJe 05.04.2017. Também neste sentido o AgInt no REsp. 1.365.920/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17/02/2017).
 48. No AgrRg no REsp. 1.366.857/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 31.03.2017, e no REsp. 1.650.790/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 20.04.2017, o STJ faz a mesma relativização.
 49. SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 67-68.
 50. “Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 623).
 51. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp. 1.365.920/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17/02/2017.
 52. SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 73.
 53. GODOY, Miguel. *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
 54. “O modelo inaugurado com a Constituição de 1988 não permite deduzir expressamente que cabe ao Poder Judiciário o papel de dizer a última palavra sobre o sistema jurídico” (SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 73).
 55. GODOY, Miguel. *Devolver... cit.*

Referências

- ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. *Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2015. 184 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>>. Acesso em: 28/08/2018.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, CL: Yale University Press, 1986.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 966.873/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2017. DJe 18.04.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 988.070/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 março de 2017. DJe 04.04.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.553.112/CE*. Relator: Min. Gurgel de Faria, 16 de fevereiro. DJe 10.03.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 23.747/SP*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 08 de setembro de 2015. DJe 23.09.2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 154.385/MG*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 28 de março de 2017. DJe 05.04.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 685.750/PB*. Relator: Min. Sérgio Kukina, 27 de outubro de 2015, DJe 09.11.2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.502.239/PR*. Relatora: Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), 18 de fevereiro de 2016., DJe 26.02.2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.366.857/PR*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21 de março de 2017. DJe 31.03.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.399.042/RS*. Relatora: Min. Eliana Calmon, 05 de novembro de 2013, DJe 13.11.2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.644.829/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de fevereiro de 2017. DJe 23.02.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.645.067/RS*, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Julgado em 07.03.2017, DJe 20.04.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.650.790/PE*. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 09.03.2017, DJe 20.04.2017.20042017
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.197/PR*. Relator: Min. Luiz Fux, 04 de maio de 2010. DJe 24.08.2010.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança* n. 35.434/PR. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 02 de fevereiro de 2012. DJe 09.02.2012.
- CARBONELL, Miguel. *Teoría del Nelconstitucionalismo*: Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Modernos em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 13-43.
- GODOY, Miguel. *Devolver a Constituição ao Povo*: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais*: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.
- OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. *Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial*. In: *Revista de Direito Brasileira*, vol. 1, jul.-dez./2011, p. 77-99.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Disponível em: << <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In: *Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: << <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018.
- SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?* *Cadernos de Direito*, v. 12, n. 22, p. 91-110, jan./jun. 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.
- WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

O impacto da Lei 13.964/19 – pacote anticrime – nas medidas cautelares criminais, na prisão preventiva e na audiência de custódia

Glauco Francisco Moura Cruvinel¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: A Lei 13.964/19 trouxe reformulação ao sistema penal e processual brasileiro. O sistema de medidas cautelares, prisão preventiva e audiência de custódia foi modificado pela lei. As novas normas, entretanto, devem ser interpretadas com cautela e em harmonia com a legislação vigente e a realidade fática de nosso país. Também, e especificamente quanto aos pontos tratados neste artigo, não podem representar obstáculo intransponível à ação do Estado em sua atuação penal. Assim, procede-se à análise dos pontos modificados pela legislação em comento, com ponderação e sem exclusão de técnicas que levem em conta a intenção do legislador, mas também por interpretação sistemática e literal dos dispositivos incorporados ao sistema. Conclui-se, a partir daí, que a modificação se deu em maior grau no nível de exigência quanto à fundamentação das decisões, especialmente no que toca às prisões preventivas.

Introdução e objetivo

O PRESENTE TRABALHO ANALISA AS MODIFICAÇÕES trazidas pela Lei 13.964/19 nos sistemas processual penal e penal brasileiro, especificamente nos temas relativos à prisão preventiva, medidas cautelares penais e audiência de custódia. Busca-se confrontar a novel legislação com o sistema já vigente, bem como com o fim último do direito penal, que é a pacificação social. Passa-se, então, à análise mais detalhada de cada um dos tópicos elencados.

Tratando-se de documento estritamente técnico, se procederá à análise tão somente das modificações introduzidas, pressupondo, para sua integral compreensão, o conhecimento prévio pelo leitor do sistema vigente.

1. Medidas cautelares

Com a nova lei, ficou claro que o juiz não pode decretar de ofício medida cautelar, seja ela qual for, o que inclui a prisão preventiva (arts. 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal, ambos com redação dada pela nova lei²).

Entretanto, há aparente contradição entre a nova redação dos parágrafos 4º e 5º do art. 282 do Código de Processo Penal, os quais estão assim dispostos:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Como se pode ver, a contradição diz respeito à atuação de ofício por parte do juiz na decretação de medidas cautelares. No parágrafo quarto se estabelece como requisito para substituição da medida cautelar (inclusive pela prisão preventiva) o requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante. Ou seja, sem provocação, não há como substituir a medida cautelar, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva. Já o parágrafo quinto permite, de ofício, que se revogue ou substitua a medida cautelar quando se verificar a falta de motivo, bem como que se volte a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.

Interpretação apta a solucionar o conflito aparente de normas está em se aplicar a regra do parágrafo quarto em casos de aplicação de sanções no curso da medida cautelar. Nesses casos, há necessidade de provocação do órgão acusador, do seu assistente ou do querelante.

Situação diversa seria a mera adequação da cautelar aplicada, como em relação aos limites impostos para aproximação de vítimas e periodicidade de comparecimento mensal em juízo, isto é, questões relacionadas à forma como é cumprida a medida cautelar. A substituição poderia ocorrer desde que os fatos relacionados ao cumprimento o exigissem, mas não tivessem relação com o descumprimento da medida. Não se trata, aqui, portanto, de sanção, mas de adequação.

Por fim, se determinada medida cautelar estivesse em vigor anteriormente – foi revogada pelo juízo (de ofício ou por provocação) – e as circunstâncias demonstrem que há, novamente, necessidade dessa medida, ela poderá ser reestabelecida de ofício. Novamente, para atuar sem provocação, se deve estar diante de adequação das medidas, e não de sanção.

2. Audiência de custódia

A audiência de custódia, anteriormente prevista somente em atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, agora está expressamente disciplinada pelo art. 310 do Código de Processo Penal.

O prazo para sua realização é de 24 horas após a prisão. A ilegalidade da prisão como consequência da ausência da audiência³, entretanto,

somente será declarada se transcorridas 48 horas da prisão e não houver motivação idônea para a não realização do ato. O prazo de 48 h é extraído do art. 310, § 4º, do Código de Processo Penal, o qual prevê que transcorridas 24 horas após o decurso do prazo do *caput* (que é de 24 h) se terá a ilegalidade da prisão.

Contudo, a parte final do dispositivo ressalva que não há prejuízo à imediata decretação da prisão preventiva. Ou seja, mesmo que reconhecida a ilegalidade da prisão por ausência de realização de audiência de custódia, a prisão preventiva poderá ser decretada, se presentes seus requisitos. A ilegalidade, portanto, será somente da prisão em flagrante. Neste ponto, o legislador apenas solidificou entendimento dominante na jurisprudência:

Processo penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de drogas. Nulidade. Ausência de realização da audiência de custódia. Questão superada. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Custódia cautelar. Ausência de fundamentação válida. Constrangimento ilegal caracterizado. Recurso provido 1. A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia. 2. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 3. Hipótese em que é manifesta a ilegalidade imposta ao recorrente, pois o decreto preventivo está fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas. Ademais, nem mesmo a quantidade de droga apreendida – 3 pinos de cocaína, 2 porções de maconha e 22 pedras de crack – isoladamente, autorizaria o encarceramento cautelar a pretexto de acautelamento do meio social, sobretudo porque certificada a primariedade do agente. 4. Recurso provido para revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau (RHC 117.991/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

O art. 310, § 3º, do Código de Processo Penal⁴, por sua vez, estabelece que haverá responsabilidade administrativa, civil e penal para a autoridade que, sem motivação idônea, der causa à não realização de audiência de custódia. Ganha especial importância o termo “motivação idônea” presente no dispositivo. Aqui, deve-se ter em mente que o Brasil tem proporções continentais. Há estados da federação em que as comarcas mais próximas distam centenas de quilômetros umas das outras, e não raro apenas um juiz responde por várias comarcas, cujos territórios somados ultrapassam em extensão a área de pequenos países.

Nessa perspectiva, para nós, o termo motivação idônea deve ser interpretado como toda motivação verdadeira e apta a inviabilizar o ato. Até porque, sendo ato emanado de autoridade pública constitucionalmente constituída, a motivação goza de presunção de legitimidade e veracidade. Portanto, a motivação lançada para justificar a não realização de audiência de custódia somente poderá ser desconstituída se houver prova do interessado de que ela é falsa e/ou era inapta a inviabilizar o ato.

Entre as justificativas possíveis, são exemplos: a ausência de efetivo policial ao deslocamento do preso; ausência do juiz na comarca em que ocorreu a prisão, seja por estar atendendo em substituição, ou em regime de plantão.

Não haverá óbice, ainda, à realização de audiência por videoconferência. Isso porque houve veto do Presidente da República ao dispositivo que impedia a prática do ato por tal maneira⁵. O Congresso Nacional não derrubou o veto. Logo, foi da vontade do Legislador (Congresso Nacional com participação do Presidente da República) afastar o impedimento para realização do ato por videoconferência.

Ademais, há solução adequada para a situação. Realizado o ato por videoconferência, permitida entrevista reservada com defensor, seja por vídeo ou presencialmente, caso haja notícia de agressão, o juiz poderá encaminhar o detento imediatamente para exame médico. Isso

Mesmo que reconhecida a ilegalidade da prisão por ausência de realização de audiência de custódia, a prisão preventiva poderá ser decretada, se presentes seus requisitos

porque o juiz não possui conhecimento técnico em medicina legal apto a aferir a natureza de eventuais lesões sofridas no momento da prisão. Se são elas lesões recentes ou antigas, e qual instrumento que as provocou, por exemplo. Dessa forma, realizado o ato por videoconferência, com posterior encaminhamento do detento à atendimento médico, não há qualquer prejuízo na adoção da forma virtual.

3. Prisão preventiva

3.1 Decretação e conversão da prisão preventiva

Quanto à prisão preventiva, houve importantes modificações com a nova lei. O primeiro ponto a se observar é se há possibilidade ou não de sua decretação de ofício. O art. 311 do Código de Processo Penal foi modificado para excluir a hipótese de decretação de ofício da prisão preventiva durante o processo criminal.

A dúvida, então, surge na fase de recebimento do auto de prisão em flagrante. O art. 310 do Código de Processo Penal estabelece que, após receber o auto de prisão em flagrante, durante a audiência de custódia que deverá contar com presença de defensor e Ministério Público, o juiz deverá: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nessa fase, então, o juiz terá três caminhos a seguir. O inciso II do dispositivo não trata, obviamente, de decretação da prisão preventiva, mas de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Há, sem sombras de dúvidas, diferenças entre os institutos.

Tal diferença foi observada pela nova lei, e isso fica claro, em interpretação sistemática, pela leitura do parágrafo quarto do art. 310 do Código de Processo Penal. Nesse caso, não cumprido, sem motivação idônea, o prazo para realização da audiência de custódia, a prisão será ilegal. Como consequência, exclui-se a possibilidade de conversão da

prisão em flagrante em prisão preventiva, mas subsiste a possibilidade de decretação da prisão preventiva. Ou seja, a própria lei traz a diferença entre os institutos da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e da decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, tem-se que o art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal e seus incisos são normas de aplicação obrigatória pelo juiz. Se o flagrante for ilegal, deverá ser relaxado. Quando estiverem presentes os requisitos previstos no art. 312 e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, deverá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Não sendo a hipótese, deverá conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Observe-se que o juiz, neste caso do inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal, não decretará prisão preventiva de ofício. Ele apenas analisará os fatos que lhe foram trazidos com o auto de prisão em flagrante e, presentes os requisitos para prisão preventiva, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva. Deve-se distinguir, assim, conversão de decretação.

Portanto, nossa posição é de que, presentes os requisitos da prisão preventiva, na audiência de custódia, o juiz deverá converter a prisão em flagrante, independentemente de requerimento do Ministério Público, ou mesmo contrariando o parecer do órgão acusador. O que a lei veda, pois, é a decretação da prisão de ofício, e não a conversão de uma prisão que já ocorreu e já foi homologada, com reconhecimento de validade de seus requisitos (art. 302 do Código de Processo Penal).

3.2 Requisitos e pressupostos da prisão preventiva

Os requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva foram reestruturados. Antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19, era necessário, basicamente, o preenchimento de requisitos cumulativos (materialidade e indícios de autoria), pressupostos alternativos (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), cumulados com uma das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal

(pena máxima abstrata superior à quatro anos; reincidência; violência familiar ou dúvida sobre identidade civil), além de um requisito negativo, qual seja, a impossibilidade de aplicação de medida cautelar diversa.

Com a edição da nova lei, foi acrescentado um requisito obrigatório e cumulativo que é o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Portanto, agora para ser decretada a prisão preventiva deverá haver materialidade do crime, indícios suficientes de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. As demais exigências (arts. 312, 313 e 319, CPP) permaneceram híginas.

É fato, entretanto, que a definição dos pressupostos para a prisão preventiva é muito similar ao termo introduzido pela lei de “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Isso porque o “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” também pode ser definido ou configurado como necessidade para garantia da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Observa-se que todos os pressupostos da prisão preventiva já previstos anteriormente contemplavam, de certa forma, o “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Portanto, o que a lei fez foi, somente, exigir a dupla motivação quanto aos pressupostos já existentes. Quem gera perigo à ordem pública, à ordem econômica, prejudica a instrução criminal ou põe em risco a aplicação da lei penal somente o faz gerando perigo pelo seu estado de liberdade.

3.3 Demais aspectos relacionados à fundamentação da decisão que decretar a preventiva

Outra novidade é que a “decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (art. 312, § 2º, CPP). Este dispositivo reforça a necessidade de que os pressupostos para a prisão preventiva, sejam recentes em relação à decisão.

Quanto ao requisito negativo de não poder ser cabível nenhuma das cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), essas normas já eram

previstas, mas agora há a obrigação do juiz de fundamentar o não cabimento das cautelares diversas da prisão de forma individualizada e com análise dos elementos presentes do caso concreto (art. 282, § 6º, CPP).

Dispositivo que gerará discussão é o parágrafo segundo do art. 310 do Código de Processo Penal. Ele estabelece que, verificado pelo juiz que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Pela leitura do texto de lei se extrai que nas três hipóteses ventiladas ficaria o juiz impedido de conceder a liberdade provisória. Portanto, deveria obrigatoriamente converter o flagrante em prisão preventiva. Sendo assim, não haveria necessidade de fundamentação detalhada da medida, bastando a referência aos antecedentes e a decretação da prisão com base neles.

Creemos que não seja a melhor interpretação. O dispositivo, em nosso entendimento, deve ser interpretado como hipótese de presunção relativa de preenchimento do requisito da prisão preventiva de “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” e por consequência do pressuposto da garantia da ordem pública, além da presunção relativa de proporcionalidade da medida de prisão preventiva.

A reincidência e a participação em organização criminosa armada ou milícia por si só, então, representam o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado e a sua prisão é necessária para garantia da ordem pública, já que há presunção de que, ao participarem de organização voltada ao crime, fazem do ilícito meio de vida. Além disso, evidencia-se que nenhuma medida diversa da prisão é suficiente para evitar a prática de novos delitos. O mesmo raciocínio é aplicado à reincidência. A recalcitrância criminosa gera presunção de risco à ordem pública e do perigo de liberdade do imputado. A presunção, todavia, será relativa e poderá ser afastada no caso concreto, de ofício ou a requerimento das partes.

A recalcitrância criminosa gera presunção de risco à ordem pública e do perigo de liberdade do imputado

Em nosso entendimento, portanto, trata-se de hipótese de lei interpretativa. Raciocínio diverso deve ser aplicado ao crime de porte de arma de fogo de uso restrito. Nessa hipótese, entendemos que somente haverá presunção de risco à ordem pública e de perigo gerado pelo estado de liberdade se o crime for relacionado à prática de atividade criminosa perene. Assim, essa hipótese exige fundamentação mais aprofundada, e se aplicada isoladamente padece de inconstitucionalidade.

Conclusão

Conclui-se que as modificações trazidas pela Lei 13.964/19, nos tópicos relativos às medidas cautelares, prisão preventiva e audiência de custódia, apesar de alterarem vários dispositivos legais, em verdade, impactarão de forma mais severa na fundamentação das decisões e não necessariamente nas hipóteses de aplicação das medidas que já vinham sendo adotadas. Portanto, houve um incremento na exigência de fundamentação por parte do juiz, mas não necessariamente exclusão de hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Notas

1. Glaucio Francisco Moura Cruvinel. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVEL – Cascavel/PR.
2. Para facilitar a compreensão e evitar repetições, todas as citações de dispositivos legais farão referência à redação dada pela nova lei.
3. Decisão do ministro relator Luiz Fux, nos autos de Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.298/DF suspende a vigência deste artigo.
4. Decisão do ministro relator Luiz Fux nos autos de Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.298/DF suspende a vigência deste artigo.
5. Art. 3º- B, § 1º, da Lei 13.694/2019.

A “nova” prisão no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher – do preceito acusatório e da atuação do juiz de ofício

Arthur Cezar Rocha Cazella Júnior¹

Juiz Titular da Vara Criminal e Anexos do Foro Regional de Nova Esperança/PR

Resumo: São recorrentes as modificações legislativas no campo das prisões cautelares. Avistamos essas modificações na matéria nos anos de 2005, 2011, 2016, 2017, 2018 e 2019. A cada curto período se apresentam novos requisitos para a segregação cautelar, e ao final se preveem extensos regramentos para a prisão.

TODO INSTITUTO QUE TRAZ REQUISITOS DEMASIADOS não funciona adequadamente, pois fica “engessado”, de aplicação confusa, lacunosa, apta a invocação de recorrentes nulidades, e contrária à eficiência e razoabilidade. É o que se verifica com a prisão preventiva, que se tornou o “fantasma” do processo penal que a todos assombra. A aplicação da prisão está cada vez mais dificultada e ineficiente no cumprimento do papel do Estado de combater a criminalidade, especialmente quando se depara com crimes do “colarinho branco” e organizações criminosas.

A reforma de 2019 foi casuística, e todos sabemos ao que se deve (Operação Lava-Jato). Embora devesse ser fomentada a fim de varrer a corrupção deste país, a prisão preventiva é obstaculizada por novas leis intituladas “anticorrupção” e “antiabuso de autoridade”.

Neste contexto duas leis se destacaram no fim do ano de 2019. Uma tratou de reformas processuais penais (Lei 13.964/19); outra, já chamada por alguns de “Lei da Impunidade”, tratou do tema do abuso de autoridade (Lei 13.869/19). Avanços vieram com elas, mas retrocessos também.

Não se compreende a dificuldade avistada no Brasil de se encontrar a estabilização das leis, e mesmo das posições jurídicas dos tribunais, em homenagem à segurança jurídica. Exemplo disso são as recorrentes modificações de posição do próprio STF quanto à famigerada “prisão em segunda instância”, tribunal que acima de tudo deveria se preocupar com a preservação das decisões, ainda que por um espaço mínimo de tempo, com a consequente estabilização das situações jurídicas. A mutação constitucional é natural, mas demanda alguns anos, não poucos meses.

Essa oscilação das leis, e mesmo da jurisprudência, apresenta dificuldades para além das infrações penais referidas atrás (que envolvam crimes do “colarinho branco” e organizações criminosas), a exemplo da Lei 13.964/19, que, sob o pretexto de privilegiar o princípio acusatório, acabou por trazer obstáculos à efetividade dos direitos das vítimas e à necessária pacificação social (e não meramente formal) dos conflitos no campo penal. Isto é observado no *locus* da violência doméstica e familiar contra a mulher, ao passo que este artigo pretende se concentrar na reflexão a respeito dos seguintes temas: poder geral de cautela do juiz no processo penal, prisão de ofício, hipóteses de cabimento da prisão e direitos fundamentais da mulher como ser humano – todos aplicados à violência de gênero (Lei 11.340/06).

Reflexões

A Lei 13.964/19 trouxe recentes inovações a respeito da prisão cautelar para o contexto penal e processual penal. Até o momento são poucas as contribuições da doutrina e da jurisprudência.

Optei por buscar a discussão e reflexão sobre o tema, pois tenho visto muitas vezes apenas aplaudindo a nova lei, e quase nenhuma – talvez por não se querer vincular a posições ou se comprometer neste

estágio inicial de vigência de lei em relação à qual a jurisprudência ainda precisará se consolidar – trazendo críticas. O contrapeso, a antítese e a crítica são indispensáveis para uma discussão saudável. É a isso que me proponho: despertar o debate.

Penso que não pode a doutrina, em seu relevante papel de fonte e interpretação do direito, postar-se dessa forma, sem críticas, apenas se limitando a replicar o mesmo que consta noutros livros e repositórios de posições dos tribunais. Para isso não é necessário doutrina, sendo suficiente um apanhado da jurisprudência.

Ainda aguardo que a doutrina recupere seu papel de aprofundada reflexão sobre os temas, aplaudindo o que deve ser louvado e criticando o que deve ser reprovado, não unicamente à luz do que transita nas academias ou na jurisprudência do momento, mas especialmente à luz da realidade social do nosso país.

Nem toda “importação” de teorias e institutos se adequa ao sistema jurídico e social de um país diverso. A título de exemplo, e conquanto minha afirmação possa causar espanto no leitor, é comum atualmente se ver em manuais e até mesmo em julgamentos plenários referências ao direito comparado no âmbito penal e processual penal, como se um novo instituto ou posição fosse o remédio para todos os males, desconsiderando-se por completo a realidade nacional. Vivemos no Brasil, não naquele outro país.

Com base nessas mesmas premissas, vejo que muitos defendem a aplicação de institutos que não existem em leis pátrias, mas que, argumentam, encontram espaço porque em “determinado país” é daquela forma. Ora, a pena de morte e a prisão perpétua também são previstas em legislação de outros países, inclusive do chamado “primeiro mundo”, mas nem por isso cabem no âmbito brasileiro. É preciso mais cuidado, reflexão e seriedade na “importação” do direito comparado. Tenho, portanto, que não se pode defender a importação de um ou outro instituto, conforme a conveniência do momento.

De longa data discute a doutrina se o sistema processual penal brasileiro, de fato, era ou é o acusatório, como pretendo pelo texto fundamental, ou se misto. Alguns ainda o taxam de inquisitivo. Neste último caso, penso ser demais.

A doutrina majoritária leciona, ou ao menos lecionava, que o sistema brasileiro era marcadamente acusatório. Digo marcadamente pois seria mesmo uma utopia se conceber um sistema acusatório puro, distante da realidade social na qual se aplica, das regras da experiência e daquilo que ordinariamente se observa neste país, que não é a Dinamarca, nem os Estados Unidos da América, nem a Holanda, nem a Noruega, nem a Suíça...

O sistema acusatório tem várias características, como também as tem o inquisitivo, e não é a falta de um ou outro vértice que permitirá a conclusão, sem uma análise sistemática do ordenamento e da realidade nacional, se se optou por um ou por outro.

Nosso sistema, ao menos a partir de 1988, sempre pendeu para o preceito acusatório, porém para um sistema acusatório equilibrado, no qual se encontra a virtude, sem perder de vista os direitos fundamentais da vítima e da sociedade. O sistema brasileiro não é misto nem inquisitivo. Talvez pudesse ser chamado de acusatório moderado ou humano, na senda de que se preocupa não apenas com os direitos humanos do acusado, mas também da vítima e da sociedade.

Para a adoção, entre nós, de um sistema misto, parece indicar o doutrinador Denilson Feitoza (*Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*; 2010):

A ideologia de que estamos no sistema acusatório é tão forte (e aqui empregamos ideologia no sentido de ocultação ou de falsa representação da realidade) que a maior parte dos membros do Ministério Público, dos advogados e dos juízes acredita que estamos num sistema acusatório e que o processo penal brasileiro é um processo “de partes”. Que processo “de partes” é esse em que o juiz pode “ignorar” (apenas formalmente leva em consideração na fundamentação da sentença) o que as partes alegaram e provaram e partir para a produção própria de provas, julgando segundo estas outras provas que ele mesmo produziu, inclusive para condenar e até, em certas hipóteses, por fato não contido na denúncia?

Ouso responder às perguntas, ainda que contra os relevantes argumentos de um dos maiores doutrinadores da história do processo penal brasileiro, o qual sempre venerei e ainda venero. Contudo, a divergência é característica do direito e da democracia, e respirando direito desde os idos de 1999, quando ingressei na graduação, entendo que posso adotar uma posição.

Que processo de “partes” é esse? É um processo de partes que não enxerga no preceito acusatório e na Constituição Federal apenas direitos do acusado, mas também da vítima e da sociedade, no exercício da real função social da justiça, que é a de resolver o conflito não apenas formalmente – o que ocorre, por exemplo, no caso de improcedência por falta de provas –, mas sim materialmente, com característica de definitividade, e que mais recentemente ainda exige a chamada *solução efetiva ou social do conflito*. Posso perguntar: que jurisdição seria essa que fecha os olhos, se preocupa apenas com um dos lados da moeda (o acusado) e ignora por completo os direitos fundamentais da vítima?

O juiz, no processo penal, se depara com mais de um direito fundamental, não apenas do acusado, mas também da vítima e da sociedade, e são as regras constitucionais de ponderação que devem nortear sua atuação, seja na complementação (e não produção por iniciativa) das provas apresentadas pelas partes, seja na atuação por meio do poder geral de cautela, existente em toda legislação efetiva e de países desenvolvidos, mas que neste país, curiosamente, se deseja aniquilar. Talvez o próximo passo seja – e não se enganem, muitos pretendem – eliminar o direito penal.

Vale questionar: que aparente ou *pseudo* princípio acusatório é este no qual o juiz, ao receber uma comunicação de flagrante por violência doméstica e familiar contra a mulher, na qual foi concedida ao agressor fiança policial, não pode, dada a urgência e de ofício, antes mesmo de ouvir o Ministério Público, cassar a fiança policial, decretar a prisão preventiva do agressor ou impor medidas protetivas de urgência em prol da ofendida, não requeridas pela autoridade policial, em hipótese em que se verifique que a urgência não recomenda o aguardo da ouvida do Ministério Público?

Que princípio acusatório justo é esse que impõe ao juiz apenas homologar, em processo penal, a ação das partes, ainda que entenda destituída de razoabilidade, permitindo que o agressor retorne ao lar e consuma seu intento, ou mesmo progrida criminosamente aniquilando a vida da vítima? Não existem outros princípios constitucionais a ser avaliados pelo juiz à exemplo da razoabilidade e proporcionalidade, e seus vértices da vedação à proteção deficiente/insuficiente e não regresso? Ou o mais adequado é de fato a adoção apenas de um sistema acusatório puro como se pretende, ou “míope”, ainda que isto possa representar a colocação de um ser humano em risco? O juiz deve ser refletido, dizer o direito no caso concreto de acordo com a legislação em vigor, ou apenas “carimbar” a vontade das partes em toda e qualquer situação, agindo como mero espectador e “despachante de direito”?

Se é para isso que se presta o preceito acusatório na ótica do que se instala atualmente nas academias – e na senda do que esta mesma academia entende que este preceito acusatório deveria representar –, ou seja, ignorar os direitos da vítima e afastar o juiz das providências cautelares em casos de urgência extremada, penso que algo vai mal em nosso país e em nossa legislação. E muito mal!

Certa ou errada, esta é a posição jurídica deste autor. Minha pretensão é a de apenas firmar uma posição crítica, e levá-la à discussão e reflexão. Ninguém é dono da verdade, mas cada qual é dono de sua razão e de seus fundamentos.

Com base nesta reflexão, tive por bem restringir a discussão, especificamente, ao âmbito da prisão preventiva, medidas protetivas de urgência e violência doméstica e familiar contra a mulher, ramo no qual ordinariamente atuo, como titular de uma vara criminal e anexos (Vara Criminal, Tribunal do Júri, Corregedoria dos Presídios, Vara de Execuções Penais em Meio Fechado e Semiaberto, Vara de Execuções Penais em Meio Aberto e Medidas Alternativas, Família, Infância e Juventude, e Sucessões) no Estado do Paraná.

Pois bem. É certo que a prisão cautelar demanda alguns reclamos.

No caso concreto, e em linha gerais, devem estar presentes os *presupostos* da providência instrumental, consistentes no que se define

como *prova da materialidade e indícios suficientes de autoria*. Ainda devem ocorrer quaisquer dos *fundamentos* formais da medida instrumetal, entre aqueles elencados no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Não nos esqueçamos do novo reclamo expresso trazido pela Lei 13.964/19 no tocante ao *perigo gerado pelo estado de liberdade* do agente, que em verdade se confunde com o vértice material dos fundamentos da segregação cautelar. De pronto, tenho que a inovação legislativa é de pouca técnica.

Era praxe, e além disso poder-dever do juiz, concluir pela presença dos fundamentos da preventiva tão somente nos casos em que a segregação era necessária, ou seja, indispensável, decorrência do perigo gerado pelo *status libertatis* do agente. Se este não estivesse presente, consequência lógica, não haveria que se falar na satisfação dos fundamentos da segregação cautelar, pois o viés material não estaria aperfeiçoado, senão apenas o formal (garantia da ordem pública, da ordem econômica etc.).

As decisões que assim não avaliavam eram nulas por vício de fundamentação, e não havia necessidade de “inovação” legislativa neste ponto (CF, art. 93, inciso IX)².

A mesma falta de técnica se espelha no novel § 2º do art. 312, para o qual “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Ora, vez mais. O “receio de perigo” é algo abstrato, e por si só seria inábil à imposição da segregação cautelar. Deve existir perigo concreto no estado de liberdade, e não apenas, por conjectura, um “receio de perigo”. Tal previsão, embora possa se amoldar ao âmbito processual civil, não se conforma ao contexto penal e processual penal, onde vi-

Deve existir perigo concreto no estado de liberdade, e não apenas, por conjectura, um “receio de perigo”

goram outros preceitos. E se a parte final do dispositivo assevera que deve haver existência concreta (como se algo que é concreto pudesse não existir) de fatos (novos), não haveria que se falar em “receio”, mas sim na verificação de um perigo efetivo (não um mero receio).

Seja como for, doravante ingresso no objeto principal da discussão, mais precisamente no particular das hipóteses de cabimento da segregação cautelar.

Poderia o juiz decretar a prisão preventiva do agressor em sede de violência doméstica e familiar contra a mulher quando não presentes as hipóteses de cabimento gerais, previstas no art. 313 e incisos do CPP? E mais: poderia o juiz fazê-lo de ofício, ou mesmo impor medidas protetivas de urgência em prol da vítima, também de ofício? Penso que sim.

Para tanto, levo em mente uma situação hipotética de um agressor que noutra ocasião havia investido em face da esposa ou companheira, quebrando algum osso seu. Pressupunha, ainda, que por tal ocasião não houvera flagrante – os fatos foram apenas posteriormente delatados –, ao passo que a autoridade policial ou o Ministério Público, no curso do inquérito ou da ação penal, não tenham requerido a prisão preventiva do réu, que permaneceu, naquele feito, em liberdade. Então o magistrado novamente se depara com outra comunicação de flagrante, do mesmo agressor, em face da mesma vítima, meses depois, mas agora em razão dos crimes de ameaça (CP, art. 147) e injúria (CP, art. 140).

Note-se que tangente às hipóteses de cabimento, a situação concreta não se aperfeiçoa a nenhuma das previsões do art. 313 e incisos do CPP. Dita o normativo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

– Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Como se percebe, o cúmulo material das penas máximas previstas para os crimes em exame não suplanta o importe de quatro anos, pelo que descabe a invocação do art. 313, inciso I, do CPP.

De passo a passo, o conduzido, com apenas uma ação penal em trâmite em seu desfavor, não possui condenação anterior por crime doloso, pelo que, igualmente, não acorre o inciso II do art. 313 do CPP.

Seguindo, suponha-se, ademais, que em razão da violência anterior (que desencadeou a ação penal antecedente) também não teriam sido aplicadas em prol da ofendida as medidas protetivas de urgência. Logo, na nova investida infracional, não haveria que se falar em necessidade da prisão “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, conforme art. 313, inciso III, do CPP. (grifo nosso)

Não bastasse, também não se estaria, a princípio, diante de caso de anterior descumprimento pelo conduzido de medida cautelar diversa da prisão, considerando que há outra hipótese excepcional de cabimento fora do art. 313 do CPP, e mais precisamente lançada no art. 282, § 4º, do CPP, para o qual, “no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério

Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código”.

Deveria o magistrado, neste caso, apenas homologar o flagrante e conceder a liberdade provisória ao agente, a despeito de verificar situação de risco concreta à ofendida? Ou seja, deveria o juiz, em homenagem ao “elixir de todos os males”, ele, o “preceito acusatório puro”, tão aplaudido, proferir decisão ciente de que o agressor, muito provavelmente, regressará ao lar e causará mal à esposa ou companheira, quiçá até mesmo praticando o crime de feminicídio?

E mais. Digamos que no caso concreto estivessem presentes os pressupostos da preventiva, mas não houve pleito da autoridade policial ou do Ministério Público para imposição da prisão cautelar. Deveria o juiz deixar de decretar a prisão de ofício, e talvez condenar a vítima a uma lesão corporal ou até à morte? Afinal de contas, este não é o comando do preceito acusatório puro que se pretende instalar, usurpando do magistrado seu poder geral de cautela e de complementação de provas no processo penal?

Quanto à primeira situação apresentada (ausência das hipóteses de cabimento do art. 313 e incisos do CPP), levo em plano que tal dispositivo é meramente exemplificativo, ou seja, há outras hipóteses de cabimento espalhadas pela legislação. É o caso daquela traçada no art. 282, § 4º, do CPP. E para o caso posto, há hipótese de cabimento específica, e muitas vezes esquecida, prevista no art. 12-C, § 2º, da Lei 11.340/06.

Prevê o normativo que “nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso”. É certo que só se concede liberdade provisória a quem se encontra preso. E se o dispositivo prevê que nas hipóteses ali elencadas não se concederá liberdade provisória ao preso, evidentemente apresenta nova hipótese de cabimento condicionada, isto é, na senda de que será possível a prisão cautelar do agressor, independentemente das previsões do art. 313 do CPP, nos casos em que a infração penal (seja ela, aqui, crime ou contravenção) envolver *violência doméstica e familiar contra a mulher*, e a liberdade do autor do fato *representar risco à integridade física da ofendida*.

Vale ver que o dispositivo, neste caso, autoriza a manutenção da segregação do agente, seja na hipótese de *representar risco à integridade física da ofendida*, ou *a fim de garantir a efetividade de medida protetiva de urgência*. Portanto, se está diante de uma conjunção alternativa.

Faz-se prudente salientar que enquanto o art. 313, inciso III, do CPP trata da necessidade da prisão para garantia da execução da medida protetiva de urgência (o que pressupõe uma medida em vigor, já aplicada; somente se executa o provimento que já existe), a Lei 11.340/06 traz regra mais benéfica aos direitos fundamentais da vítima, o que é constitucional, e prevê que não se deferirá liberdade ao preso autor de infração penal envolta por violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos da lei especial de regência, quando a prisão for necessária à efetividade da medida protetiva de urgência, donde se conclui que não se exige que as medidas protetivas já tenham sido impostas anteriormente (diversamente do art. 313, inciso III, do CPP), podendo ser aplicadas em prol da vítima na mesma decisão que decretar a preventiva, por exemplo.

Noutras palavras, penso que a prisão preventiva e as medidas protetivas de urgência, pela dicção do § 2º do art. 12-C da Lei 11.340/06 podem ser impostas concomitantemente, no caso concreto, quando o juiz avaliar que as medidas protetivas, *de per se*, não serão suficientemente garantidoras à ofendida isoladamente. É o caso, por exemplo, de existir a restrição decorrente das medidas protetivas de urgência, e configurar o crime previsto no art. 24-A da Lei 11.340/06, para a hipótese de o agressor preso se evadir do estabelecimento penitenciário e violar as medidas protetivas aplicadas. Nem se alegue, portanto, que a imposição concomitante das medidas protetivas com a prisão cautelar é providência que estaria destituída de objeto.

A prisão preventiva e as medidas protetivas de urgência podem ser impostas concomitantemente quando o juiz avaliar que as medidas protetivas não serão suficientemente garantidoras

Não bastasse, ainda vejo que esta interpretação é a que melhor se conforma com a previsão contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, para o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esse mesmo entendimento era defendido por este autor, de longa data, quando firmei posição no sentido de que antes mesmo do art. 24-A da Lei 11.340/06, o descumprimento, pelo agente, de medidas protetivas de urgência configurava sim a infração penal comum prevista no art. 330, *caput*, do CP (desobediência).

Ora, com a devida *venia*, todas as elementares do crime previsto no art. 330, *caput*, do CP estariam reunidas quando o agente deliberadamente descumpria as medidas protetivas de urgência (na verdade, quaisquer delas), e o fato de existir na legislação outras providências legais, como a imposição de mecanismos mais severos, ou mesmo a prisão, não tem o condão de afastar o crime. Basta ver que não se trata de causa de exclusão do crime, ou mesmo da culpabilidade. Ou o criminoso, por exemplo, deixa de praticar crime tributário se presentes as elementares do tipo pelo fato de ter sido multado pela Receita Federal do Brasil?

Prosseguindo, e como tive oportunidade de traçar, assim o fazia, por lição que se amolda à hipótese, de que raciocínio inverso (que infelizmente acabou sendo acolhido pela jurisprudência do STJ³ àquele tempo) não convergia com a Constituição Federal, que em um dos vértices do preceito da razoabilidade traz a chamada *vedação à proteção insuficiente ou deficiente*. Isso porque a incolumidade pessoal da mulher emerge como direito fundamental dela, jungido à dignidade da pessoa humana, e, assim, goza de imediata e máxima efetividade, conhecida como a *maior eficácia possível*. Vale repisar, nos moldes do art. 5º, § 1º, da CF: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A doutrina de Leo Van Holthe (*Direito Constitucional*; 2010) bem apresenta que “as normas constitucionais que consubstanciam os direitos e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88. Reparem que este dispositivo refere-se a todos os direitos fundamentais e não somente aos direitos indi-

viduais e coletivos do art. 5º, evidenciando uma má técnica legislativa, pois o parágrafo está extrapolando os limites do artigo. Ocorre que existem alguns direitos fundamentais, notadamente dentre os direitos sociais, que dependem de uma legislação ulterior para que possam produzir seus efeitos [...], sendo verdadeiras normas constitucionais de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata.”

E arremata o doutrinador que, “diante dessa ‘aparente contradição’, a melhor doutrina aponta como única interpretação possível para essa norma a de que, na aplicação dos direitos fundamentais, deve-lhes ser conferida a maior eficácia possível”. (grifo nosso)

Destarte, penso que a maior eficácia possível do direito fundamental da mulher (objeto da Lei 11.340/06) de não se ver violada em seus direitos fundamentais, incluída a possibilidade de ver e sentir a efetiva tutela de seus direitos em juízo e a presença estatal, decorre da interpretação de que sua proteção reclama ações simultâneas no campo administrativo, civil, *mas também criminal*, ainda que cumuladas, não havendo espaço, portanto, quando se está diante de direito fundamental tão valioso da vítima (sua incolumidade pessoal, incluída a integridade física e psicológica), para que se invoque a intervenção mínima.

Não é dado ao Estado transacionar com a dignidade do ser humano, especialmente da vítima, nem mesmo à jurisprudência criar posição francamente incompatível com a Constituição Federal, como se via antes do art. 24-A da lei de regência, com o entendimento de que a violação, pelo agressor, de medidas protetivas de urgência era um simples indiferente penal.

Sempre defendi que a desobediência, notadamente quando acompanhada por outros crimes, não poderia ser reputada um fato atípico, ou um indiferente penal, conclusão que se revelaria mais um açoite na vítima, além de uma verdadeira *janela quebrada* para o infrator, nele incutindo a percepção de que poderá prosseguir nas violações jurídicas, cada vez de maneira mais acentuada, sem que haja consequência ou efetividade na remoção do ilícito, que é um dever do Estado-juiz, e não mera faculdade.

Daí compreendo que não há vedação legal e, ao contrário, a lei fundamental recomenda que no campo da violência doméstica e fa-

miliar contra a mulher é válida a imposição de todos os mecanismos jurídicos aptos à garantia de seus direitos fundamentais (da mulher), ainda que cumulativamente, sem que haja qualquer violação aos direitos fundamentais do agressor ou ao princípio acusatório.

Atualmente, a própria Lei 11.340/06 parece apontar para esta senda, rompendo a antiga posição do conspícuo STJ, prevendo no art. 24-A, § 3º, que “o disposto neste artigo *não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis*”. (grifo nosso)

Inexiste, portanto, fundamento válido que impeça a conclusão firmada pelo autor nesta ocasião, na linha de que o § 2º do art. 12-C da Lei Maria da Penha permite a imposição paralela de medidas protetivas de urgência e da segregação cautelar, se o juiz verificar que apenas aquelas não são suficientes na situação que se apresenta.

Logo, a despeito de não divisar doutrina e jurisprudência tratando deste ponto em específico, até porque não se pode antever os casos que concretamente serão postos a julgamento, firmo minha posição no sentido de que o art. 12-C, § 2º, da Lei 11.340/06 traz hipótese de cabimento especial para a prisão cautelar, externa àquelas previstas no art. 313 do CPP (que apresenta um rol exemplificativo), sem prejuízo de que outras situações sejam trazidas na legislação esparsa.

E na hipótese vigora o preceito de que lei geral não derroga a especial, e sim o inverso, ou seja, *lex specialis derogat generalis* (lei especial derroga geral).

Com isso quero dizer que as inovações trazidas sobre a prisão preventiva ao âmbito processual penal com a Lei 13.964/19 não atingem a previsão especial elencada no art. 12-C, § 2º, *c/c* art. 20, *caput*, da Lei 11.340/06, por força da Lei 13.827/19.

Faço este registro para consignar que, com esta óptica, sequer o permissivo de “ofício” constante no art. 20, *caput*, da Lei 11.340/06 fora atingido pela Lei 13.964/19, que inseriu profundas alterações no CPP sobre o assunto (prisão), pelo que *nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher* ainda se mostra possível a decretação da prisão preventiva pelo juiz, *de ofício*, seja na fase da investigação, seja no transcurso da ação penal.

A lei especial, em seu art. 20, assevera que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”. (grifo nosso) E note-se que esta conclusão não decorre apenas da regra *lex specialis derogat generalis*, mas também, e sobretudo, de uma perspectiva constitucional sobre o tema.

Explico, lembrando ponto rapidamente tratado acima. A violência doméstica e familiar contra a mulher, compreendida como violência de gênero, recebe tratamento mais rigoroso na legislação pátria, decorrência lógica do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (aqui compreendida a vítima) e da acentuada violação dos direitos humanos e de personalidade da ofendida. Ou seja, tal qual o preceito acusatório para o acusado, se está diante de direitos fundamentais da mulher, pelo que se impõe a aplicação das regras de ponderação na interpretação (Alexy) – norma princípio –, e não do sistema do “tudo ou nada” – norma regra.

Evoluindo, na hipótese, há justificativa válida, sob o ponto de vista da razoabilidade constitucional tomada em sentido amplo, decorrência da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, ao menos na fase processual da dúvida favorável à vítima e à sociedade, para que sejam privilegiados os direitos humanos da mulher, pelo que o juiz, constatando a presença de quaisquer das hipóteses de cabimento do art. 12-C, § 2º, da Lei 11.340/06, estará legalmente autorizado a decretar a prisão preventiva do agente, fora das hipóteses do art. 313 e incisos do CPP, e aqui até mesmo de ofício (art. 20, *caput*, da Lei Maria da Penha). É lógico, desde que presentes os demais reclamos em sentido amplo (fundamentos e pressupostos da reclusão cautelar).

É prudente frisar que eventual posição de que a possibilidade de “ofício” prevista no art. 20, *caput*, da Lei 11.340/06 fora derogada

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz está autorizado a decretar a prisão preventiva do agente, mesmo que ausentes as hipóteses de cabimento

pela Lei 13.964/19, além de violar o referido preceito *lex specialis derogat generalis*, não encontra suporte na interpretação constitucional para as hipóteses de violência de gênero, nem mesmo na cláusula de vedação ao regresso em sede de direitos humanos, pois se o dispositivo da lei especial alcançou uma garantia mais eficiente na proteção da vítima mulher, não pode outra posterior, sob pena de inconstitucionalidade, tornar a proteção deficiente (vedação à proteção deficiente).

A conclusão que se apresenta, portanto, é que nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz está autorizado a decretar a prisão preventiva do agente (ainda que de ofício, e em qualquer fase da persecução criminal, seja no inquérito, seja na ação penal), mesmo que ausentes as hipóteses de cabimento do art. 313 e incisos do CPP, e desde que presentes os pressupostos e fundamentos, e então, quaisquer das hipóteses de cabimento especiais do art. 12-C, § 2º, da Lei 11.340/06 (alternativamente), quais sejam: a) a liberdade do preso representar risco à integridade da ofendida; ou b) a liberdade do preso representar risco à efetividade de medida protetiva de urgência.

Se é certo que a segregação cautelar se cuida de uma medida extrema, igualmente é certo que, em casos excepcionais, a ordem pública e a incolumidade pessoal da vítima mulher devem se sobrepor sobre a liberdade individual, renovo, e nos casos em que haja risco concreto à ofendida.

Cabe ao intérprete, quando da aplicação da lei, direcionar os olhos na máxima proteção dos direitos e garantias constitucionais, não apenas do acusado, mas também da vítima, diretamente atingida pela prática criminosa.

É antiga a norma, desde quando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro era denominada “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-Lei 4.657/42), que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A prisão, neste país, precisa ser discutida com mais seriedade, e não apenas tratada como um “monstro” violador de direitos fundamentais do acusado, especialmente quando, em processo penal, não

são apenas os direitos fundamentais do autor do fato, investigado, indiciado, denunciado ou acusado que estão envolvidos, senão também os direitos fundamentais da vítima e da sociedade à segurança pública. A interpretação da lei é, portanto, uma tarefa dinâmica, e infelizmente a “prisão” – um mal necessário – se tornou o “patinho feio”, o “bicho papão” da moda no processo penal.

A prisão, sabidamente, também preenche e deve preencher o papel de resposta do Estado à vítima e à sociedade contra ações extremadas daqueles que por ausência de freios sociais ou morais, se em liberdade ou mesmo sob determinação de medidas alternativas, não hesitam em violar direitos penalmente protegidos e tutelados.

Não diferente é a conclusão a respeito da imposição de medidas protetivas de urgência, de ofício, em prol da vítima mulher. Isso porque, na linha do quanto posto acima, as inovações trazidas pela Lei 13.964/19 – como também das que lhe antecederam – não afastaram, por completo, o poder geral de cautela do juiz do processo penal.

Há matérias em relação às quais, ponderados os direitos postos em análise, ainda se permite tal agir, seja pela interpretação constitucional mais adequada – que não viola o preceito acusatório, mas o pondera frente a outros preceitos também constitucionais –, seja decorrência da regra de aplicação da lei especial, que se sobrepõe à geral.

Ora, se o art. 20, *caput*, da Lei 11.340/06, e pelos motivos dantes elencados, constitucionalmente, admite que o juiz, de ofício, decrete a prisão preventiva do agressor – e não há falar em lei geral derogando especial –, ou seja, autoriza o mais, é certo que o magistrado poderá, de ofício, impor o menos, que são as medidas protetivas de urgência. A interpretação das normas há de ser sistemática, e com lastro na lei fundamental, sendo prudente ainda invocar a máxima *in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos).

Mesmo que a nova lei processual buscasse retirar a palavra “de ofício” do art. 20, *caput*, da Lei Maria da Penha, tal inovação, na minha singela óptica, seria inconstitucional, pela vedação ao regresso e à proteção deficiente.

Notas

1. Arthur Cezar Rocha Cazella Júnior. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) – Campus São Miguel (1999/2004). Pós-Graduado, *Lato Sensu*, em Ciências Penais, formação para o magistério, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) (2007/2008). Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná, entre os anos de 2008 a 2010. É Juiz de Direito no Estado do Paraná desde dezembro do ano de 2010. Atualmente titular da Vara Criminal e Anexos do Foro Regional de Nova Esperança, Comarca da Região Metropolitana de Maringá.
2. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
3. AgRg no AREsp n. 1.216.126/MG. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/9/2018.
Recurso Especial n. 1.789.061 – SP (2018/0341244-0). Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

REsp 1.765.579/SP e ponderação: um caso frustrado de motivação racional legal

Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

Juiz de Direito

De lo que no se puede hablar hay que callar².

Resumo: O artigo objetiva analisar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.765.579/SP, em que foram fixados parâmetros para aplicação da técnica da ponderação prevista no artigo 489, § 2º, do CPC/15. Enfatizando a necessidade de que a decisão judicial esteja amparada em argumentação racional e controlável para obtenção de legitimidade, o artigo promove cotejo crítico entre os critérios eleitos pela turma julgadora do REsp e alguns aspectos teóricos da ponderação. Outrossim, são tratados aspectos inerentes ao vício da decisão judicial que não observa os parâmetros fixados pelo STJ e, bem assim, as expressões (pouco clara e dotadas de pluralidade semântica) inseridas na redação do § 2º do art. 489. No decorrer da análise do julgado, são apresentadas algumas hipóteses de trabalho que pretendem demonstrar os desacertos da interpretação lançada pelo STJ, concluindo-se, ao final, que a técnica da ponderação deve ser relegada ao ambiente teórico, não podendo ser adequadamente descrita pelo direito positivo.

I. O caso

A SOCIEDADE BENEFICENTE MUÇULMANA deflagrou ação indenizatória em face de Google Brasil Internet Ltda., por intermédio da qual alegava que, com a hospedagem de vídeos contendo a música “Passarinho do Romano”, disponíveis na página eletrônica do YouTube, eram veiculados conteúdos ofensivos à religião islâmica, em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão, remixadas em canção do gênero *funk*.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, sendo o entendimento ratificado em segundo grau de jurisdição pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que endossou a ponderação realizada pelo juízo *a quo* em relação ao conflito de princípios verificado nos autos no que concerne às liberdades de expressão e religiosa, ambos de alçada constitucional.

Insatisfeita com o resultado, a autora, Sociedade Beneficente Muçulmana, interpôs recursos especial e extraordinário. Ao STJ coube, portanto, analisar a alegação de ofensa aos critérios previstos no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/15, ademais de eventual omissão no acórdão recorrido (art. 1.022 do CPC/15) quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa³.

II. O julgado

Em didático voto da lavra do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma do STJ explicou, quanto à alegação de ofensa ao artigo 489, §§ 1º e 2º, do CPC/15, que o objetivo do art. 489 do CPC é o de concretizar o que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, tornando a decisão judicial dotada de racionalidade e controlabilidade.

Observou o relator que a inclusão no texto normativo da técnica da ponderação para solução de colisão de princípios não alcança unanimidade no ambiente doutrinário; ao contrário, há posicionamentos teóri-

cos variando desde a sua completa aceitação e enlevo até a inconstitucionalidade. Ainda assim, parece-lhe, com amparo em ensinamento de Fredie Didier, que a regra objetiva orientar como o julgador deve agir e determinar um conteúdo mínimo da decisão, de sorte que, a despeito da “ausência de clareza legislativa acerca de como e em quais casos deve ser utilizada a ponderação”, pode-se entender que o § 2º do art. 489 traz à lume

uma diretriz que exige do juiz que justifique a técnica utilizada para superar o conflito normativo, não o dispensando do dever de fundamentação, mas, antes, reforçando as demais disposições correlatas no Novo Código, tais como as dos arts. 10, 11, 489, § 1º, e 927⁴.

Ao fim e a cabo, a Turma propõe, de maneira objetiva, os seguintes entendimentos a respeito do tema: i) O § 2º do art. 489 do CPC/15 apenas estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação, sem afastar outros critérios de resolução de antinomias; o objetivo da norma é garantir racionalidade e controlabilidade da decisão judicial. ii) Somente se verificará nulidade na decisão por violação ao § 2º do art. 489 do CPC/15 se e na medida em que “não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador”. iii) O exame de validade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar também o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, ambos do CPC/15, de sorte que deve ser interpretada como um todo unitário e de acordo com a boa-fé, não se podendo pronunciar a nulidade quando não houver prejuízo à parte que o alegue, ou quando o mérito não puder ser decidido a favor da parte a quem o aproveite. iv) Em recurso especial, o exame da revisão do mérito da técnica da ponderação reclama a indicação de violação à matéria infraconstitucional. v) O mérito, em si, da ponderação, isto é, a “correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem”, é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por envolver tema de índole constitucional.

III. Análise

Em primeiro lugar, não posso deixar de consignar que andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar o tema da incidência do § 2º do art. 489 do CPC/15. A questão envolve iterativas críticas e apontamentos em sede teórica⁵ e, em seu cerne, reflete aspecto fundamental da investida do poder estatal no ambiente da tutela de direitos de índole constitucional, em especial às liberdades públicas e direitos fundamentais. Os direitos envolvidos no caso em tema (liberdade de expressão e religiosa) revelam pretensão de não profanação por agentes públicos ou privados, o que torna a situação da ponderação judicial de ainda mais acentuada complexidade. Dessa forma, reconhecer a existência da problemática e a inexistência de confluência na dicção dos teóricos que examinam o assunto já foi de grande valia.

No mesmo cariz, a metodologia adotada pelo julgador também deve ser aplaudida. Após explicitar o aspecto teórico da controvérsia e o seu efeito prático, o relator concluiu, de maneira objetiva e clara, com os entendimentos perfilhados a respeito do tema e que servirão de orientação para futuras decisões nas mais diversas instâncias.

A despeito, contudo, da clareza metodológica e da didática abordagem do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, algumas observações não prescindem de ser lançadas, o que farei de maneira articulada e à moda de hipóteses de trabalho, a fim de que possam ser mais facilmente expostas. Ressalto, entretanto, que todas as hipóteses estão imbricadas entre si e em relação aos demais pontos expostos pelo relator.

a) Decisão judicial reconhecidamente motivada não é suficiente para que se alcance legitimidade argumentativa; deve-se esperar uma motivação racional para tanto

Douglas N. Walton e Erik C.W. Krabbe, em interessante livro denominado “*Argumentación y Normatividad Dialógica*”, apresentam, com amparo nos sistemas dialéticos de Hamblin e na lógica formal dialógica de Paul Lorenzen, que as regras de ação pressupõem a assunção de com-

promissos que podem ser de ação ou proposicionais. Aqueles denotam imperatividade, ao passo que estes indicam o mínimo de conteúdo a partir do qual alguém se compromete seriamente a algo. Exemplos para facilitar: i) compromisso de ação: comprometo-me a decidir, na função de julgador; ii) compromisso proposicional, enquanto juiz: devo julgar de maneira legitimamente racional e fundamentada⁶.

A distinção é obviamente muito mais rica e complexa do que este único parágrafo poderia sugerir ou explicar, mas, por ora, importa destacar que com a necessidade de que a linguagem judicial seja reflexo não apenas de subjetivismos, ou fruto de individualidades, a faceta judicial de atuação estatal assume, para se legitimar, compromisso proposicional de explicitar a racionalidade das suas manifestações decisórias, o que garantirá a controlabilidade a que corretamente faz referência o relator. Novamente exemplifico, a fim de aclarar: decisão que adjudique o pedido inaugural com base na boa-fé atende ao compromisso para a ação, mas é insuficiente para garantir legitimidade-argumentativa e, por isso, avocar para si de maneira compatível com a missão constitucional do Poder Judiciário a competência para produzir regras de ação (direcionadas ao destinatário do serviço judicial) derivadas de normas jurídicas. Agora, se a decisão adjudicar o pedido com base na boa-fé e explicitar o que entende como tal e, ainda, qual a sua correlação com o caso concreto, aí sim estará se desincumbindo do compromisso proposicional de decidir de maneira racional e, com isso, viabilizar a controlabilidade do provimento decisório. Estará, enfim, garantindo a possibilidade de diálogo entre cidadão e o Estado, por intermédio da decisão judicial, ademais do desafio de seus fundamentos às instâncias recursais⁷. Isso garantirá estabilidade ao sistema judicial e previsibilidade aos destinatários últimos das decisões⁸.

Neste ponto, ao meu modo de ver, reside uma das erronias na equivocada, dramática e absolutamente inadequada inclusão da técnica da

Decisão que adjudique o pedido inaugural com base na boa-fé atende ao compromisso para a ação, mas é insuficiente para garantir legitimidade-argumentativa

ponderação no ambiente normativo do CPC/15. Ao sugerir a utilização da ponderação como técnica de solução de antinomias normativas (aqui independentemente de se tratarem de regras ou princípios), a legislação criou uma situação em que, sob o ponto de vista do direito positivo, dificilmente o Poder Judiciário poderá se desincumbir de explicitar o compromisso proposicional de decidir com racionalidade a partir de uma concepção dialógica da motivação.

Pouco ou nada adianta haver a indicação da utilização da ponderação como técnica processual para solução de antinomias normativas se não se sabe o que e qual o limite do que se estará facultando o julgador a utilizar

Ademais da discussão acerca do acerto da utilização da técnica da ponderação, que não é diminuta, diga-se de passagem⁹, também não se encontra pacificado – e não se encontrará, jamais – no que a ponderação consiste, quais os seus critérios, metodologia, forma(s) de aplicação, critério(s) de desafio e contraste etc. Simplesmente há sugestões em diversos campos, desde teóricos até pragmáticos, o que, em verdade, acaba por ensejar a aplicação de uma ponderação sempre *ad hoc*, episódica, inédita e individual para o caso.

Alexander Aleinikoff, a este respeito, ressaltou em interessante trabalho que a ponderação *ad hoc* se diferencia da definitiva e se afigura inadequado tomar uma pela outra, inclusive e principalmente porque não se sabe se a ponderação se restringe ao embate *i)* princípios constitucionais Vs. princípios constitucionais; *ii)* princípios constitucionais Vs. interesses de Estado; *iii)* princípios constitucionais Vs. interesses de indivíduos; ou outros de diversas naturezas¹⁰.

Dessa forma, pouco ou nada adianta haver a indicação da utilização da ponderação como técnica processual para solução de antinomias normativas se não se sabe o que e qual o limite do que se estará facultando o julgador a utilizar. O aporte que o julgador deverá se valer para utilizar a técnica da ponderação – se é que a entenderá correta – é teórico e, portanto, jamais poderia estar indicado no texto

legal. É desnecessário, desinfluyente e, pior, nocivo mencioná-lo em texto legal positivado, porque pode acabar por gerar arbítrio, com a utilização da ponderação em sede judicial enquanto forma de que o julgado se desincumba do compromisso para ação, olvidando-se que deve ainda consagrar com a sua decisão o compromisso proposicional que assumiu para garantir racionalidade, controlabilidade e, no fim da linha, legitimidade na decisão judicial.

Ao utilizar expressões como “critérios gerais da ponderação realizada”, ou “razões que autorizam a interferência na norma afastada”, a lei não estabelece coisa alguma¹¹. Critérios gerais não mencionados expressamente, ou que deixam de indicar a eventual existência de critérios específicos, não ajudam no esclarecimento do entendimento adotado pelo julgador, da mesma forma que invocar as razões, cuja especificidade não se sabe e que encontra limites jurídicos, tampouco indica qualquer tipo de diretriz minimamente segura a embasar a utilização da técnica da ponderação.

Um exemplo novamente auxiliará. Utilizando-me da ponderação, decido, enunciando critérios gerais de aplicação da ponderação que compreendo como atrelados à segurança, que situações fáticas demonstráveis através de crescente escalada da violência que o país possa estar vivendo se justificam enquanto razão apta a relativizar de maneira progressiva o princípio da presunção de inocência. O critério fático poderá ser utilizado para relativizar um direito fundamental? Acaso positivo, de que modo e a partir de quais limites? Existiria alguma forma de desafiar o entendimento a partir da compreensão da ideia de ponderação válida?

O STJ não responde aos questionamentos, relegando ao Supremo Tribunal Federal a análise do cerne da ponderação efetuada, endossando como válida a utilização da técnica da ponderação apenas através da aferição do preenchimento fático dos elementos jurídico-semânticos previstos no texto do § 2º do art. 489 do CPC/2015.

Portanto, a análise que o STJ fará se resumirá a verificar se existiu algum (*qualquer um*) preenchimento fático dos imprecisos critérios previstos pela norma, abstendo-se de realizar qualquer análise de conteúdo, o que relegou ao STF; ou, por outro lado, invadirá a compe-

tência do STF, dirá no que consiste a técnica da ponderação e os seus critérios previstos na norma e, assim agindo, atuará em alçada que não lhe cabe.

b) A invalidade decorrente da decisão que deixar de aplicar racionalmente a técnica da ponderação não decorre da violação aos critérios semânticos contidos no § 2º do art. 489 do CPC/2015, porque deles nada advém (*ex nihilo nil fit*), mas porque a decisão que utiliza a ponderação não deixa clara a racionalidade argumentativa

Nesse ponto, em que pese o julgado se apresente muito bem estruturado, não logra salvar o texto legal ao salientar que *i*) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias; ou que *ii*) apenas se configurará a nulidade por violação ao § 2º do art. 489 do CPC/2015 se não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária e de que forma se estruturou o juízo valorativo.

Expressões como “critérios gerais da ponderação”, “razões que autorizam a interferência”, ou até mesmo “colisão entre normas” são de extrema deficiência semântica e não permitem concluir coisa alguma a partir dos critérios vagos que são utilizados. Em verdade, mais lembram o céu dos conceitos jurídicos indeterminados mencionados outrora por Ihering¹² do que propriamente diretrizes conceituais aptas ao esclarecimento do que se destinam a reger.

Precisamente porque do nada nada surge, tampouco se pode obter legitimidade argumentativa decorrente da utilização de termos vagos e imprecisos, em cujo campo de definição semântica tudo ou quase tudo caiba de maneira conforme. Posso, por exemplo, valer-me de razões fáticas, religiosas, antropológicas, filosóficas, epistemológicas ou de qualquer outra natureza para entender que está presente uma “razão” (não definida) que autoriza a interferência na norma afastada. Da mesma maneira, estou livre para entender quais são os critérios gerais da

ponderação, uma vez que a lei não os define. E, por fim, no que toca à colisão entre normas, destaco a pluralidade semântica dos conceitos “regra” e “colisão”, de difícil, senão inviável, definição no ambiente da incidência do malfadado parágrafo.

Dessa forma, entender que a invalidade da decisão que utilize a técnica da ponderação está atrelada à observância ou não dos conceitos definidos pela legislação resulta, sob o ponto de vista prático, em afastar a possibilidade do reconhecimento da invalidade lastreada pelo fundamento utilizado. *Dito de outro modo*: se as expressões utilizadas pela lei são amplas o bastante de maneira a que qualquer definição semântica caiba em seu conteúdo, revela-se inviável reconhecer a invalidade da decisão que as utilize, explicitando a sua maneira de vê-las e interpretá-las, ou seja, o seu modo de ver e interpretar os “critérios gerais”, as “razões que autorizam a interferência” ou, ainda, “a colisão” e a ideia de “normas”.

Compreendo que a invalidade da decisão não pode advir da inobservância dos mencionados e imprecisos critérios, mas da utilização pessoalizada da ponderação, desprovida de qualquer traço de explicitação teórica do que se trata, vazia de conteúdo, mencionada à moda de abracadabra, capaz de alterar, de um só turno, os quadrantes fático e jurídico sem explicitar um mínimo sequer de razões admissíveis que se prestem a que o decisor se desincumba de comprovar estar cumprindo o compromisso proposicional a que se aferrou para produzir uma decisão legítima, racional e controlável.

A ponderação não é uma escusa argumentativa, uma varinha de condão capaz de, a um movimento, viabilizar um salto dedutivo entre algo que se aponta juridicamente conflituoso e a compreensão do resultado judicial da análise da controvérsia. Mencioná-la sem explicitar suas razões – não as razões da lei, que são genéricas e imprestáveis

A ponderação não é uma escusa argumentativa, uma varinha de condão capaz de, a um movimento, viabilizar um salto dedutivo entre algo que se aponta juridicamente conflituoso e a compreensão do resultado judicial da análise da controvérsia

– equivale, em tudo e por tudo, a que a decisão se transforme em um ato de puro e livre arbítrio, adjudicando um direito ou deixando de fazê-lo apenas com base na autoridade de que se reveste o prolator, que, assim agindo, se insere no mais inalcançável e olímpico espaço oracular de dicção do direito e manejo da vida alheia, ao invés de um falante inserido no contexto dialógico de aferição das agruras sociais e a sua correspondência jurídica.

A invalidade de sua utilização, portanto, não decorre, ou deve decorrer, da conformidade ou não com os imprecisos termos utilizados pela legislação que imprpropriamente investiu em uma seara que não lhe cabe, mas da ausência, ou deficiência, na exposição da metodologia sintática ou semântica utilizada pelo julgador para compreender por qual motivo, de que modo, por qual meio e com base em que *i)* um princípio teve, total ou parcialmente, que ceder em vista da aplicação de outro ou, ainda, *ii)* por que os dois não podem atuar em conjunto.

c) A nulidade decorrente da inobservância de critérios racionais oriundos da aplicação da técnica da ponderação não pode ser relativa e, bem por isso, tampouco suprida pela possibilidade de o mérito ser decidido a favor de quem aproveite; ao contrário, resulta absoluta e incapaz de convalidação, porque decorrente da inobservância do compromisso racional-argumentativo assumido para legitimação das decisões judiciais na atual conformação do estado democrático de direito

A decisão proferida pelo STJ menciona como entendimento fixado que não se pronunciará nulidade quando não houver prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite. As duas circunstâncias mencionadas pela decisão não viabilizam, a meu sentir, a convalidação do provimento judicial decisório que não se encontre dotado de racionalidade jurídico-argumentativa. E a explicação para este posicionamento decorre da própria formatação do estado democrático de direito, que, tendo assumido

compromissos inerentes à não arbitrariedade na prolação de seus atos, tampouco pode admitir que uma decisão que se encontre em paralelo, totalmente refratária, à possibilidade de controlabilidade possa ao final ser convalidada pela ausência de impugnação ou resultado final da testilha.

Trata-se, como sói parecer óbvio, de vício que acoima a própria natureza do provimento judicial enquanto ato estatal revestido de legitimidade. Proferir uma decisão que, atuando de maneira direta e frontal na ordem constitucional, seja produto de valoração subjetiva ao ponto de não permitir contraste dialógico-argumentativo sugere a admissão de atos estatais produzidos à conta de preferências particulares, subjetivismos descontrolados e apreciações autoritárias.

O vício da decisão, porque atinge o âmago da função legitimadora da parcela do Estado que atua na análise de conformação das realidades concretas às estruturas normativas produzidas, não pode ser outra senão a invalidade absoluta, a reclamar reconhecimento *ex officio* e imediata sustação, sob pena de se permitir que a força normativa da Constituição seja por si e de acordo com critérios irracionais (no sentido de irracionalidade-argumentativa) moldada e ajustada às escolhas *ad hoc*, individuais e preferentes da cada agente decisor que, ao sabor do momento e de acordo com os seus indevassáveis critérios de escolha individual, entenda prevalentes.

Discordo, dessa forma, da orientação sugerida e fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao entender que a nulidade por violação do contido no § 2º do art. 489 revela natureza relativa, podendo ser sanada nas situações que especifica. De fora parte a questão da violação aos critérios semânticos contidos no parágrafo mencionado, o que já foi tratado anteriormente, e considerando que a manutenção de decisão que se não se ajuste aos moldes racionais-argumentativos capazes de legitimar a atuação estatal decisória poderá consubstanciar

A decisão proferida pelo STJ menciona como entendimento fixado que não se pronunciará nulidade quando não houver prejuízo à parte que o alega

verdadeira implosão do sistema jurídico que se pretende dialógico, não reputo viável qualquer tipo de sanação, quer condicionada à arguição pela parte interessada, que não pode ser outra que não o próprio Estado, quer condicionado ao resultado final da contenda, que, igualmente, não viabiliza que se tome os meios pelos fins.

d) A unidade da sentença e a boa-fé podem ser observadas como critérios indicativos de racionalidade para aplicação da técnica da ponderação, mas figuram apenas como possibilidades, sem qualquer vinculação com exame de validade

Por fim, para os objetivos deste estudo, o STJ mencionou que o exame de validade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o contido nos artigos 282 e 489, § 3º, do CPC/2015.

A indicação da boa-fé e da unidade da sentença como critérios aptos a incrementar o nível de racionalidade da decisão, que utilize ou não a técnica da ponderação, é útil se e na medida em que estes critérios, sobretudo a boa-fé, sejam também explicitados à suficiência para permitir a compreensão do conteúdo argumentativo sobre o qual se funda a decisão contestada. Entretanto, fazê-los inserir no contexto do exame de validade da decisão que utilize a técnica da ponderação não parece adequado, porque, uma vez mais, a ponderação não se atém à disciplina legal processual de regência para que possa ser compreendida de maneira literal, sistemática, ou sob qualquer outro meio ou metodologia interpretativa. Ao contrário, trata-se de técnica haurida, esquadrinhada e trabalhada em seara teórica, que apresenta diversas feições, maneiras e modos de compreensão, utilizando-se ou não da boa-fé ou da ideia unitária da decisão.

Compreender uma coisa atrelada a outra, vale repisar, a interpretação sistemática da técnica da ponderação e o seu correspondente exame de validade jurídica à metodologia pela qual possa vir a ser utilizada no quadrante decisório, equivaleria a equiparar coisas absolutamente diversas, sem qualquer ponto de toque ou fio condutor comum.

Atrelar a validade da técnica da ponderação ao exame do todo unitário da decisão, como se a conjugação de todos os seus elementos aliás pudesse salvar a irracionalidade como produto de decisão que não exponha a compreensão de ponderação para o debate axiológico-argumentativo, não tem razão de ser e, ademais, pode embasar a compreensão segundo a qual a decisão que não tenha operado no nível da racionalidade possa ser salva pela boa-fé do seu prolator, o que subverteria ainda mais o sistema de argumentos racionais que se espera do exercício da jurisdição.

IV. Conclusão

Definitivamente, conquanto o STJ tenha laborado de maneira elogiosa ao esquadrihar a controvérsia que gira em torno da incidência do § 2º do artigo 489 do CPC/2015, apresentando decisão didática e ao final externando diversas premissas fixadas, que decerto serão úteis para compreensão do tema, insisto que a legislação processual obrou em absoluto equívoco ao incluir o § 2º no artigo 489, que, por encontrar na teoria a sua adequada conformação, não poderia, jamais, estar contido no texto legal, para o qual não há salvação possível.

Certamente, faltou ao legislador, ao momento da elaboração do CPC/2015, ler e compreender a parte final do *Tractatus Logico-philosophicus* de Wittgenstein na parte mencionada em epígrafe e ora repetida, em tradução livre: “Do que não se pode falar, deve-se calar”.

Notas

1. Tiago Gagliano Pinto Alberto. Pós-doutor em Psicologia cognitiva pela PUCRS. Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e pela Universidad de León/ES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor de pós-graduação e graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Juiz de Direito. Email: tiagogagliano@hotmail.com.

2. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Traducción publicada por Toutledge. Madrid: Alianza editorial, 2015, p. 145.
3. A íntegra do Julgado encontra-se disponível em https://ww2.stj.jus.br/proceso/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787612&nun_registro=201702953617&data=20190212&formato=PDF. Acesso em 01 abr. de 2019.
4. Julgado citado, p. 14.
5. Neste sentido, entre muitos outros: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El derecho y sus circunstancias, nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
6. Os exemplos não são dos Autores citados, mas de minha responsabilidade. WALTON, Douglas N.; KRABBE, Erik C.W. *Argumentación y normatividad dialógica. Compromisos y razonamiento interpersonal*. Traducción de Cristián Santibáñez Yáñez. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 33-56.
7. Há extensa literatura versando sobre a legitimação argumentativo-decisória e o tema é explorado sob diversas facetas. A escolha do texto, a partir de Walton e Krabbe, consiste em uma das possibilidades de acesso à temática. Outras, no entanto, poderiam ser as abordagens, a partir, por exemplo e sem prejuízo da importância de outros autores, dos seguintes marcos teóricos: ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: editorial Trotta, 2016, para uma abordagem da argumentação a partir de critérios sintáticos, semânticos e pragmáticos. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do Discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: GEN – editora Forense, 2011, para uma abordagem a partir de constitucionalismo discursivo. AMADO, Juan Antonio García. *La interpretación de la norma Constitucional*. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 2. Febrero 2004, para uma análise positivista-analítica. TOULMIN, Stephen E. *Toulmin. Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, para abordagem mais dialética; e, finalmente, PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2. ed. e PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, para uma abordagem mais correlacionada com a lógica informal e dialética; e, finalmente: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Corado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, para exame mais pós-positivista do tema.
8. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
9. Interessante estudo sobre o tema pode ser haurido da seguinte obra: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Na obra, a meu sentir uma das mais completas atinentes ao tema, há uma parte especificamente direcionada aos critérios alternativos à proporcionalidade (p. 254-492), o que pode dar uma dimensão da problemática em que se envolveu a legislação processual brasileira ao eleger esta técnica como preferencial, à míngua de maiores esclarecimentos legais.

10. ALEINIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción de Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra editores, 2010.
11. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A ponderação judicial no novo CPC: ouro-dos-tolos? In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Temas de argumentação jurídica: teoria da decisão judicial, justiça e cotidiano*. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016, p. 349-354.
12. IHERING, Rudolf Von. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015.

Referências

- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A ponderação judicial no novo CPC: ouro-dos-tolos? In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Temas de argumentação jurídica: teoria da decisão judicial, Justiça e cotidiano*. Florianópolis: editora Empório do direito, 2016.
- ALEINIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción de Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra editores, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do Discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: GEN – editora Forense, 2011.
- AMADO, Juan Antonio García. *El derecho y sus circunstancias, Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- AMADO, Juan Antonio García. La interpretación de la norma Constitucional. *Revista Jurídica de Castilla y León*. n. 2. Febrero 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: editorial Trotta, 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.765.579 – SP (2017/0295361-7). Recorrente: Sociedade Beneficente Muçulmana. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2019. Dje. Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=17>>

- 87612&num_registro=201702953617&data=20190212&formato=PDF>. Acesso em: 01 abr. 2019.
- IHERING, Rudolf Von. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Corado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2. ed.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- TOULMIN, Stephen E. Toulmin. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WALTON, Douglas N.; KRABBE, Erik C.W. *Argumentación y normatividad dialógica. Compromisos y razonamiento interpersonal*. Traducción de Cristián Santibáñez Yáñez. Lima: Palestra Editores, 2017.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Traducción publicada por Toutledge. Madrid: Alianza editorial, 2015.

Considerações sobre o instituto jurídico da desapropriação direta e indireta

Gabriel Cavalcante Cortez¹

Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Maria Júlia Scherlowski Rosa²

Especialista em Direito Empresarial pela UEL

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo tecer breves considerações a respeito do instituto jurídico da desapropriação e suas modalidades direta e indireta. Analisam-se as disposições materiais comuns a ambas e a disciplina legislativa constitucional e infralegal. Após, cuida-se da verificação da desapropriação direta, seus requisitos e procedimento específico previsto no Decreto-lei 3.365/41, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Logo mais, perquire-se a desapropriação indireta, suas características e procedimento. Apresentam-se junto às exposições dos institutos os atuais entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Através do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica de legislação, doutrina e jurisprudência, tem-se que a desapropriação em sua dupla modalidade representa a manifestação do Poder Público em decorrência das necessidades públicas, cumprindo com a determinação do princípio da supremacia do interesse público.

1. Introdução

A DESAPROPRIAÇÃO É UM INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO que consiste na tomada da propriedade particular pelo poder público, tendo em vista a destinação para fins de necessidade e utilidade pública.

Observa-se que constantemente a administração pública promove atos visando a aquisição da propriedade individual em benefício da sociedade. Não se discute a razão ou a pertinência da medida, pois uma vez manifestada a vontade do ente público por meio de decreto ou lei, cabe ao particular aceitar o valor da indenização ofertada ou impugná-la por meio judicial.

Frisa-se a importância de conhecimento das modalidades desapropriatórias, as peculiaridades de cada uma delas e o procedimento administrativo e judicial, para que a atuação da entidade pública e também o resguardo do sujeito desapropriado sejam respeitados com a ponderação da justiça.

2. Desapropriação direta

A desapropriação administrativa é instituto jurídico de direito constitucional-administrativo que consiste na intervenção do Estado sobre o patrimônio particular de modo incisivo, em prol do princípio da supremacia do interesse público. Em contrapartida, o poder público oferece como pagamento ao particular a quantia referente ao valor venal do imóvel, ou aquele obtido mediante prova pericial no seio do processo judicial, e assim homologado pelo magistrado.

Diverge da desapropriação privada, prevista no art. 1.228, § 4º, da Lei 10.406/02 (Código Civil), na qual um grupo de pessoas que tenha realizado obras de interesse social e econômico relevantes, de modo ininterrupto e com boa-fé, poderão exigir em juízo tal aquisição originária da propriedade, como a usucapião.

O Código Civil estabelece que o possuidor direto ou o proprietário pode ser privado da coisa em atenção ao interesse social, utilidade pública ou perigo público iminente, conforme art. 1.228, § 3º. Uma

das maneiras de perda da propriedade da coisa dá-se através da desapropriação, a qual constitui-se com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão que assim constituir e condenar, consoante art. 1.275, V, do Código Civil.

A desapropriação direta apresenta características opostas de outra modalidade de aquisição da propriedade particular pelo poder público: a expropriação. Nesta, conhecida também como desapropriação-sanção, as condutas do particular vão em sentido contrário à função social da propriedade e, ainda que notificado para regularizar a gestão sobre a coisa, não o faz. Diante de tal situação a administração pública imite-se na posse direta do imóvel sem oferecer o pagamento de indenização, em decorrência das atitudes intolerantes do particular. Ocorre por meio de “situações de desapropriação-sanção, como na desapropriação confisco (expropriação)³, na desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana⁴ e na desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária⁵” (BALTAR NETO; TORRES, 2015, p. 525). Nesse caso, o pagamento poderá ser realizado através de requisição de pequeno valor (RPV), precatório de natureza não-alimentar ou por meio de títulos da dívida pública, conforme art. 182, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Cumprе salientar que a desapropriação possui amparo no texto constitucional, junto ao rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, XXIV, da CRFB/1988⁶. A competência para legislar sobre quaisquer procedimentos relativos à desapropriação é privativamente da União Federal, em atenção ao art. 22, II, da constituição cidadã, sob pena de inconstitucionalidade da norma editada por outro ente federativo.

A respeito da competência material para declarar e realizar a desapropriação, em regra é ela conferida aos entes federativos, que

O agente administrativo de órgãos da administração indireta está vedado de realizar atos deste espeque, sob pena de nulidade do ato administrativo

poderão destinar os bens para si ou para a administração indireta, por meio de decreto emanado do Poder Executivo ou de lei aprovada pelo Legislativo. Todavia, há exceções à regra. Sob este prisma é o magistério de Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2015, p. 529):

É possível que a Lei atribua tal competência (de declarar a desapropriação) a outras entidades, tal como ocorre com a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Conforme a Lei n. 9.074/95, a ANEEL pode declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Neste cariz, somente a lei pode promover exceções à competência material para fins de desapropriação. O agente administrativo de órgãos da administração indireta está vedado de realizar atos deste espeque, sob pena de nulidade do ato administrativo.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) também está autorizado a promover desapropriações “somente quanto a desapropriações relacionadas à implantação do Sistema Federal de Viação (art. 82, IX, da Lei n. 10.233/2001)” (MAZZA, 2018, p. 1.037).

O particular que tem a propriedade de seu bem, mormente imóvel, transferido compulsoriamente ao Estado possui o direito de receber prévia e justa indenização em dinheiro referente ao valor atribuído ao imóvel, nos dizeres do art. 182, § 3º, da CRFB/1988.

Havendo condôminos sobre o imóvel, a indenização será paga por meio de distribuição *pro rata*, isto é, proporcional à parte de cada um dos coproprietários, segundo art. 1.358 do Código Civil.

Por ser instituto jurídico e estar associado ao interesse público, houve a necessidade de disciplinar o direito material e aspectos processuais referente à desapropriação. Tais disposições estão contidas no Decreto-lei 3.365/41 e no Decreto-lei 62.504/68, neste para fins rurais.

2.1 Procedimento

A desapropriação direta possui duas grandes fases: a declaratória e a executória.

Durante a fase declaratória, puramente administrativa, a administração pública manifesta seu interesse na aquisição de determinado bem imóvel, por meio de decreto do Poder Executivo⁷ ou lei do Poder Legislativo, valendo-se dos princípios da legalidade e publicidade (art. 37, CRFB/1988). Órgãos da administração indireta ou órgãos delegados não possuem legitimidade para promoverem a desapropriação.

Por meio deste ato administrativo instaura-se um regime jurídico diferenciado, o qual declara o sujeito ativo e passivo da relação jurídica administrativa; o enquadramento da modalidade desapropriatória; a destinação almejada do imóvel; a determinação com exatidão do estado da coisa para apuração da quantia a título de indenização ao proprietário, “de modo que benfeitorias voluptuárias construídas após a data do decreto não serão incorporadas ao ‘quantum’ da indenização. Já no caso de benfeitorias necessárias, seu custo deve ser incorporado à indenização, ao passo que as benfeitorias úteis, para incorporação ao preço, devem ser expressamente autorizadas pelo poder expropriante” (MAZZA, 2018, p. 1.057). Além disso, a partir deste momento o Estado possui o direito de penetração: através de notificação prévia, pode ingressar no bem para realizar medições – imissão precária na posse direta, segundo o art. 7º do Decreto-Lei 3.365/41.

A Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal (STF) permite a concessão de licença para realização de obra no imóvel, mesmo após a expedição do decreto, mas o valor da obra posterior não se incluirá na indenização quando a desapropriação for efetivada.

Há o início da contagem do prazo de caducidade, sendo atribuído cinco anos para desapropriações por necessidade ou utilidade pública e dois anos para desapropriação por interesse social. Em ambos os prazos o marco inicial vale-se da publicação do decreto ou da lei autorizando a desapropriação.

Na sequência inicia-se a fase executória, que se divide em administrativa e judicial. Em um primeiro momento, o poder público, por meio de processo administrativo, entra em contato com o particular referente à primeira oferta de indenização pelo bem requerido, “que, uma vez aceita pelo particular expropriado, consoma a mudança de propriedade, denominando-se desapropriação amigável” (MAZZA, 2018, p. 1.057-8). O termo desapropriação amigável refere-se à auto-composição realizada entre as partes referente ao valor da indenização, e não sobre a disposição do bem.

Se o particular não aceitar o valor apresentado pela administração pública, finda-se o processo administrativo e inicia-se a fase executória por meio da via judicial, com o ajuizamento da ação de desapropriação pelo poder público.

A ação de desapropriação não possui procedimento especial; portanto, rege-se pelas normas do procedimento comum. A petição inicial “conterá a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato ou do diário oficial em que houver sido publicado o decreto expropriatório, e de uma planta ou descrição do bem a ser desapropriado e suas confrontações” (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 1.447).

Pela redação do Enunciado 305 da IV Jornada de Direito Civil, “o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.

Antes de determinar a citação para posterior regularização da relação processual (art. 238 do Código de Processo Civil), o juízo resolverá o pedido de tutela de urgência representado pela imissão provisória na posse. Para isso, determinará a realização de prova pericial para avaliar o valor prévio de indenização a ser paga em dinheiro (art. 32 do Decreto-lei 3.365/41), e com o pagamento em garantia do juízo, o poder público será imitado na posse provisória do imóvel, devendo realizar a imissão no prazo de até 120 dias e averbar tal ato judicial junto à matrícula da coisa (arts. 14 e 15 do Decreto-lei 3.365/41).

É dispensada a citação e demais intimações do cônjuge quando o outro for demandado: “onde sem embargo de resolver a transferência

da propriedade particular para o Poder Público, houve por bem a lei dispensar a citação da mulher casada” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 90).

Com a citação válida e sem a incidência da revelia, o réu/expropriado somente poderá alegar vício do processo judicial ou impugnação ao preço anteriormente ofertado, nos moldes do art. 20 do Decreto-lei 3.365/41. Qualquer outra argumentação deverá ser manejada por meio de ação autônoma. Celso Antônio Bandeira de Mello (apud MAZZA, 2018, p. 1.058) aponta ser possível a alegação na peça contestatória no tocante ao “enquadramento da situação concreta nas hipóteses legais da modalidade expropriatória utilizada”.

Após, seguindo o curso da demanda, haverá a necessidade de prova pericial caso o réu não concorde com o valor atribuído ao prévio laudo avaliativo para fins de imissão provisória na posse. Prolatada a sentença, seu dispositivo declarará a desapropriação e constituirá a aquisição originária da propriedade em favor da entidade pública, além de homologar o valor da avaliação pericial e discriminar a incidência de juros compensatórios, pois estes “destinam-se a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário” (BALTAR NETO; TORRES, 2015, p. 540). Aliás, fixou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que são cumuláveis juros compensatórios e moratórios em desapropriação, conforme Súmula 12.

Em sede de reafirmação do direito material, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento de que na desapropriação direta a incidência dos juros compensatórios contam a partir da imissão provisória na posse sobre o valor da indenização homologado pelo juízo, segundo a Súmula 113.

Com a publicação da sentença, cabe a interposição de recurso de apelação. Contudo, este recurso terá apenas efeito devolutivo se for interposta pelo expropriado, e possuirá os efeitos devolutivo e suspensivo caso seja apresentada pelo ente público, conforme art. 28 do

Fixou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que são cumuláveis juros compensatórios e moratórios em desapropriação

Decreto-lei 3.365/41. “A sentença expropriatória produz dois efeitos principais: a) permite a imissão definitiva do Poder Expropriante na posse do bem; b) constitui título capaz de viabilizar o registro da transferência de propriedade no cartório competente” (MAZZA, 2018, p. 1.060).

Realizado o pagamento por meio de requisição de pequeno valor (RPV) ou precatório, expedir-se-á mandado de imissão na posse e a Administração Pública promoverá a transferência de propriedade junto ao cartório de registro de imóveis do local de situação do imóvel, com a abertura de matrícula própria, nos dizeres do art. 29 do Decreto-lei 3.365/41.

O ajuizamento da ação de desapropriação e seus atos procedimentais não são interrompidos durante o período das férias forenses (art. 39 do Decreto-lei 3.365/41, em vigência por ser norma especial frente às disposições gerais do Código de Processo Civil). Justifica-se tal medida em virtude do interesse público e da urgência emanada pela função social que a Administração Pública destinará à coisa.

3. Desapropriação indireta

Por desapropriação indireta ou apossamento administrativo tem-se a tomada compulsória do bem particular por parte do poder público sem a observância de formalidades legais e da prévia indenização. Em outras palavras, consiste no “despojamento da propriedade privada pela Administração, com ânimo definitivo, sem os pressupostos exigíveis para a efetivação de uma desapropriação” (BEZNOS, 2016, p. 51). Neste íterim, não importa se o apossamento administrativo se deu em virtude de calamidade pública, em razão da supremacia do interesse público ou por erro do agente administrativo.

O palco refere-se a um ato ilícito praticado pela administração pública, que pode ser convalidado no tempo, por meio da teoria do fato consumado⁸, ou não. Caso o particular interessado e com legitimidade verifique que o imóvel desapropriado não está recebendo

a finalidade que lhe foi destinada (tredestinação)⁹, poderá pleitear a retomada da propriedade por meio de ação de retrocessão, circunstância em que pagará ao ente público o valor devido pela coisa, conforme art. 519 do Código Civil. Ou ainda, na impossibilidade de reaver o bem poderá requerer a conversão da retrocessão em perdas e danos. Neste caso, a antinomia jurídica, que deveria ser exceção, torna-se regra imutável que agasalha a segurança jurídica dos indivíduos envolvidos na situação constituída de forma errônea. Não é cabível o pedido de reintegração de posse, seja ela nova ou velha. A um, porque o fato está consumado. A dois, porque a destinação do bem deu-se em proveito do interesse público.

Frisa-se que a ação de retrocessão possui natureza real, de cunho petitório, cujo marco inicial dá-se com o decreto emanado do Poder Executivo (art. 6º do Decreto-lei 3.365/41) ou lei advinda do Poder Legislativo e sancionada pelo Executivo local (art. 8º do Decreto-lei 3.365/41), marcos também para o início das desapropriações. O rito adotado é o procedimento comum.

O STJ fixou o prazo prescricional vintenário para ações de desapropriação indireta ou apossamento administrativo, nos termos da Súmula 119. Contudo, tal posicionamento encontra-se superado, sendo adotado o prazo decenal para delimitação da prescrição do antigo proprietário, a contar do esbulho. O prazo decenal decorre do art. 205 do Código Civil, posto não haver espécie normativa que fixe prazo inferior para tal situação. Tal ação possui natureza real, momento em que “a jurisprudência conferiu a essa ação indenizatória caráter de direito real, equiparando seu prazo prescricional ao da ocorrência de usucapião em favor do ente público”¹⁰.

Na ação de desapropriação indireta a incidência de juros compensatórios dar-se-á a partir da efetiva ocupação sobre o valor da indenização homologado pelo juízo, segundo a Súmula 114.

O STJ fixou o prazo prescricional vintenário para ações de desapropriação indireta ou apossamento administrativo

4. Ponderações pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) firmou entendimento de que cabe indenização ao espólio de proprietário rural que teve parte de sua propriedade transformada em estrada construída pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Paraná (DER), ainda que por meio de desapropriação indireta.

Ademais, a Corregedoria de Justiça do Foro Extrajudicial do TJPR pacificou a inteligência, por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) 0100172-15.2016.8.16.6000, de ser imprescindível à desapropriação a apresentação da planta e do memorial descritivo apenas da área efetivamente desapropriada, dispensando a demonstração da área remanescente. Além disso, será aberta nova matrícula referente ao imóvel desapropriado e cancelada a anterior, pois o modo de aquisição originário da propriedade dispensa o princípio da continuidade dos registros.

5. Considerações finais

Ao final do trabalho, verifica-se que a desapropriação é conhecida como a última *ratio* dentre as modalidades interventoras do poder público perante o patrimônio do particular, diante da utilidade pública, interesse social ou vias de perigo iminente que comporte ou justifique a tomada compulsória da propriedade privada em detrimento da sociedade.

Por meio da desapropriação direta o ente competente inicia o procedimento administrativo para a posterior tomada do imóvel, quando do pagamento da indenização cabível ao proprietário. No entanto, neste ínterim a entidade imite-se na posse precária do imóvel para medições e verificação de necessidades públicas, promovendo nada mais além disso.

Na desapropriação direta o particular pode aceitar o pagamento oferecido administrativamente ou, insatisfeito, impugnar em juízo a

avaliação produzida quando do processamento da ação de desapropriação. Realizada a instrução processual segundo o procedimento comum, o juiz homologará o valor que entender cabível, determinará o pagamento e a imissão na posse por parte da administração pública, condicionada à quitação da obrigação pecuniária.

Por seu turno, a desapropriação indireta decorre de um ato ilícito da administração pública que se imite na posse precária do imóvel sem anterior procedimento administrativo ou judicial, e também sem prévio pagamento a título de indenização. O esbulho, em que pese não justificar a posse direta, não permite a rediscussão se é devido ou não o apossamento administrativo, e sim o valor devido para ressarcimento do particular.

Notas

1. Gabriel Cavalcante Cortez. Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário junto ao Gabinete do Juízo da 2ª Vara Cível, da Fazenda Pública e de Competência Delegada do Foro Regional da Comarca de Cambé/PR, integrante do Foro Central da Região Metropolitana da Comarca de Londrina/PR, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Ex-monitor no curso de pós-graduação “*lato sensu*” a nível de especialização em Direito Previdenciário, vinculado à UEL. Colaborador e membro de diversos projetos de pesquisa, ensino, extensão e formação complementar vinculados à UEL. Curriculum Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4876991864427429>>. E-mail: gabrielcortez442@gmail.com.
2. Maria Júlia Scherlowski Rosa. Assessora nível II de Juiz de Direito junto ao Gabinete do Juízo da 2ª Vara Cível, da Fazenda Pública e de Competência Delegada da Comarca do Foro Regional da Comarca de Cambé/PR, integrante do Foro Central da Região Metropolitana da Comarca de Londrina/PR, vinculado ao TJPR. Especialista em Direito Empresarial pela UEL. E-mail: mjulisky@gmail.com.
3. CRFB/1988, art. 243.
4. CFRB/1988, art. 182, § 4º, I a III.
5. CRFB/1988, arts. 184 e 243.
6. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviola-

bilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

7. É ato discricionário do chefe do Poder Executivo do ente federativo interessado.
8. Teoria em que relações jurídicas de fato constituídas por decisão judicial de caráter provisório ou definitivo e há muito consolidadas não podem ser desconstituídas.
9. Não há desvio de finalidade quando o ente público confere outra destinação de interesse público ao imóvel expropriado, uma vez estar atendendo a população conforme à urgência da necessidade pública.
10. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial n. 1.575.846-SC (2015/0322068-7). Primeira Seção. Relator: Ministro Og Fernandes. DJe: 30 set. 2019. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 255, tomo 1, ano 31, jul/ago./set. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019_255_1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- _____. *Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- _____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial n. 1.575.846-SC (2015/0322068-7). Primeira Seção. Relator: Ministro Og Fernandes. DJe: 30 set. 2019. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 255, tomo 1, ano 31, jul/ago./set. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019_255_1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 23: Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada. *Regimento interno e súmulas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2112>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas 12, 113, 114 e 119. *Regimento interno e súmulas*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 28 fev. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 305*. Art. 1.228: Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos. STJ, out. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Espólio de proprietário rural por cujas terras passou estrada construída pelo DER deve ser indenizado por desapropriação indireta*. TJPR. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_auth%3D1CIIpoMJ%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=111281&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=espolio-de-proprietario-rural-por-cujas-terras-passou-estrada-construida-pelo-der-deve-ser-indenizado-por-desapropriacao-indireta&inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 fev. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *SEI n. 0100172-15.2016.8.16.6000*. TJPR, 3 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/14930420/15113227/Desapropri%C3%A7%C3%A3o+-+planta+e+memorial+descritivo+-+2091896.pdf/2e6a49af-5bc9-f8f5-5f21-e9e711bac6e4>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Terras particulares: demarcação, divisão e tapume*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O prazo de inelegibilidade previsto na Lei da Ficha Limpa – por imperativo constitucional, a carta magna veda expressamente penas de caráter perpétuo, conforme disposto no art. 5º, XLVII, b

J. S. Fagundes Cunha¹

Desembargador do TJPR

IN “A FORÇA VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA NO CPC DE 2015 E A MODULAÇÃO”, a artífice do CPC em vigor, membro de nossas bancas de mestrado (PUCSP) e de doutorado (UFPR), Teresa Arruda Alvim, *RJLB*, ano 6 (2020), n. 1, 1.389-1.410, adverte:

O legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 demonstrou de modo enfático a consciência que tem no sentido de que as decisões jurisdicionais ostentam, em diferentes intensidades, carga normativa. Isto significa que além de serem decisões para os casos concretos, também são invocadas como precedentes, para servirem de base para a decisão de outros casos iguais ou semelhantes.

Se, em alguma medida, decisões judiciais são normas jurídicas, gerando efeitos para além do caso concreto que decidem, devem-se reconhecer e estudar as consequências deste fenômeno. Entre elas estão a necessidade de, sob certas condições, uniformizar, impor (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, modular seus efeitos.

De fato, o legislador processual civil brasileiro de 2015 foi ousado ao criar a regra do art. 927, § 3º:

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. [grifei]

Dentre as múltiplas reflexões, é fundamental para a matéria ora enfrentada a questão da modulação em relação aos direitos fundamentais. Ora, não se pode *a priori* entender que o particular é lesado (cidadão que tem interesse em votar em alguém e cidadão que tem o direito de ser candidato a cargo eletivo).

O raciocínio de Georges Abboud quando trata da modulação da decisão em controle de constitucionalidade se aplica à perfeição também à hipótese de alteração da jurisprudência firme ou de precedente vinculante. Afirma, a nosso ver corretamente, que devem prevalecer *direitos fundamentais*, ainda que em detrimento do interesse público. O dogma do interesse público sempre deve ser afastado, pois se baseia na falsa concepção de que os direitos fundamentais seriam “direito privado”, conforme assevera Teresa Arruda Alvim no artigo citado.

O notável desembargador Doorgal Andrada, do TJPMG³, ressalta que a garantia constitucional da vedação de penas de caráter perpétuo é basilar na atual sistemática do estado democrático de direito. Segundo ele,

nessa acepção, tratando-se de garantia constitucional de caráter fundamental, em uma interpretação extensiva visando tutelar direitos humanos, extrai-se desta norma que, por consequência lógica, os efeitos e decorrências das sanções penais não podem prevalecer sem limites no tempo. Ora, seria absolutamente sem razoabilidade se, embora não perpétuas, as penas gerassem repercussões perenes na vida do indivíduo, assumindo um caráter sancionatório eterno (inconstitucional), o que é vedado à própria pena principal assumir.

Assim, tem-se que a Constituição Federal, no já citado art. 5º, XLVII, alínea “b”, veda terminantemente a pena de caráter perpétuo,

donde decorre que se a pena principal não pode ter perpetuidade, muito menos os efeitos da condenação que a originou podem perdurar eternamente (maus antecedentes).

Relembra o desembargador que, valendo-se de uma condenação antiga, não se pode valorar negativamente de modo eterno e permanente a circunstância judicial da má-antecedência, *dando perpetuidade aos efeitos de uma condenação* (art. 59 do CP) mesmo após cinco anos decorridos da extinção da punibilidade, o que fere evidentemente os direitos e garantias fundamentais conferidos ao cidadão, preconizados na carta magna do país, sustentáculo de uma nação guiada por preceitos acauteladores dos direitos humanos. Coaduna com esse entendimento o aclamado doutrinador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, juntamente com o não menos renomado José Henrique Pierangeli:

A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito.⁴

Esta questão é fulcral para a interpretação, no caso da Lei da Ficha Limpa, sobre qual o marco inicial para a contagem do prazo de inelegibilidade de quem pretende se candidatar, pois se o julgamento for o marco inicial, um que demorou anos e anos para ser realizado, a inelegibilidade pode ser considerada uma pena *ad aeternum*. Tal contexto se revela de gravidade extrema e intenso vilipêndio aos direitos fundamentais, haja vista que acarreta situações demasiadamente desfavoráveis aos interessados, criando uma consequência penal perpétua, que é contrária à Constituição Federal.

Noutro giro, a eternização de consequências jurídicas propiciada por construção jurisprudencial fere de morte a dignidade humana, já que atribui uma estigmatização insuperável à pessoa submetida a uma sentença condenatória.

Data venia, no Brasil, as consequências primárias e secundárias da pena não podem ter efeitos perpétuos, tendo em vista determinação e análise ampla do art. 5º, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal. Ademais, o direito penal brasileiro sempre prestigiou os institutos de limitação no tempo, como a decadência, a prescrição, a reabilitação, a perempção, a conciliação civil nos juizados especiais e a improrrogabilidade dos prazos etc., além de valorizar, a cada dia, todas as formas de ressocialização e recuperação do apenado.

O direito penal brasileiro sempre prestigiou os institutos de limitação no tempo, como a decadência, a prescrição, a reabilitação, a perempção, a conciliação civil nos juizados especiais e a improrrogabilidade dos prazos

A Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. No art. 1º, inciso I, alínea *h*, ela dispunha (antes de 2010) que eram inelegíveis os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, nas eleições que se realizassem nos três anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo.

Contudo, a Lei Complementar 135, de 2010, também chamada Lei da Ficha Limpa, exemplo de lei infraconstitucional que regulamenta restrições à elegibilidade, aparentemente dispõe a respeito da mesma matéria. O propósito da referida lei complementar foi alterar a Lei Complementar 64, de 1990, atendendo ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que autoriza o legislador infraconstitucional a estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade, visando proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, considerando a vida pregressa do candidato.

Surge então, além do conflito aparente de normas, um conflito temporal. Em resumo, as principais inovações trazidas pela Lei Complementar 135, de 2010, são:

1. Aumento no rol dos crimes elencados no art. 1º, I, *e*.
2. No que se refere à rejeição das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, a exigência de que a ação do agente seja dolosa, bem como a necessidade de anulação ou suspensão da decisão pelo Poder Judiciário, e não apenas do ajuizamento da ação judicial.
3. Inclusão da imposição da inelegibilidade para os que forem condenados por captação ilícita de sufrágio.
4. Previsão da inelegibilidade para os que forem excluídos do exercício da profissão por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em virtude de infração ético-profissional, para os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial e para os magistrados e membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente.
5. Aplicação da inelegibilidade aos condenados por terem simulado a cessação do vínculo conjugal ou da união estável, para evitar a inelegibilidade em razão de parentesco.
6. Exclusão da incidência da lei que estabelece casos de inelegibilidade sobre os crimes culposos, os de menor potencial ofensivo, os de ação penal privada e a renúncia para fins de desincompatibilização.
7. Abolição da exigência do trânsito em julgado da decisão judicial para fins de inelegibilidade, bastando a existência de decisão proferida por órgão judicial colegiado a partir da edição da nova lei.
8. Estabelecimento da prioridade na tramitação dos processos que versarem sobre desvio ou sobre abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, vedada a alegação de acúmulo de serviço.
9. Possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade por decisão emanada do órgão colegiado competente.
10. Aumento do prazo das inelegibilidades para oito anos.

Embora a questão já tenha sido discutida e definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela constituciona-

lidade da norma, ainda há na ordem jurídica atual muita controvérsia acerca de sua constitucionalidade. A péssima redação de alguns de seus artigos causa consideráveis dificuldades de hermenêutica e insegurança jurídica.

Existe uma corrente doutrinária que, apoiada no princípio da presunção de inocência, sustenta a inconstitucionalidade da Lei Complementar 135, de 2010, porque considera que a inelegibilidade assume caráter sancionatório e que a ausência de previsão do trânsito

A demora do julgamento é responsabilidade do Estado, pessoa jurídica de direito público que chamou a si a responsabilidade do julgamento

em julgado da decisão constitui uma violação a direitos fundamentais. Contudo, há outra corrente que defende a constitucionalidade do novo diploma legal. Asseveram estes que a Lei da Ficha Limpa visa impedir o acesso a cargos políticos de candidatos detentores de “ficha suja”, mas ainda não condenados definitivamente. Alegam, ainda, a ocorrência da impunidade, decorrente da demora no julgamento definitivo do processo, e consideram

que a aplicação do princípio da presunção de inocência restringe-se à seara penal e que os valores tutelados pelos princípios da moralidade e probidade administrativa seriam mais amplos do que a garantia da presunção de inocência, uma vez que resguardam toda a coletividade e, por esse motivo, teriam maior relevância no caso em tela.

Ora, a demora do julgamento é responsabilidade do Estado, pessoa jurídica de direito público que chamou a si a responsabilidade do julgamento e os milhares de casos de representações e processos movidos pelo ódio e vingança política que redundam em improcedências no pedido ou absolvição, que não se confirmam em juízo. Em momentos de vida midiática, pessoas sem expressão ou talento utilizam as mídias sociais como habitués da detração alheia para esconder os próprios pecados e conduzem à remansosa injustiça de que seriam inelegíveis *ad aeternum* aqueles que se submetem aos desideratos dos detratores que não permitem a conclusão dos processos, arrolando testemunhas que não são encontradas, pedindo a produção de provas

desnecessárias e tantos outros mecanismos processuais para a tardança do provimento jurisdicional condenatório que implicariam na injustiça de uma pena perpétua de inelegibilidade.

As questões trazidas buscam dirimir dúvidas sobre o marco inicial para a contagem da inelegibilidade diante do conflito aparente de normas.

Sobre a matéria, cabe trazer à baila ensinamento de José Jairo Gomes na parte em que demonstra que as inelegibilidades previstas nas alíneas *d* e *h* do inciso I do art. 1º da LC 64/90, apesar de visarem punir o abuso de poder econômico e político, diferem quanto aos sujeitos ou beneficiários da conduta ilícita a serem alcançados:

A regra constante da presente alínea *h* possui, na essência, o mesmo sentido da alínea *d*, analisada no item anterior. Ambas cuidam de abuso de poder manejado em prol de candidatura. A diferença está em que, enquanto naquela se objetiva sancionar os beneficiários da conduta abusiva tornando-os inelegíveis 'para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, na alínea *h* visa-se sancionar 'os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional' que, abusando dos poderes econômico ou político que defluem dos cargos que ocupam ou das funções que exercem, beneficiem a si próprios ou a terceiros no pleito eleitoral. Para exemplificar, suponha-se que um prefeito abuse do poder político que detém com vistas a fazer com que seu sucessor seja eleito. Seu comportamento realiza a hipótese em análise (alínea *h*), além de configurar improbidade administrativa. Já seu afilhado político, candidato à sua sucessão, incorrerá na alínea *d*, pois será beneficiário da ação ilícita.

De se ver que se aplicam à inelegibilidade da alínea *h* do inciso I do art. 10 da LC 64/90 os mesmos princípios e entendimentos firmados pelo Tribunal Superior Eleitoral nas decisões pautadas pela inelegibilidade da alínea *d* do mesmo dispositivo legal. Sob esse prisma, entende-se que a decisão condenatória sob a égide da norma inscrita na LC 64/90 não afasta a incidência da LC 135/2010 a

casos pretéritos, de forma a ser aplicada em processos em tramitação ou já encerrados antes de sua vigência. Nesse sentido, os precedentes seguintes:

Eleição 2012. Registro de candidatura. Inelegibilidade art. 1º, inciso 1, alínea D, da LC n. 64/90, com as alterações da LC n. 135/2010. Aplicação da nova disciplina a fatos anteriores. Possibilidade. Prazo. Oito anos. Contagem. Ofensa. Princípio da segurança jurídica. Não ocorrência. Desprovimento.

1. Este Tribunal firmou orientação de que a causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90 *incide a partir da eleição da qual resultou a condenação até o final dos oito anos seguintes, independentemente da data em que se realizar a eleição* (REsp n. 165-12/SC, Rei. Ministro Arnaldo Versiani, publicado na sessão de 25.9.2012).

2. *O fato de a condenação nos autos de representação por abuso de poder econômico ou político haver transitado em julgado, ou mesmo haver transcorrido o prazo da sanção de três anos, imposta por força de condenação pela Justiça Eleitoral, não afasta a incidência da inelegibilidade constante da alínea d do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, cujo prazo passou a ser de oito anos* (AgR-REspe n1 348-IIIBA, Rel. Min. Laurita Vaz, em 11.4.2013).
[grifei]

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1º, I, D, da LC 64/90 com a redação dada pela LC 135/2010. Prazo. Oito anos. Precedente. Desprovimento.

1. Segundo a jurisprudência do STF, não há direito adquirido ao regime de inelegibilidades. Ainda que o prazo original de inelegibilidade tenha transcorrido e se consumado sob a égide da LC 64/90, deve-se considerar, no momento do pedido de registro de candidatura referente às Eleições 2012, aquele previsto na LC 135/2010 (ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rei. Min. Luiz Fux, DJe de 28.6.2012).

2. Na contagem do prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto

no art. 1º, inciso I, alíneas *d*, *h* e *j* da LC 64/90, deve ser considerado o término do último ano e não a data específica da eleição que nele se realizar. (REspe 165-12, Relator Ministro Arnaldo Versiani, publicado em sessão de 25.6.2012 e REspe 116-61, Redatora para o acórdão Ministra Nancy Andrichi, PSESS de 21.11.2012).

3. Agravo regimental não provido (AgR-REspe n. 8197/PE, Rei. Min. Nancy Andrichi, em 29.11.2012).

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo de inelegibilidade previsto na atual redação do art. 1º, inciso I, alínea *h*, da LC 64/90, o TSE já se posicionou no sentido de que é contado a partir da eleição em que se deu o abuso do poder político ou econômico até o transcurso dos 8 anos subsequentes. Confirmam-se:

Inelegibilidade. Condenações por abuso de poder e por ilícitos eleitorais. Contagem de prazo.

1. *As causas de inelegibilidade previstas nas alíneas d e h (condenação por abuso de poder) e na alínea j (condenação por ilícitos eleitorais) do Inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90 incidem a partir da eleição da qual resultou a respectiva condenação até o final dos 8 (oito) anos seguintes, Independentemente da data em que se realizar a eleição.* [grifei]

2. As causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não constituindo alteração fática ou jurídica superveniente o eventual transcurso de prazo de inelegibilidade antes da data da realização das eleições. Recurso especial não provido (REsp n. 16512, de 25.9.2012, Rei. Mm. Arnaldo Versiani).

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1, 1, D, da LC 64190 com a redação dada pela LC 135/2010. Prazo. Oito anos. Precedente. Desprovimento.

1. Segundo a jurisprudência do STF, não há direito adquirido ao regime de inelegibilidades. Ainda que o prazo original de inelegibilidade tenha transcorrido e se consumado sob a égide da LC

64190, deve-se considerar, no momento do pedido de registro de candidatura referente às Eleições 2012, aquele previsto na LC 13512010 (ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Mín. Luiz Fux, DJe de 28.6.2012).

2. Na contagem do prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto no art. 1, inciso 1, alíneas d, h e da LC 64190, deve ser considerado o término do último ano e não a data específica da eleição que nele se realizar. (REspe 165-12, Relator Ministro Arnaldo Versiani, publicado em sessão de 25.6.2012 e REspe 116-61, Redatora para o Acórdão Ministra Nancy Andrighi, PSESS de 21.11.2012).

3. Agravo regimental não provido (AgR-REspe n. 8197, de 29.11.2012, Rei. Mm. Nancy Andrighi).

No ponto, é de se ressaltar que todos os precedentes citados se firmam em matéria já consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, conforme se extrai das seguintes passagens do voto do ministro Luiz Fux, na parte que interessa:

A aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte.

[...]

Em outras palavras, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de re-

quisitos ‘negativos’ (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, ante se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica.

É essa característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em 3 (três), 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, para 8 (oito) anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na Lei Complementar n. 64/90, esses prazos poderão ser estendidos – se ainda em curso – ou mesmo restaurados para que cheguem a 8 (oito) anos, por força da *lex nova*, desde que não ultrapassem esse prazo.

Explica-se: trata-se, tão-somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*.

Feitas essas considerações, ressaltamos quer há parecer da assessoria do TSE na Consulta 131-15.2013.6.00.0000/DF no sentido de que *a contagem do prazo de 8 anos da inelegibilidade inscrita no art. 1º, inciso I, alínea h da Lei 64/90 deve se dar a partir da eleição da qual se reconheceu, por meio de decisão, a prática do ato abusivo.*

O ministro Henrique Neves da Silva prolatou voto na qualidade de relator asseverando que as indagações formuladas dizem respeito à causa de inelegibilidade e que a consulta dizia respeito a se inelegíveis para qualquer cargo: os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham

sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.

Segundo o relator, o consulente primeiramente indaga: “a contagem do prazo de inelegibilidade estabelecido pelo art. 1, inciso 1, alínea *h*, da Lei Complementar 64/90, tem como termo inicial a primeira decisão condenatória por órgão colegiado ou a partir do trânsito em julgado dessa decisão?”

Lei Complementar n. 64/90:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.

O eminente ministro esclarece que a questão parte da premissa errada de que o termo inicial da inelegibilidade seria a data da decisão condenatória por órgão colegiado ou do seu trânsito em julgado, quando, nos termos da alínea *h*, ela incide “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”. Assim, esclarece: “Ainda que a decisão judicial seja elemento necessário à configuração da inelegibilidade, a contagem do seu prazo tem como referência a eleição.”

Há na consulta mencionada um segundo questionamento. O consulente pergunta se, no caso de condenação proferida em ação popular ou ação eleitoral por órgão colegiado anterior à vigência da Lei Complementar 135/2010, mas com trânsito em julgado após a vigência da referida lei, o período entre a primeira condenação por órgão colegiado e o trânsito em julgado deve ser levado em consideração para a contagem da inelegibilidade prevista pelo art. 1º, inciso I, alínea *h*, da Lei Complementar 64/90. O relator responde: “Como

se vê, no segundo questionamento, o Consulente também parte da premissa de que a data da condenação seria relevante para a aferição da inelegibilidade, o que não corresponde com o previsto na legislação como apontado acima. Este Tribunal já julgou, em precedente de minha relatoria, que, ‘a partir da edição da Lei Complementar n. 135/2010, não se exige mais a presença da preclusão máxima para a configuração da hipótese de inelegibilidade, bastando para tanto que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado’” (AgR-REspe n. 148-23, DJE de 18.3.2013).

No referido julgado, afirmou o ministro que “o eventual trânsito em julgado de uma decisão condenatória – o que não constitui oponibilidade à sua eventual rescisão ou revisão, se presentes os requisitos legais – não tem maior influência para a apuração da inelegibilidade em tela”.

No que tange à aplicação da LC 135 a fatos ocorridos antes de sua edição, anotou que o STF enfrentou o tema e reconheceu a constitucionalidade das causas de inelegibilidades instituídas ou alteradas pela LC 135/2010, no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578. Nessa linha, o STE já decidiu:

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral, eleições 2012, registro de candidatura. Prefeito, inelegibilidade. Art. 1º, 1, alíneas E e G, da Lei Complementar n. 64/90. Condenação criminal. Decisão. Órgão colegiado. Rejeição de contas. Irregularidade insanável. Não provimento.

1. No julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF assentou que a aplicação das causas de inelegibilidade instituídas ou alteradas pela LC 135/2010 com a consideração dos fatos anteriores à sua vigência não viola a Constituição Federal.

2. Na espécie, o agravante foi condenado pela prática de crime contra a administração pública, em decisão proferida por órgão judicial colegiado. O fato de a condenação criminal ser anterior à vigência da LC 135/2010 e de não ter transitado em julgado não afasta a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90, conforme decidido pelo STF.

3. [...].

4. Agravo regimental não provido (AgR-REspe n. 474-81/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, PSESS em 9.10.2012).

Conforme consta também do precedente acima, o fato de a condenação criminal ser anterior à vigência da LC 135/2010 e de ela não ter transitado em julgado não afasta a respectiva causa de inelegibilidade. Assim, e de acordo com o quanto já esclarecido na primeira indagação, o posterior trânsito em julgado de decisão condenatória colegiada proferida antes da edição da LC 135/2010 é irrelevante para a aferição da data do termo inicial da inelegibilidade, pois este tem como referência o momento da eleição.

A ministra Luciana Lóssio afirmou que iria divergir do ministro Henrique Neves da Silva para entender que a consulta está prejudicada em razão de a jurisprudência já ter se firmado no tocante à alínea *h*. Então o ministro Henrique Neves da Silva asseverou: “Quanto à alínea *h*, não estou entrando na contagem do prazo; estou dizendo que as perguntas foram feitas de forma errônea. Se fosse perguntado se deve contar a data da eleição, o dia, o ano cheio, a resposta é que essa já seria matéria pacificada. O que se pôs na pergunta é se a contagem é da data da decisão de primeira instância ou da decisão de segunda instância. Nenhuma das duas; o que se conta é do momento da eleição.”

Em voto-vista o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, então também do Superior Tribunal Eleitoral (Presidente), afirma:

A ordem natural das coisas e a essência dos institutos têm força insuplantável. A Lei Complementar n. 64/1990, com a redação impressa pela de número 135/2010, preconiza como inelegíveis: h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para eleição na qual concorrem ou tenham sido

diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.

Indaga-se: qual o marco inicial do prazo de inelegibilidade?

Evidentemente, há de considerar-se o fator gerador desta última. Não se trata da prática reveladora do abuso do poder econômico ou político propriamente dita. Mostra-se ela neutra em termos de inelegibilidade. O preceito versa como necessária ou a decisão transitada em julgado, de primeira instância, do Juízo, ou a proferida por órgão judicial colegiado. Enquanto não vem à baila qualquer dos pronunciamentos mencionados na alínea em comentário, não é dado cogitar de inelegibilidade, permanecendo o cidadão com a plenitude dos direitos políticos.

Concluo que o termo inicial dos citados oito anos pressupõe uma das decisões previstas na norma. Quanto à retroatividade aventada, reitero consubstanciar-se a segurança jurídica na circunstância de as leis serem editadas para vigor prospectivamente. Eis como tenho-me pronunciado a respeito:

Quanto à aplicação da lei no tempo, é noção comezinha que não apanha fatos pretéritos. José Afonso da Silva leciona que a lei é editada para vigor de forma prospectiva, e não retroativa. A razão de ser dessa premissa é única: sociedade que se diga minimamente democrática não pode viver aos solavancos, nem ser surpreendida a cada passo. A primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei.

Interpretando-se a Constituição Federal de forma sistemática, ver-se-á que se mostrou explícita quanto à irretroatividade da lei, considerados certos temas. A previsão, quanto à matéria penal, é de a lei só retroagir para beneficiar o acusado, e, no tocante à matéria tributária, é de que a lei nova não apanha fato gerador sucedido antes da vigência, devendo ter sido editada no exercício anterior. E, porque se elasteceu a previsão até então própria às contribuições sociais, há, ainda, a questão da exigibilidade do tributo somente após passados noventa dias.

Indaga-se, sem se levar em conta o que seria direito natural do cidadão: as situações jurídicas contempladas e agasalhadas pela

proibição da irretroatividade estão esgotadas nesses dois temas? A resposta é desenganada mente negativa. Basta considerar que dois artigos – o 5º e o 6º mencionam, como direito social, a segurança, devendo ser esta tomada no sentido linear. Cumpre ter presente, ainda, a garantia constitucional segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Em assentadas anteriores, o Tribunal acabou por homenagear o pronunciamento do Supremo – possuidor de força a extravasar os limites do processo no qual formalizado – e concluiu que a Lei nova, de 2010, seria aplicável a fatos a ela anteriores. Se assim realmente o é, e tendo sérias dúvidas sobre o alcance do pronunciamento, considerado o endosso pelo Supremo no tocante ao maltrato à coisa julgada, o caso me compele à insubordinação, à resistência democrática e republicana. A lei é sempre editada para vigor prospectivamente, e nisto está a segurança jurídica: a lei nova não apanha ato ou fato jurídico anterior, muito menos situação jurídica devidamente constituída. Nem mesmo a Constituição Absolutista de 1824, em que havia o Poder Moderador, abandonou o critério, quanto a direitos individuais, da irretroatividade da lei.

Paga-se um preço por se viver em um Estado de Direito, e é módico – o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Assim, haverá avanço no campo dos costumes, no campo cultural, corrigindo-se rumos. Nunca é demasia repetir: em Direito, o meio justifica o fim, mas não este àquele. De bem intencionados, o Brasil está cheio. Devem-se distinguir os âmbitos próprios à religião, à moral e ao Direito. Que prevaleça, no campo jurisdicional, este último, sem atropelos nem surpresas incompatíveis com a democracia. Somente assim, ocorrerá o almejado avanço cultural. Nesses termos respondendo à consulta.

Conclusão

Embora alinhando com o entendimento do ministro Marco Aurélio, na Consulta 131-15.2013.6.00.0000 – DF, em que foi relator o ministro Henrique Neves da Silva restou decidido quanto a inelegibilidade da alínea *h* do inciso I do art. 1º da LC 64/90 que o prazo da inelegibilidade não se conta da decisão colegiada ou do trânsito em julgado da condenação por abuso do poder econômico ou político, mas, sim, da data da eleição, observando-se a regra do § 30 do art. 132 do Código Civil, *verbis*: “Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência”. Ademais, que a condenação por abuso do poder político ou econômico constitui requisito essencial para a caracterização da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea *h*, da Lei Complementar 64/90. *Porém, a data em que proferida a primeira decisão colegiada ou em que se deu o trânsito em julgado da decisão condenatória não deve ser considerada para a contagem do prazo de inelegibilidade, cujo termo inicial é a data da eleição em que verificado o abuso.* [grifei]

A condenação por abuso do poder político ou econômico constitui requisito essencial para a caracterização da inelegibilidade

A decisão minimiza os efeitos devastadores que seriam causados pela contagem a partir das condenações em centenas de processos que se arrastam por anos que tornariam sistematicamente os pretenso candidatos inelegíveis *ad aeternum!*

A Lei Complementar 64/90 dispõe no art. 1º, I, alínea *l*, que são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

Notas

1. J. S. Fagundes Cunha. Desembargador do TJPR. Pós Ph.D pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela PUCSP. Secretário da União Ibero-americana de Juízes. Ex-Presidente da Junta Eleitoral de Ponta Grossa.
2. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1389_1410.pdf?fbclid=IwAR0K7T6Q88Qhgg66YnVk6-iMb0-i4MAsXE2GCUeXseiCLfXo0TfycTLh_mM – 21/02/2020 – 07 h 24 min.
3. <https://www.editorajc.com.br/limitacao-temporal-efeitos-penais-maus-antecedentes/> 19/02/2020, 11 h
4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral* / José Henrique Pierangeli. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 673.

O Supremo Tribunal Federal, as questões difíceis e o governo da maioria

Clèmerson Merlin Clève¹

Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR e do UniBrasil Centro Universitário

ENTRE OS MILHARES DE FEITOS RECEBIDOS, ANUALMENTE, pelo Supremo Tribunal Federal, todos sendo trabalhosos, alguns desafiam um processo de deliberação mais delicado. Os casos, em sua maioria, mesmo sensíveis, podem ser solucionados mediante a aplicação de precedentes, da jurisprudência reiterada ou mesmo pelo manejo adequado dos recursos hermenêuticos convencionais. Aqueles complexos, todavia, supondo questões difíceis diante da ausência de parâmetros claros ou de precedentes aproveitáveis ou mesmo da jurisprudência reiterada, impactam poderosamente a vida em sociedade. Nessas importantíssimas situações, a suprema corte desnuda-se inteiramente.

Em tais circunstâncias, o estado de direito reclama da corte, além da decisão solvendo a questão, a produção de *parâmetros* para auxiliar as demais instâncias judiciais no processo racional de solução de feitos análogos, o que não exclui, ao contrário exige, a apreciação simultânea de outros dados decorrentes da conjuntura política, do diagnóstico do momento histórico, da densidade deliberativa à qual a matéria foi exposta (processo legislativo), considerada também, fazendo uso das lições de Dworkin, a coerência do romance em cadeia.

Tenho defendido, em inúmeros escritos, a necessidade, em nosso país, do manejo de uma *dogmática constitucional emancipatória*. Poderiam pensar alguns que um discurso com essa natureza, intransigente com a defesa da dignidade da pessoa humana, implica, no universo da prestação jurisdicional, prática em descompasso com as exigências democráticas porque autorizadora de um suposto ativismo judicial. Nada mais falso. É verdade que esta dogmática expõe preocupação com a efetiva realização dos comandos constitucionais, em particular aqueles tratando dos direitos fundamentais. E nesse passo, acredita no importante papel

a ser desenvolvido pelo Judiciário brasileiro, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional. Nem por isso propõe um papel para o juiz que esteja além do desenhado pela arquitetura da organização dos poderes presente na Constituição ou que autorize indevida compressão do campo de escolhas legítimas do legislador a partir de um processo aberto de deliberação com repercussão na arena pública.

Ora, o Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na lei fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a autocontenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte para a proteção deste ou daquele direito. Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação).

Há momentos como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra atos discriminatórios, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário. Há outros, ao contrário, desafiantes, *prima facie*, de uma postura de deferência, de superlativo respeito à decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (abertas) autorizadas de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral. Aqui, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Neste caso, ausentes robustas razões a justificar, ocorrente a substituição, manifestar-se-ia hipótese contrastante com a experiência democrática.

Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso e docemente autoritário. Dito isso, é necessário reiterar que, diante de uma Constituição analítica como a nos-

sa, muitas questões que antes remanesciam no exclusivo campo da política são, agora, levadas ao Judiciário em função de escolha operada pelo constituinte. Todavia, judicialização não implica necessariamente ativismo.

Penso que, entre nós, é defensável o manejo de um controle de constitucionalidade mais forte (escrutínio mais estrito) em matérias que envolvam por exemplo *i*) os direitos fundamentais indispensáveis no estado de direito e, em especial, a liberdade de expressão; *ii*) proteção do processo democrático (regularidade do processo legislativo e controle do poder político ou econômico no processo eleitoral); *iii*) proteção do devido processo legal, das minorias e grupos vulneráveis; e *iv*) os direitos sociais, em particular os prestacionais, nos casos de eficácia originária ou diante da defesa do mínimo existencial (que não se confunde com o mínimo vital), verdadeiras condições para a satisfação da ideia de dignidade da pessoa humana.

A jurisdição constitucional guarda os valores substantivos necessários para a legítima deliberação pública. Porém, isso não é suficiente; tais valores substantivos devem ser interpretados à luz do devido processo legal, o que supõe manifestação direta ou indireta de todos os possíveis afetados pela decisão. Por isso a importância da preservação de espaços deliberativos e de instituições que transformem as expressões plurais advindas da sociedade em razões para decidir. Nesse compasso, as audiências públicas e os *amici curiae*, por exemplo, qualificam o processo de deliberação e, por derivação, de adjudicação, merecendo acolhida generosa do tribunal.

Há situações, contudo, que podem reclamar da suprema corte um controle menos exigente, supondo alguma dose de autocontenção ou de deferência para com as razões ou decisões do legislador. É o caso *i*) das políticas públicas tratando de direitos sociais naquilo que se reporta à eficácia derivada ou que exceda largamente as fronteiras do mínimo existencial; *ii*) das questões eminentemente políticas, considerando, sempre, porém, que tais questões não constituem cláusula imunizadora (há, afinal, necessidade de respeito à dimensão política da vida e à liberdade de conformação legislativa em relação àquilo que não é obrigatório constitucionalmente. Seria forçoso justificar a interferência do Judiciário em decisões típicas dos outros poderes, como a escolha de ministros ou o veto presidencial a projeto de lei, por exemplo). Também, *iii*) nos resul-

tados plebiscitários, referendários, envolvendo leis de iniciativa popular, momentos constituintes e, mesmo, leis novas que resultem de um processo regular, robusto e aberto de deliberação, deve-se, como regra, prestar deferência ao legislador. Não se trata aqui de admitir uma postura procedimentalista. Trata-se de, no processo argumentativo e deliberativo levado a termo pelo juiz constitucional, considerar, com peso adequado, as suas razões. Nesses casos há uma presunção forte de constitucionalidade das leis, a qual pode, não obstante, ser afastada por outras razões, mesmo não populares, mas determinantes. É sempre bom lembrar que o juiz constitucional figura como um guardião dos princípios permanentes da comunidade política constitucionalizada.

Por fim, deve-se reconhecer a existência de um conjunto de questões difíceis que, quando judicializadas, em poucas ocasiões poderão ser resolvidas de modo satisfatório para as diferentes compreensões do mundo da vida. Temas que envolvem o direito à vida, eutanásia, aborto, por exemplo, colocam à prova, como *questões limites*, os fundamentos de quaisquer teorias que procurem oferecer solução definitiva ao problema da tensão entre o controle de constitucionalidade e o governo da maioria. Cuida-se, aqui, de problemas que indicam a impossibilidade da formulação de consensos, já que supõem apresentação de razões que podem ser utilizadas na defesa de distintos pontos de vista com idêntico suporte constitucional. Neste terreno, todo cuidado é pouco.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem mudado. Essa nova feição, entretanto, ainda está em construção. Ora, o novo papel precisa ser compreendido e, mais, discutido com humildade, abertura e raciocínio crítico, lembrando, sempre, que o Supremo Tribunal Federal não está fora do jogo político. Como em qualquer ambiente democrático, as decisões judiciais, sendo corretas ou não, devem ser cumpridas. Isso não quer dizer que não possam ser, na arena pública, com o devido respeito e com bons argumentos, questionadas. Afinal, em uma sociedade livre, aberta e plural, o argumento vencido de ontem pode ser o vencedor de amanhã.

Nota

1. Clèmerson Merlin Clève. Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR e do UniBrasil Centro Universitário.

A modulação do art. 927, § 3º, do CPC

Teresa Arruda Alvim¹

Livre-docente, Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP

1. Contextualização do problema

O DIREITO TEM COMO UMA DE SUAS FUNÇÕES garantir segurança jurídica, o que abrange as ideias de previsibilidade e estabilidade. Para que se instale este ambiente de tranquilidade, proveniente justamente da estabilidade e da previsibilidade, é necessário que se conheçam as *regras do jogo* e que estas não mudem no meio da partida.

O jurisdicionado precisa ter condições de planejar sua conduta de acordo com regras preestabelecidas, que não devem mudar com frequência e, se mudarem, não podem atingir o passado. Entretanto, como alguém já disse uma vez, o Brasil não é para amadores. Aqui, até o passado pode ser imprevisível.

Explico melhor. De fato, leis, quando alteradas, têm efeitos *ex nunc*. Como regra, leis novas não têm efeitos retroativos. Mas, muito frequentemente, a pauta de conduta do jurisdicionado pode *mudar*, não como decorrência da alteração do texto da lei, mas de sua *interpretação*. Afinal, nós agimos de acordo com *a lei*, interpretada pelos tribunais, principalmente pelos tribunais superiores, com base na doutrina.

A mudança da jurisprudência tem vocação retroativa: pode ocorrer, por exemplo, que alguém pautar sua conduta na orientação X do tribunal Y, consistente na *desnecessidade* de que certo *tributo* seja recolhido, porque inconstitucional. Uma vez alterado o entendimento do mesmo tribunal no sentido de que o tributo deveria ser recolhido por que seria *constitucional*, muito provavelmente, o Fisco começará a cobrar deste indivíduo, inclusive pelos “atrasados”. A não ser, é claro, que haja modulação.

2. Função da jurisprudência como criadora de direito

Há algum tempo, se vem reconhecendo que a atividade interpretativa exercida pelos magistrados é que dá a versão final da norma, que deve ser *pauta de conduta* para o jurisdicionado. Assim, se, em alguma medida, decisões judiciais são *normas jurídicas*, espalhando seus efeitos *para além do caso concreto* que decidem, deve-se reconhecer e estudar as consequências deste fenômeno. Entre elas estão a necessidade de, sob certas condições, uniformização de entendimentos jurisprudenciais, imposição de alguns (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, *modulação de seus efeitos*.

Com a modulação prevista pelo art. 927, § 3º, do CPC também é este o princípio que se prestigia: *princípio da confiança*

de, sob certas condições, uniformização de entendimentos jurisprudenciais, imposição de alguns (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, *modulação de seus efeitos*.

A atualidade do tema decorre da ousadia do legislador processual civil de 2015, ao criar a regra do art. 927, § 3º: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Originariamente, entretanto, a ideia de modulação, no direito brasileiro, liga-se ao *controle concentrado de constitucionalidade*. Mesmo antes de a lei conter um dispositivo expresso, a jurisprudência já se preocupava em preservar a *boa-fé* dos que tinham agido em conformidade com a lei tida por inconstitucional posteriormente. Com a modulação prevista pelo art. 927, § 3º, do CPC também é este o princípio que se prestigia: *princípio da confiança*.

A nosso ver, tratar com mais clareza o tema da modulação, principalmente no sentido de se poderem atribuir à alteração de precedentes ou às conhecidas “viradas” de jurisprudência, tão comuns no Brasil, efeitos apenas prospectivos, é necessidade que muitas vezes se impõe e que decorre da constatação da evidência de que a *atividade jurisdicional é criativa*. Afinal, é bom lembrar que não é só a lei que não pode ser retroativa: o direito não pode atingir situações passadas.

Mas a modulação é uma possibilidade, não uma inexorabilidade. Não se trata, portanto, de identificar, de forma plena, a irretroatividade das leis com a irretroatividade da jurisprudência. A modulação é excepcional e depende de certas circunstâncias. Mas o instrumento existe e está à nossa disposição. Portanto, deve-se, a nosso ver, estudá-lo de molde a que possa concretizar, na prática, de modo mais pleno, valores constitucionais.

3. Recentes inovações legislativas

A Lei 13.655/18, cuja redação acrescentou alguns artigos à LINDB, trata também deste assunto e traduz, uma vez mais, a *intensa preocupação do legislador com os efeitos deletérios da oscilação jurisprudencial*, que eleva a insegurança jurídica e repercute no *ambiente de negócios do país*².

A redação dos seus dispositivos não é das mais claras³. É permeada de conceitos vagos, apresentando, portanto, a potencialidade de gerar profundas discrepâncias interpretativas.

Entretanto, nos arts. 23 e 24, a nova lei diz algo de extrema relevância quanto à alteração de posição da jurisprudência. O art. 23 estabelece que a decisão, a respeito do tema x, que adota orientação diferente daquela que vinha sendo adotada pelas decisões anteriores do mesmo órgão, deve conter, em si mesma, *regime de transição* quanto à incidência dos efeitos que dela decorrem, quando isso for indispensável para concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica.

O art. 23⁴, cujo conteúdo foi resumido anteriormente, usa expressões excessivamente amplas e não usuais, ao menos na linguagem dos processualistas. Faz, também, uma distinção que seria dispensável: diz que a regra se aplica quando a nova interpretação recair sobre norma de “conteúdo indeterminado”. Ou seja, as normas que ensejam alterações interpretativas, cujos efeitos devem ser modulados, seriam *apenas* aquelas que contêm conceitos vagos. Mas o legislador disse menos do que queria.

Sabe-se que a indeterminação dos conceitos envolve graus: quase todos os conceitos têm certa dose de *vaguedad* (vagueza). Basta se pensar na palavra “mãe”, que pode abranger a *mãe natural*, a *mãe adotiva*, a *mãe*

biológica etc., dependendo do contexto em que se encarte. A nova regra, óbvia e evidentemente, não se aplica “apenas” aos casos em que as normas, cuja interpretação foi alterada, contenham conceitos vagos. O legislador, portanto, expressou uma preocupação correta de modo inadequado, o que pode e deve ser corrigido, sem maiores problemas, pela via interpretativa.

O art. 24⁵, por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser efetivamente atribuído ao instituto da modulação. Diz que quando o

É o que já sustentamos: o direito se baseia num tripé: lei, doutrina e jurisprudência. A pauta de conduta do jurisdicionado nasce de uma combinação entre esses três elementos

Judiciário revê certo ato, contrato, ajuste etc. que tenha se completado à luz de “orientações gerais da época”, para se verificar a sua validade, deve-se levar em conta, como parâmetro, exatamente as orientações vigentes à época da ocorrência do ato, contrato etc., e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior.

Portanto, apesar dos sérios problemas de redação dessa lei, inclusive nos dois dispositivos supramencionados, relevantes dimensões do fenômeno *carga normativa das decisões judiciais* foram abarcadas por esses arts. 23 e 24: (i) a possibilidade de se criarem *regras de transição* entre orientação superada e aplicabilidade integral da orientação nova; (ii) a possibilidade de que não se rescinda sentença proferida com base em orientação jurisprudencial superada, quando era esta a predominante na época da prática do ato ou da conduta *sub judice*; (iii) a necessidade de que a *regularidade* dos atos ou das condutas das partes seja *avaliada* em conformidade com as *normas jurídicas* (= pautas de conduta) *existentes à época* em que os atos foram praticados.

Quando nos referimos, aqui, à norma jurídica (= pauta de conduta), queremos significar a lei, interpretada pelos tribunais, de acordo com a doutrina. É o que já sustentamos: *o direito se baseia num tripé: lei, doutrina e jurisprudência*⁶. A pauta de conduta do jurisdicionado nasce de uma combinação entre esses três elementos.

4. Quando o Poder Judiciário deve inovar?

Sabe-se que muitas vezes o Poder Judiciário é protagonista na evolução do direito. Por outro lado, a alteração frequente da jurisprudência gera efeitos negativos, de toda sorte⁷.

No Brasil, diz com razão Ronaldo Cramer, parece que se considera “normal” entender que a jurisprudência não é *do tribunal*, mas da “*atual composição*” de magistrados do tribunal. Logo, mudando a composição humana da corte, altera-se a jurisprudência: altera-se o direito⁸. Mas se sabe que em muitos casos a alteração do direito (= da pauta de conduta que deve ser respeitada pelo jurisdicionado) é realmente obra do Poder Judiciário.

É comum que em algumas áreas do direito, que são aquelas em que as alterações de padrões morais e éticos, das sociedades, que se refletem nos costumes, nas noções de “certo” e de “errado”, haja a necessidade de que o *direito mude*, e isto ocorre *antes* no ambiente dos tribunais e depois, apenas depois, altera-se a lei. Essas mudanças devem ser lentas e graduais. Nada (salvo correção de *erros*) justifica as tais viradas às quais estamos habituados.

A nosso ver, o juiz não deve ser autor da “evolução” do direito quando decide em ambientes decisoriais que chamamos de *rígidos*, como é o caso, por exemplo, do direito tributário, podendo fazê-lo em ambientes mais *frouxos*, como, v.g., o direito de família. Portanto, a modulação se revela imprescindível para suavizar os efeitos nocivos da mudança de orientação do Judiciário em campos em que esta alteração, de rigor, não deveria ter acontecido.

Explicando: como dissemos, a nós nos parece que a alteração da jurisprudência é *naturalmente retroativa*⁹ no sentido de atingir situações que ocorreram durante a prevalência da orientação anterior¹⁰. *Justamente por isso* é que existe a *modulação*, para corrigir esta distorção, nos casos em que esta correção é necessária¹¹.

O princípio da proteção da confiança vem-se tornando cada vez mais relevante para o direito, porque eleva o nível do potencial de atividades humanas, contribuindo para a racionalização das escolhas que integram a conduta dos homens, permitindo progressos de antecipação

dos comportamentos futuros do *alter*¹². Em última análise, a sociedade “funciona melhor” quando uns confiam nos outros e todos confiam no Estado. E é evidente quando esta confiança é prestigiada. *Indivíduos devem poder confiar no Estado*. O Estado não pode *frustrar e desorientar* o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes.

A mudança da orientação de um tribunal superior atinge situações pretéritas, surpreendendo negativamente o jurisdicionado, que confiava na pauta de conduta tida por correta anteriormente. O princípio da confiança é, a nosso ver, ínsito ao estado de direito.

Na verdade, a exigência de que as autoridades em geral ajam de boa-fé é indispensável à segurança jurídica¹³. Aqui se está referindo obviamente à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, a coerência e a harmonia dos atos que compõem suas condutas¹⁴.

Tudo o que se disse se aplica indubitavelmente à conduta do Poder Judiciário. Geram confiança, por exemplo, a jurisprudência firme e iterativa de um tribunal, um precedente de um tribunal de cúpula etc.¹⁵ A mudança de orientação dos tribunais deve sempre ocorrer de forma lenta e, mesmo assim, não em todos os campos do direito.

A alteração de jurisprudência em ambientes a que chamamos de “frouxos”, que são aqueles em que a previsibilidade e a segurança jurídica não são valores que tem mais relevância do que o “acerto” da solução, decorrente de sua *adequação* perfeita àquilo de que a sociedade precisa, é bem-vinda. Sendo lenta e gradual, como dissemos, deve ser vista com bons olhos. Um exemplo expressivo é o campo dos direitos fundamentais ou do direito de família, em que o papel do Judiciário, como protagonista na evolução do direito, é digno de nota.

A mudança brusca da jurisprudência dominante ou pacificada de qualquer tribunal, bem como a alteração de tese adotada em precedentes vinculantes, no sentido forte, (IRDR, recursos repetitivos, incidente de assunção de competência e recurso extraordinário) “revela comportamento contraditório do Estado que não pode prejudicar o jurisdicionado”¹⁶. Muito menos quando a mudança beneficia o Estado, pois, neste caso, o Estado não poderia se beneficiar da própria torpeza.

A modulação consiste, como diz, com razão, Valter Shuenquener de Araújo, de uma forma de tutela contra o Estado¹⁷. Trata-se de uma maneira de suavizar os efeitos negativos da alteração abrupta da norma.

5. Quando se deve modular?

5.1 Primeiro critério – preexistência de confiança

O primeiro critério que aparece como fundamental para identificar casos em que a modulação deve haver é o de que, com ela, se estará *protegendo a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior*¹⁸.

A orientação anterior deve ter sido, como regra, firme e duradoura. Deve ter representado, para o jurisdicionado, *confiável pauta de conduta* (= direito)¹⁹. Veja-se, entretanto, que isso pode ocorrer, no direito brasileiro, também quando se trata de apenas *um precedente do STF*.

Esse, a nosso ver, é o *primeiro* dos *pressupostos* para que se proceda à modulação: deve-se, por meio dela, proteger a confiança do particular nos atos do Estado – no caso específico, a confiança do jurisdicionado na pauta de conduta criada pelo Poder Judiciário²⁰.

5.2 Segundo critério – áreas rígidas do direito

Um segundo critério que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação é o de se tratar de situação em que o *ambiente decisional*²¹ *seja rígido*²² e que, por isso, a nosso ver, em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário²³.

Esta ideia no sentido de que há ambientes, no direito, permeados por princípios e normas mais *duros, inflexíveis*, e outros em que os princípios são mais *suaves* não corresponde precisamente aos ramos do direito, vistos como um todo. No direito civil, por exemplo, uma área rígida é a que disciplina os *direitos reais*. Área que chamamos de ambiente decisional frouxo é a disciplina dos *contratos*. Tudo indica que nesses campos mais rígidos a modulação é adequada.

A doutrina não é insensível, justamente, à necessidade de se proteger a confiança do jurisdicionado quando há alteração da jurisprudência no campo do *direito tributário* e a nova posição ou o novo entendimento *prejudicam o contribuinte*²⁴. Aqui já sugerimos qual seria, a nosso ver, o terceiro dos critérios, de que logo adiante trataremos. Tratando-se de um ambiente decisional rígido, em que, de rigor, as alterações de regras deveriam operar-se por meio da atuação do *Legislativo*, não do *Judiciário*, a modulação, de regra, *seria* necessária²⁵.

5.3 Terceiro critério – prejuízo ao particular

Deve haver modulação quando a mudança de orientação *prejudica o particular*²⁶, e este é um terceiro critério, quando se trata de caso que envolva, direta ou indiretamente, o Estado²⁷. Se a nova posição prejudicar o particular, deve haver modulação. Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da *incoerência da conduta dos representantes do Estado*.

Como dissemos, a modulação é um instrumento para que o particular possa *defender-se contra o Estado*. Quando a jurisprudência muda²⁸, o Estado (o Judiciário) [pode estar] está incorrendo em conduta encartável na má-fé objetiva: é um *venire contra factum proprium*. Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável; altera-se e a nova regra, ainda por cima, prejudica o particular! É evidente que este não pode ser *duplamente prejudicado*.

De fato, esse terceiro critério é para indicar que deve haver modulação caso a nova posição ou o novo entendimento do tribunal seja *desvantajoso para o particular*²⁹, *quando se tratar de hipótese que envolva o Estado*³⁰.

6. Argumentos consequencialistas

Argumentos consequencialistas têm estado cada vez mais presentes nas decisões jurisdicionais. Não nos parece que seja algo criticável, desde que *não* sejam estes os *únicos argumentos*. Na verdade, os argu-

mentos consequencialistas servem para, de certo modo, “desempatar o jogo”, na circunstância de haver mais de uma solução com apoio dogmático forte. Aí sim, pode-se optar pela solução que cause menos efeitos negativos na sociedade como um todo. Com isso, queremos dizer, por exemplo, que o argumento de que “não modular ou modular geraria um rombo nos cofres do Estado” jamais poderia ser usado como única base da decisão.

7. Anotações conclusivas

A modulação, na sua versão mais usual, é instituto que visa a evitar que o jurisdicionado seja surpreendido com a *mudança* das regras que *já terá seguido* no passado, mudança está que *atingirá o próprio passado*. Para a vida das pessoas, a falta de previsibilidade *para o futuro* já é, em si mesmo, algo extremamente negativo. Muitíssimo mais prejudicial é a “falta de previsibilidade” do passado.

A instabilidade da jurisprudência no Brasil é fenômeno indesejável, que desorienta e atordoa aqueles que devem planejar suas condutas para o futuro. Se, todavia, se tem presente que a vocação da mudança da orientação dos tribunais tem efeito retroativo, a situação piora consideravelmente. É o que a modulação pretende evitar.

O instituto deve, portanto, ser visto com bons olhos, e ser usado de molde a contribuir para um ambiente jurídico e, por consequência, também um ambiente de negócios estável e sem sobressaltos indesejáveis.

Notas

1. Teresa Arruda Alvim. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associa-

ziona italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

2. Da exposição de motivos da lei extrai-se que os novos artigos visam a gerar mais “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.
3. Pondera Floriano Marques de Azevedo Neto, um dos idealizadores do projeto de lei, que “A LINDB contém normas de aplicação reflexa, destinadas não a criar ou limitar direitos dos indivíduos, mas sim normas de interpretação que serão utilizadas pelo intérprete para bem aplicar outras normas (...) as regras de interpretação sempre deverão de ser construídas com pautas e texturas normativas mais abertas”. (AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018).
4. “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.
5. “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.
6. Já escrevemos sobre o tema em ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 347.
7. Há interessante texto, de autoria de José Augusto Delgado, em que este autor critica com veemência as alterações da jurisprudência, bem como sua desuniformidade, além de dar incontáveis exemplos de situações em que isto

acontece: “A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições. (...)”

Citação: A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de um país.

Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais e, com isso, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional é tarefa principalmente dos profissionais do direito – os juízes, em particular. Essa responsabilidade não pode ser transferida a ninguém mais: economistas, legisladores ou mesmo o governo pouco ou nada podem fazer a respeito. Lamentavelmente, contudo, ainda é pequena a percepção entre os profissionais jurídicos acerca da relevância da questão. Treinados para focarem os litígios em sua individualidade, esses profissionais raramente notam os efeitos macro-institucionais que os cercam.

A reversão desse quadro também é tarefa exclusiva dos advogados, juízes, promotores de justiça e demais profissionais do direito. Estimulá-los a se preocuparem com as repercussões das decisões judiciais na criação de um ambiente institucional que atraia os investimentos produtivos de longo prazo é o primeiro desafio a enfrentar, se quisermos que, no Brasil, a Justiça não desequilibre a economia” (DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. *BDJur*, p. 4; 74-75. Disponível em: [<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>]. Acesso em: 05 jun. 2019).

8. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 147.
9. Alteração da jurisprudência tem vocação retroativa. Como explica Daniel Mitidiero: “Em segundo lugar, a *alteração do precedente deve ter vocação retroativa*, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso porque é justamente para evitar a aplicação de uma *norma inexistente* e, portanto, *desconhecida* no momento da conduta de determinada pessoa que a superação prospectiva do precedente e encontra justificação”. (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134).
10. Criticando a situação anterior ao CPC/15, Estevão Mallet afirma que: “A ir-restrita aplicação retroativa da jurisprudência suscita, como visto, graves problemas práticos, comprometendo a segurança jurídica. Por isso, a despeito do

entendimento geralmente dominante nos tribunais, encontram-se, também no sistema jurídico brasileiro, restrições a esse resultado. Algumas estão expressas no próprio direito positivo. Outras são criadas pela doutrina e pelos tribunais, de modo casuístico, para evitar prejuízos sociais relevantes”. (A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *RePro*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar./2006).

11. Neste sentido: “É relevante que se compreenda o porquê dessa diferença: a alteração da jurisprudência tem, sempre, salvo no caso de haver modulação, efeito retroativo. A mudança da pauta de conduta, quando ocorre por obra do juiz, acaba por servir de base para avaliar casos que ocorreram à luz da orientação superada, o que gera surpresa, indesejável e, de rigor, inadmissível, como regra, no âmbito do direito tributário ou penal.

Veja-se que a própria modulação é sinal evidente de que o legislador reconhece que decisões judiciais geram pauta de conduta: orientação para os outros tribunais e para o próprio jurisdicionado. Trata-se da preocupação do legislador de criar normas de direito “intertemporal” também para a mudança da jurisprudência.

Um rápido parêntesis acerca da importância e da coerência na aplicação da técnica de modulação dos efeitos das decisões, para o que citamos a lição de Marinoni: ‘O emprego das técnicas de modulação dos efeitos temporais exige cautela. Obstaculizar a retroatividade de efeitos pode gerar resultados inconsistentes ou tratamento desigual para casos iguais’”. (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017, p. 140-141).

12. CABRAL, Antonio do Passo, comentando pensamentos de Niklas Luhmann, *Coisa julgada e preclusão dinâmicas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, item 1.10.7.1, p. 156.
13. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “A analogia é perfeita: o administrador *de boa-fé* que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 473).
14. No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86)”. (Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do

- projeto de novo CPC. In: Antônio Adonias; Fredie Didier Jr. (Orgs.) *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2.ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 367).
15. O princípio da proteção da confiança é que dá paz e tranquilidade para que as pessoas planejem suas vidas: “Em resumo, a expectativa de comportamento é uma espécie de esperança ou aposta baseada em padrões e comportamentos anteriores já experimentados ou conhecidos. É a espera pela resposta que é possível *sensatamente* antecipar. Essas expectativas, como confirmam as experiências de vida, preparam os sujeitos para lidar com resultados decorrentes do que se espera ou se pode esperar. Elas programam os projetos existenciais das pessoas. Assim, uma vez que se pode antecipar um resultado possível, qualquer surpresa frustra expectativas, causando decepção ou prejuízo de alguma ordem”. (FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coords.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: RT, 2017, p. 60 – g.n.).
 16. LUCCA, Rodrigo Ramina de. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014, p. 1127.
 17. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, *passim*.
 18. Por isso é que aludem Marinoni e Mitidiero à necessidade, para que haja modulação, de que em tese existam soluções distintas para o mesmo caso: circunstâncias fáticas idênticas e mais de uma solução possível (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao Jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281).
 19. “A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”, uma vez que nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr.-jun. 2011; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011).
 20. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAÚJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 116.

21. Conceito de que tratamos anteriormente.
22. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: “As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn” (STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015 – Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3, p. 18).
23. Inegavelmente, no direito tributário: “Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).
24. “A questão fica mais evidente, ainda, quando se trata de matéria tributária em que conflitam as interpretações do fisco e do contribuinte, circunstância que acarreta a atuação do Poder Judiciário como pacificador social desse conflito. Nessa medida é que o jurisdicional/contribuinte pauta sua conduta pela sinalização da jurisprudência, dado o cipoal de normas legais e administrativas desconstruídas e de entendimentos administrativos muitas vezes divergentes que reinam no Brasil” (NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 90). Note-se que o autor chega a empregar a expressão *pauta de conduta*.

Nesse sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta: “Caso o objeto da alteração seja uma norma que veicule uma obrigação acessória, poderá alcançar o passado, desde que não viole qualquer garantia fundamental do contribuinte. Inadmissível é que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária seja penalizado por descumprir uma obrigação que ele supunha inexistir, por confiar numa jurisprudência uniforme que se posicionava nesse sentido (CTN, art. 100, parágrafo único) (...)”

Por fim, em se tratando de normas que regulam as sanções tributárias, *alterações prejudiciais ao contribuinte só poderão ter eficácia para o futuro*. Assim, por exemplo, decisão que implique o aumento da multa cobrada pelo Fisco em razão do cometimento de alguma infração não autoriza a exigência da

- diferença em caráter retroativo. Caso contrário, ou seja, se a modificação for mais favorável ao contribuinte, poderá ser admitida com efeitos para o passado. Assim como o ordenamento admite a retroatividade na aplicação da lei tributária mais favorável ao infrator (CTN, art. 106, II), deve-se também aceitar o caráter pretérito da modificação jurisprudencial em tais situações” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O princípio da segurança jurídica em face de mudança da jurisprudência tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10, p. 367)
25. “Uma modificação na jurisprudência em matéria tributária, por exemplo, poderia acarretar, indevidamente, a necessidade de pagamento de um tributo por um particular que, em razão de um entendimento anterior, não era considerado sujeito passivo tributário. Uma alteração jurisprudencial dessa maneira pode, portanto, prejudicar um particular com a mesma gravidade que uma alteração promovida por uma lei”. (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 227).
 26. Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do *prejuízo* que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 948).
 27. Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara esta invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito *ex nunc* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).
 28. Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade.
 29. No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributária, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov.-dez.2016).

30. Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: “Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica” (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140). Entretanto: “A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964” (...) “Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o *status* de direito fundamental, conforme exposto” (*ibidem*, p. 143).

Referências

- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR., Fredie. (Orgs.) *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.
- BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusão dinâmicas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. *BDJur*, p. 4; 74-75. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120]. Acesso em: 05 jun. 2019.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.
- FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coords.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: RT, 2017, p. 51-82.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014, p. 1127.
- MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Re-Pro*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar./2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr.-jun. 2011; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao Jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.
- PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O princípio da segurança jurídica em face de mudança da jurisprudência tributária. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10.
- STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3).
- TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov.-dez.2016.

A luta por uma personalidade reconhecida: Paulo Roque e o direito de existir num contexto biopolítico

Maria de Lourdes Araújo¹

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR

Resumo: O presente artigo resulta de pesquisa realizada a partir da análise de um caso concreto. Cuida-se do processo autuado sob o n. 0001168-77.2012.8.16.0072, que tramitou perante a Vara Cível da Comarca de Colorado, tendo por escopo o pedido declaratório e respectiva emissão do registro tardio de nascimento de um idoso identificado às margens de um rio, sem nenhum documento ou vínculo familiar conhecido. Avalia a importância do direito ao reconhecimento da personalidade, à luz da teoria do reconhecimento de Axel Honnet. Discute a importância do direito de existir juridicamente enquanto manifestação do direito da personalidade ao nome (art. 16, CC), numa avaliação biopolítica, bem como os obstáculos postos a este reconhecimento.

1. Contextualização

EM DEZEMBRO DE 2009 A EQUIPE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL do município de Colorado-PR encontrou um idoso que se autodenominava Paulo Roque morando numa pequena tenda às margens de um rio na

localidade de Jupira, zona rural do município. Não possuía nada além de uma sacola reutilizada com algumas roupas e nenhum documento de identificação pessoal ou informação acerca de eventuais familiares. Chegou a ser encaminhado para uma casa de acolhimento de idosos. Entretanto, por não se adaptar às condições de convívio coletivo, sempre abandonava a instituição, retornando à mesma margem do rio, vez que não se adaptava ao ambiente da “creche dos velhos”, denominação que atribuía ao local de acolhimento dos idosos. Na condição de substituto processual e na defesa dos direitos individuais indisponíveis, após três anos, o Ministério Público ajuizou ação² postulando a declaração de reconhecimento do nascimento, e a consequente lavratura da certidão do registro de nascimento tardio daquele indivíduo, tudo consignado nos livros próprios do cartório de registro civil local. Sustentou no feito a necessidade da lavratura da certidão de nascimento como materialização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, especialmente consagrado na legislação protetiva do Estatuto do Idoso.

Mesmo antes da propositura da ação e durante a sua tramitação, diversas diligências foram empreendidas, não logrando êxito em encontrar possíveis ascendentes ou descendentes do representado. Intensas trocas de comunicações protocolares, entre diversos órgãos estatais, foram levadas a termo, especialmente junto às secretarias de Segurança Pública de estados circunvizinhos visando consultas nos respectivos cadastros, na busca da possível identificação datiloscópica daquela pessoa, tudo sem nenhum sucesso.

Materialmente falando, é certo que Paulo Roque nasceu em algum dia, algum lugar, filho de um pai e uma mãe, provavelmente no regaço de alguma entidade familiar. Por razões injustificadas, passou a viver às margens de um rio, sem nenhuma estrutura material e sanitária, bem como nenhuma identificação civil que, até demandar a prestação de um serviço público de saúde e assistência, nenhuma falta lhe fez. Contudo, com o peso dos anos, o desfalecimento dos músculos e o esvaecer dos movimentos, careceu ser provisoriamente acolhido ora no asilo, ora no único hospital com atendimento público da região que, ante o dever humanitário de cuidar a um subnutrido, olvidava a ausência de identi-

ficação civil para controle protocolar de ingresso, permanência e saída ao Sistema Único de Saúde.

Mas afinal, quem é aquele homem? Que nome tem? Quem são os seus pais, sua família? De onde veio? São tantas e igualmente variadas as respostas proferidas por ele para cada uma dessas perguntas que nenhuma delas se tornava digna de fé. Ao longo dos anos, a perda das habilidades e a crescente fragilidade física decorrente dos anos de exposição a toda adversidade natural cobrou o preço com uma severa desnutrição, que o obrigou a se conformar com a condição de hóspede daquela indigita-da creche senil.

Por intermédio da ação que pugnava pela concessão do registro de nascimento tardio, começava a saga jurisdicional pela investigação, em todos os diversos sistemas estatais burocratizados e incongruentes para, sob a chancela do poder público, encontrar a real identidade daquele já senil indivíduo que, até então, perambulava da margem do rio para um leito da casa de saúde e a entidade de acolhimento de idosos. Sete anos se passaram entre ofícios remetidos e recebidos por diversos órgãos, dentre eles os institutos de identificação e criminalística dos variados estados da federação, na inocente ilusão de que, entre aqueles inúmeros e desestruturados arquivos datiloscópicos, fosse encontrado um que se equiparasse aos traços marcados nas extremidades dos dedos daquele idoso da beira do rio. Tudo em vão!

Quando ouvido em juízo, de maneira incongruente e desconexa, declinou com a certeza dos intitulados malucos o seu nome completo (Paulo Roque Nogueira) e do suposto pai (Paulo Nogueira). Quanto ao local e data do nascimento, com a liberdade própria dos alucinados, se permitiu a descrição de lugares e ocasiões diversas. O relato de sete pessoas que conviveram com o representado desde a década de 1970, reiteravam a tese do desconhecimento de dados de identificação oficial, bem como de eventuais ascendentes ou descendentes. A partir das informações e das provas possíveis produzidas no feito, em agosto de

A certidão de nascimento é o documento mais importante de uma pessoa, ao permitir o acesso aos direitos civis de cidadão brasileiro

2016 foi proferida sentença julgando procedente o pedido formulado, para o fim de declarar o nascimento e determinar a lavratura da respectiva certidão de nascimento.

2. A importância do registro civil de nascimento na formação da identidade da pessoa e sua individualização

A indispensabilidade do registro civil de nascimento na formação da identidade, enquanto direito personalíssimo do indivíduo e sua singularização, sob a inspiração do direito civil-constitucional, foi tema tratado por Andréia Cristina dos Santos Honorato de Almeida e Ivan Dias da Motta³, quando destacaram com percuciência que “a vida é prova da própria existência física da pessoa humana, mas a prova jurídica de sua existência decorre a partir do registro civil de nascimento e expedição da certidão de nascimento”.

Ainda no mesmo artigo científico, evidenciando o contexto do sub-registro civil de nascimento no Brasil, os autores realçaram que

a certidão de nascimento é o documento mais importante de uma pessoa, ao permitir o acesso aos direitos civis de cidadão brasileiro como: votar e ser votado, casar, trabalhar com carteira de trabalho assinada, abrir contas bancárias, adquirir e alienar bens, participar de concursos públicos e licitações ser beneficiário de programas assistenciais do governo, enfim, é um documento necessário ao exercício dos plenos direitos humanos. Sem o registro civil, a pessoa fica impedida, de receber as primeiras vacinas e de se matricular nas escolas. (...) O RCN está diretamente relacionado a garantia dos direitos fundamentais, permitindo que esses direitos possam chegar a todos, por igual, e não sejam apenas formalmente reconhecidos, mas que se concretize e se torne materialmente efetivos.

É bastante pertinente a observação destacada, tendo em vista que é a partir do reconhecimento da existência jurídica da pessoa que a mesma passa a integrar o grupo dos cidadãos pertencentes àquele sistema social e, enquanto tal, apto ao exercício dos direitos e garantias funda-

mentais, especialmente relevantes à população em situação de vulnerabilidade social. Tal documento é o que reconhece, juridicamente, a condição de singularidade da identidade daquela personalidade.

Tendo em vista que o ser humano é especialmente um indivíduo relacional, a autoidentificação e o reconhecimento a partir do outro com quem interage, além do *status* ativo e passivo em relação ao Estado, exerce especial função no processo de interação entre os membros de um grupamento social, em todas as suas instâncias. O pleno apossamento dos direitos fundamentais, que projeta efeitos no âmbito das relações tanto verticais quanto horizontais, pressupõe o atendimento do direito de existir. Embora a fruição material do direito à vida, à integridade física, à liberdade e à igualdade não estejam necessariamente vinculados ao reconhecimento da identidade civil do indivíduo, à luz da concepção ideológica de construção estatal, o exercício e a defesa de tais garantias exigem a certificação de tal fato jurídico.

3. As funções estatais na preservação da personalidade num contexto biopolítico

A discussão acerca do papel do Estado no processo de construção e implementação de políticas públicas destinadas à promoção e ao reconhecimento da personalidade no atual contexto social e histórico da humanidade, especialmente em face do caso sob análise, justifica a presente reflexão. O discurso de reconhecimento da existência de uma personalidade sobre a qual se projetam ações e omissões estatais visando sua afirmação e preservação passa pela definição de existência e validade dos elementos que compõem esta discussão. O que vem a ser a personalidade e qual a sua acepção jurídica? De que espécie de proteção estamos tratando e para quem? Qual a entidade/órgão incumbido de que espécie de promoção e proteção e de onde advém tal legitimidade? Quais os instrumentos dirigidos a esta entidade e efetivamente manejados no exercício de tais ônus/prerrogativas e até que ponto foram/são/serão eficazes? São estas questões, dentre várias outras possíveis e latentes no âmago do pesquisador, sobre as quais se reflete nesta exposição.

Numa concepção razoável, o convívio social está indissociavelmente ligado à ideia de respeito aos valores e perspectivas diferentes, e o Estado assume um papel relevante na harmonização destes interesses. A simples ideia de formação de uma maioria democrática não resolve a dificuldade de articulação entre os interesses de grupos que ocupam o poder num determinado período, até porque nem todos os Estados abraçaram a forma democrática de divisão do poder ou se propõem a acolher tal regime como o que melhor corresponde às suas expectativas sociais, culturais e locais. O exercício do poder a partir de um conceito biopolítico, na concepção originariamente concebida por Foucault⁴, representa uma mudança fundamental na forma como a vida passa a ser encarada pelo poder, tendo em vista que as opções estatais podem ser determinantes tanto na predileção da vida quanto no fomento da morte dos componentes daquele grupamento social. Assim sendo, a real identificação e reconhecimento da personalidade individual, social e seus diversos atributos passa a ser também pauta de escolha de modelos estruturantes de ações estatais incorporadas por meio de políticas públicas para promoção e proteção de direitos humanos.

Tratando do contexto histórico e social apresentado no caso sob investigação, é axiomática a assertiva de que, num contexto biopolítico saudável, para a mínima preservação daquele ser, muito mais que o seu direito de existir juridicamente, por meio da lavratura de certidão de nascimento e conseqüências, ainda que tardia⁵, são exigíveis políticas públicas que lhe reconheçam o efetivo direito à dignidade em condições mínimas de saúde, educação, convivência comunitária saudável, previdência/assistência social, lazer e nutrição.

No convívio social cotidiano o ser humano desempenha variados papéis nem sempre harmônicos ou compatíveis, mas certamente simultâneos. São pais/mães, esposos/esposas, estudantes, profissionais, eleitores/cidadãos, gestores/geridos, contratantes/contratados, dentre outros. Na plena representação de todos esses personagens, parte-se de um pressuposto de garantia pelo Estado enquanto entidade politicamente organizada donde emanam normas jurídicas hábeis ao pleno equacionamento das relações sociais, da validade, vigência e eficácia dos pactos assim estabelecidos, desde os mais particulares e reservados ou unipes-

soais aos mais complexos. Desde o nascimento com vida⁶ até o último suspiro de existência da matéria, a trajetória humana é regida por um conceito jurídico que assegura ao nascituro a condição de detentor do *status* humano com os efeitos próprios, até o fato cabal de reconhecimento público e inegável da inexistência material pela morte, que também recebe a chancela estatal⁷. É o que Alain Supiot⁸ afirma ser a condição estatal de terceiro garante da identidade, nos termos seguintes:

Pedra angular do nosso edifício institucional, ele é a representação imortal dos atributos do ser humano, expurgados de sua negatividade: Único, ele não é o igual dos homens; Soberano, ele não é sujeito a ninguém mais além dele; e Espírito Público, ele nunca morre, pois seu corpo físico é o povo, que se regenera sem cessar. Pessoa transcendente, titular de prerrogativas exorbitantes do Direito comum, o Estado é o garante primordial da personalidade jurídica dos seres reais ou fictícios que se lhe reportam. Sem essa pedra angular, a nossa montagem antropológica desaba. Essa referência exclusiva do Estado para identificar as pessoas, longe de ser regra, é, ao contrário, a exceção. Em numerosíssimos países, inclusive ocidentais, as questões do estado civil continuam a depender ao todo ou em parte da esfera religiosa.

A assertiva filosófica “*penso, logo existo*”⁹ bem poderia ser replicada pela afirmação: o Estado reconhece, logo existo. Eis a íntima relação jurídica entre o reconhecimento da existência do humano e a figura da entidade estatal.

4. O sub-registro de nascimento enquanto negação do direito da personalidade e a função estatal

No intuito de combater o chamado sub-registro de nascimento no Brasil, a Lei 11.790, de 2 de dezembro de 2008, alterou o art. 46 da Lei 6.015/73, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias extrajudiciais. No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 28¹⁰ regulamentan-

do a matéria. Afirma-se que o número de sub-registro de nascimento vem caindo consideravelmente no Brasil. Análise estatística elaborada pelo Instituto de Geografia e Estatística-IBGE demonstra que entre 1980 e 2013, com algumas variações, o percentual caiu de 25% para 1% da população, concentrados, majoritariamente nas regiões norte e nordeste do país¹¹. Inobstante, o caso sob análise se contrapõe a estes dois dados oficiais, vez que, residente numa região do país, em tese, sem apontamentos de sub-registros de nascimentos, ainda está à margem da condição jurídica de ser humano existente perante o Estado. E, apesar dos empreendimentos oficiais de facilitação do acesso ao documento que atesta primariamente a identidade civil, por diversos fatores e vulnerabilidades inestimáveis, embora já idoso, não foi contemplado com a certificação original de existência civil. Como se não bastasse, é tolhido do acesso a diversos outros serviços e políticas públicas oficiais de amparo.

Independentemente do alcance filosófico ou histórico adotado para justificar a essência desta sociedade politicamente organizada concebida como Estado, admite-se que se compõe de elementos de ordem formal – poder político – e material – aspecto humano e territorial¹². Ao menos no Estado ocidental brasileiro, a própria existência e, por conseguinte, a identidade é titulada pelo Estado a partir de critérios jurídicos. O mesmo se nota nas mais diversas vertentes do convívio pessoal e social, quando tal entidade reconhece, legitima e obriga o cumprimento (voluntário ou compulsório) dos pactos, a punição aos infratores da ordem instituída, o resguardo da entidade familiar com os respectivos bônus e encargos, o tão propalado direito de propriedade, a livre manifestação do pensamento, o pleno exercício das prerrogativas inerentes à cidadania, dentre tantas outras implicações.

Neste contexto exsurge a concepção jurídica de personalidade como sendo

uma aptidão genericamente reconhecida: toda pessoa é dotada de personalidade. É a possibilidade de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da cidadania, garantida constitucionalmente, que será implementada (dentre outras maneiras) através dos direitos da personalidade.¹³

Com esta acepção normativa, os direitos da personalidade passam a ser então caracterizados como “*absolutos, indisponíveis relativamente, imprescritíveis e extrapatrimoniais*”¹⁴. Ainda, neste rol de direitos vinculados à pessoa e à noção de cidadania e dignidade que os novos tempos reclamam, temos os ditos direitos fundamentais, que, “em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”¹⁵ e no cenário brasileiro encontram-se estampados na carta magna com especial destaque no art. 5º, dirigidos a todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Em suma, consubstanciam-se na inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹⁶, por intermédio do extenso rol de mecanismos para a efetivação dessas garantias.

Entre esses direitos e garantias fundamentais, a imprescindibilidade da efetivação da tutela jurisdicional eficaz estimulou uma aprovação de emenda constitucional especialmente para proclamar que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*¹⁷. Soa bem discrepante defender a tese da efetivação deste direito fundamental quando, como no caso ora analisado, dentre tantos outros, o Estado-juiz demanda sete anos para a resolução de uma demanda que não pressupõe tão alta indagação jurídica.

O reconhecimento jurídico do direito ao nome enquanto componente da personalidade do ser humano foi expressamente previsto pelo Código Civil – regente privilegiado das relações privadas, em princípio – no seu art. 16, parte do capítulo dedicado aos direitos da personalidade, quando legisla que “toda pessoa tem direito ao nome, neles compreendido o prenome e o sobrenome”.

A noção da personalidade compreendida como autoconhecimento deste ser humano está em xeque na sociedade moderna, globalizada, interconectada e influenciada pelas ondas de demandas por consumo físico e psíquico, a ponto de provocar uma sincera e real crise

É real o clamor por liberdade individual ilimitada no seio social, com o Estado intervindo minimamente no âmbito das relações privadas

de identidade. É real o clamor por liberdade individual ilimitada no seio social, com o Estado intervindo minimamente no âmbito das relações privadas, tão somente para resguardar o patrimônio mínimo. Isso num cenário de considerável concentração de renda e falta de acesso ao conhecimento sistematizado, já que afinal “as universidades devem ficar reservadas para uma elite intelectual”¹⁸. Há protestos por respeito à diversidade física, psicológica e de gênero, a qualquer custo e sob quaisquer condições. O ser humano, esse mesmo que, sob a repercussão jurídica do grande contrato social, demanda a chancela estatal pela existência, passa por uma severa crise de identidade, sobremaneira influenciada por ideias tidas como vanguardistas de conotação política, econômica e cultural, provocando uma inflação de liberdades. Até a existência e sobrevivência deste Estado garantidor está posta à prova em nome e por exigência de um condescendente regime das liberdades. As concepções que justificaram esse Estado garantidor são confrontadas com as aspirações por liberdade e sistemática autorregulação, por pouco comparáveis a um niilismo. Conquistas incomensuráveis testificadas por ideais de liberdade, igualdade e fraternidade estão sendo minimizadas frente a aspirações por pseudossociedades fundadas na segurança e na paz. Esse discurso do enfraquecimento da estrutura estatal impõe um vácuo que pode vir a ser ocupado por alguma ideologia não necessariamente majoritária ou democrática, tal qual é possível re-ler na história recente da humanidade, quando uma dissimulada autoridade se arvora na condição de legítimo detentor dos anseios sociais, impondo ao menos hábeis politicamente o pesado fardo da submissão involuntária¹⁹. Afinal,

é natural no homem o ser livre e o querer sê-lo; mas está igualmente na sua natureza ficar com certos hábitos que a educação lhe dá.

Diga-se, pois, que acaba por ser natural tudo o que o homem obtém pela educação e pelo costume; mas da essência da sua natureza é o que lhe vem da mesma natureza pura e não alterada; assim, a primeira razão da servidão voluntária é o hábito: provam-no os cavalos sem rabo que no princípio mordem o freio e acabam depois por brincar com ele;

e os mesmos que se rebelavam contra a sela acabam por aceitar a albarda e usam muito ufanos e vaidosos os arreios que os apertam²⁰.

Após todas as ondas geracionais dos direitos em face do Estado – positivas, negativas, ativas e passivas²¹ – inerentes à condição humana, a personalidade juridicamente reconhecida pela entidade estatal enseja ações e omissões daquela mesma entidade a partir da parcela de renúncia da liberdade individual de cada cidadão livre e solidário na composição do amplo e proclamado indissolúvel mosaico sob o qual se infirma o poder soberano que não mais está fundado no divino ou no sobrenatural, mas no grande e copioso pacto social.

A aceção jurídica estatal desempenha um considerável papel antropológico e representa a possibilidade da fixação de parâmetros de ação e limites de reação. No confronto entre o privado, fundado na livre iniciativa desprovida de regras protetivas aos direitos mínimos da personalidade, e o público, a soberania enquanto elemento constitutivo do próprio Estado compõe equidade e equilíbrio nas relações sociais.

No franco desempenho deste papel garantidor, o Estado conta com instrumentos de ação consubstanciadas nas políticas públicas, assim compreendidas como *a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do estado democrático de direito e à promoção e proteção dos direitos humanos*²². Representam planos e mecanismos de ação que, sendo claramente identificados, planejados, implementados, aferidos e avaliados, poderão corresponder ao pleno cumprimento da missão estatal de garantia de cabal equilíbrio nas relações sociais. A concepção do Estado cumpridor de sua missão garantista de promoção e resguardo da personalidade com dignidade encontra no conceito de biopolítica a sua equivalência. Tanto quanto um organismo vivo demanda cuidados e nutrientes para a manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade também aspira do Estado o cuidado e proteção. Esta simbiose que se retroalimenta encontra nas políticas públicas a sua vertente mais perceptível. Neste contexto, é a personalidade humana, em última instância, que precisa ser promovida e garantida, desde a sua identificação, como no caso específico ora destacado, até o acesso aos meios e recursos que assegurem o seu pleno desenvolvimento.

Escravos de um egocentrismo social de culto ao individualismo, vários escapes são disparados rumo ao preenchimento desse vazio existencial. A humanidade aparenta enferma em estágio terminal, exigindo cada vez mais intervenções individualistas e céleres, no compasso dos acontecimentos sociais e sua vertiginosa propagação, em prol da satisfação econômica e material desse mesmo indivíduo que não consegue mais conviver consigo mesmo.

Pensar numa forma de manifestação estatal como instrumento coletivo de construção de cidadania deste ser que bem se emolduraria num ambiente manicomial implica acolher e tratar também patologicamente esta sociedade destruturada. O organismo social assim debilitado exige mecanismos de intervenção estatal simultânea por meio de métodos preventivos e profiláticos no sentido do fortalecimento imunológico do seu tecido estruturante, de forma a superintender o ser humano politizado ao papel de construtor da própria história e destino, desprovido da ingênuu utopia de um ser que, ilusoriamente, conduza a humanidade ao paraíso terreno. E este caminho estruturante passa, indissociavelmente, pelo fomento patrocinado por políticas públicas orientadas para o resgate da identidade social e pessoal.

Aquele Estado concebido a partir de um anseio social comum de proteção e promoção, ao qual todos se submetem em prol de um compromisso de cuidado e proteção coletivo, tem agonizado. Talvez seja o momento de repensar um novo pacto social que resgate o “eu” sem abandonar os diversos e complexos “nós”. As políticas públicas para o resgate e a promoção humana são construídas a partir de um Estado vigoroso e estruturado, em sintonia com a gênese de sua opção política fundante.

5. A teoria da luta pelo reconhecimento na forma defendida por Axel Honneth e o direito de existir

O ser humano é notadamente relacional. Conviver – viver com o outro – repercute na forma como nos vemos refletidos nas reações recíprocas. A partir de tal premissa e dos escritos de Hegel jovem, pensadores contemporâneos como Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth vêm apontando no cenário da filosofia política com a construção teórica intitulada Teoria do Reconhecimento. Defende-se que a construção da identidade ostenta um caráter dialógico que sofre os inflexos do ambiente cultural em que estamos inseridos, desde o primeiro grupo de convívio paterno/materno até o contexto social ampliado, pressupondo que cada pessoa, enquanto digno de valorização, tem o direito ao reconhecimento da sua própria identidade²³.

Sob a inspiração hegeliana, na obra *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Honneth compreende a necessidade do reconhecimento dos grupos e movimentos sociais como uma espécie de reação ao reconhecimento negado pelo tecido social, razão pela qual suas concepções podem ser refletidas em entes corporificados nas minorias de gênero, cultura ou classe.

5.1 Efetividade da política pública de reconhecimento da condição humana aplicável ao caso Paulo Roque

Fiel à nossa tradição legalista, o preceito normativo primário, enquanto tentativa estatal de assegurar dignidade ao caso sob análise, encontra-se estampado numa legislação de cunho constitucional²⁴ e legal²⁵ que, em tese, ao menos sob o aspecto formal, asseguraria a todos o direito à participação na vida comunitária, defesa da sua dignidade e bem-estar, com garantia do direito à vida e ao bem-estar integral. Ainda, intervenções de cunho administrativo previram a facilitação do acesso aos meios necessários à lavratura do ato jurídico em debate e o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a facilitação do acesso ao registro de nascimento tardio por intermédio do Provimento 28/2013, no combate ao sub-registro, a partir da sistemática instituída pela Lei 11.790, de 2 de outubro de 2008.

E a resolução administrativa não é única nem isolada, conforme é possível inferir de indicação disposta no sítio do Conselho Nacional de Justiça, em 2017, dando conta da decisão judicial que autorizou o registro tardio de nascimento de um idoso quase centenário, proferida por magistrado que judica na comarca de Aurora do Tocantins, Jean Fernandes Barbosa de Castro, laureado no primeiro lugar do I Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos na categoria garantia dos direitos da pessoa idosa. Naquele caso, sob a invocação do direito à dignidade humana, o magistrado também flexibilizou o rigor normativo estampado na Lei 6.015/73, para, após uma justificativa prévia, assegurar o direito de reconhecimento da condição de personalidade jurídica ao idoso. Conforme bem destacou aquele magistrado, por ocasião do recebimento da honraria,

o nascimento por si só já confere direitos à pessoa, mas a amplitude dos direitos só é alcançada com o registro público. Se ele precisar de uma internação por problema de saúde, por exemplo, vai precisar do documento. Sem registro de nascimento, seus filhos não tinham o nome do pai nos seus documentos pessoais”, afirmou o juiz.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) estabelece o direito ao envelhecimento, evocado no objetivo da sentença reconhecida pelo CNJ. Segundo o artigo 8º da lei, o estado fica obrigado a garantir aos idosos “a proteção à vida e à saúde”, com políticas públicas que “permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. A decisão premiada data de março de 2014, mas reflete os objetivos da lei até hoje, em benefício do homem nascido em 2 de agosto de 1915. “A escritã aqui da comarca conhece familiares do senhor Virgílio e ele está vivo até hoje. Eu mesmo o vi da última vez que estive em Taguatinga”, disse²⁶.

No mesmo sentido, conforme restou consignado na sentença que julgou o caso Paulo Roque, ora sob discussão, é a imperatividade da garantia do reconhecimento de direitos humanos materializados em normas fundamentais pela opção política disposta na Constituição Federal de 1988 que demandou a procedência do pedido. Na funda-

mentação da decisão foi ressaltado, com vigor, este aspecto do direito da personalidade do cidadão, quando assim se firmou:

No sistema jurídico brasileiro, a obtenção do registro de nascimento é o primeiro ato formal a certificar a existência legal da pessoa natural perante o Estado e toda a sociedade. Sem tal instrumento, não é possível o acesso a nenhum serviço social básico, conduzindo o ser humano postado nesta condição à completa exclusão social e rotina de indigência. No Brasil são diversos os instrumentos legais que se ocupam do sub-registro.

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana e a cidadania, dentre outros, como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. A cidadania importa no reconhecimento da existência da pessoa natural em pleno gozo de direitos, podendo participar da vida política e decidindo os destinos do país. A dignidade da pessoa humana é elencada por alguns juristas como super princípio, quando se fala em proteção e garantia dos direitos fundamentais. Importa dizer que o Estado brasileiro se preocupa em garantir e reconhecer a existência da pessoa como sujeito de direitos e garantias, e, para tanto, a lavratura da certidão de nascimento é o pilar básico.

O conceituado jurista Gustavo Tepedino, muito bem elucidou o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

“A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro.

Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas.” (Temas de Direito Civil. Tomo II, p. 342).

Por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos

(Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que estabelece:

“Artigo 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

Para cumprir tal mandamento constitucional e o compromisso assumido internacionalmente pela nação brasileira, a legislação interna regulamenta o registro de nascimento tardio. Inicialmente a Lei de Registros Públicos – n. 6.015/73:

“Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado.

§ 1º O requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.

(...) § 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente.

§ 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.

§ 5º Se o Juiz não fixar prazo menor, o oficial deverá lavrar o assento dentro em cinco (5) dias, sob pena de pagar multa correspondente a um salário mínimo da região.”

A Lei 11.790/2008, que alterou o artigo acima declinado, visando combater o sub-registro de nascimento, inspirou a edição do Provimento n. 28 da Corregedoria Nacional de Justiça, prevendo em seu art. 13:

“Art. 13. Nos casos em que o registrando for pessoa incapaz internada em hospital psiquiátrico, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP), hospital de retaguarda, serviços de acolhimento em abrigos institucionais de longa permanência, ou instituições afins, poderá o Ministério Público, independente de prévia interdição, requerer o registro diretamente ao Oficial de Registro Civil competente, fornecendo os elementos previstos no artigo 3º deste provimento, no que couber.

§ 1º. O Ministério Público instruirá o requerimento com cópias dos documentos que possam auxiliar a qualificação do registrando, tais

como prontuário médico, indicação de testemunhas, documentos de pais, irmãos ou familiares.

§ 2º. Quando ignorada a data de nascimento do registrando, poderá ser atestada por médico a sua idade aparente.

§ 3º. O registro de nascimento será lavrado com a anotação, à margem do assento, de que se trata de registro tardio realizado na forma do art. 13 deste Provimento, sem, contudo, constar referência ao fato nas certidões de nascimento que forem expedidas, exceto nas de inteiro teor.

§ 4º. O registro tardio lavrado na forma do presente artigo, e deste Provimento, não se presta para substituir a declaração de interdição parcial ou total, temporária ou permanente, em ação jurisdicional própria”.

(...) O fato de não se ter apurado, com precisão, data e filiação, não pode representar impedimento à concessão do registro haja vista que deve atender à função social do direito e assim permitir a existência jurídica daquela, procedendo-se nos termos dos art. 61 a 63, da Lei de Registro Públicos, que assim legisla:

“Art. 61. O registro conterá o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante.

Art. 62. Tratando-se de exposto, o registro será feito de acordo com as declarações que os estabelecimentos de caridade, as autoridades ou os particulares comunicarem ao oficial competente, nos prazos mencionados no artigo 51, a partir do achado ou entrega, sob a pena do artigo 46, apresentando ao oficial, salvo motivo de força maior comprovada, o exposto e os objetos a que se refere o parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. Declarar-se-á o dia, mês e ano, lugar em que foi exposto, a hora em que foi encontrado e a sua idade aparente. Nesse caso, o envoltório, roupas e quaisquer outros objetos e sinais que trouxer a criança e que possam a todo o tempo fazê-la reconhecer, serão numerados, alistados e fechados em caixa lacrada e selada, com o seguinte rótulo: “Pertence ao exposto tal, assento de fls..... do livro.....” e remetidos imediatamente, com uma guia em duplicata, ao Juiz, para serem recolhidos a lugar seguro. Recebida e arquivada

a duplicata com o competente recibo do depósito, far-se-á à margem do assento a correspondente anotação.

Art. 63. O registro do nascimento do menor abandonado, sob jurisdição do Juiz de Menores, poderá fazer-se por iniciativa deste, à vista dos elementos de que dispuser e com observância, no que for aplicável, do que preceitua o artigo anterior.”

O Código de Normas para o Foro Extrajudicial da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná (Provimento n. 249/2013), também sensível ao apelo social e humanitário inserto em casos como o que ora se apresenta, regulamenta a lavratura da certidão de nascimento tardiamente, mediante o seguinte procedimento extrajudicial:

“Art. 197. Se a declaração de nascimento se referir a pessoa que já tenha completado 12 (doze) anos de idade, as duas testemunhas deverão assinar o requerimento na presença do oficial, ou de preposto expressamente autorizado, que examinará seus documentos pessoais e certificará a autenticidade de suas firmas, entrevistando-as, assim como entrevistará o registrando e, sendo o caso, seu representante legal, para verificar, ao menos:

I – se o registrando consegue se expressar no idioma nacional, como brasileiro;

II – se o registrando conhece razoavelmente a localidade declarada como de sua residência (ruas principais, prédios públicos, bairros, peculiaridades, etc.);

III – quais as explicações de seu representante legal, se for o caso de comparecimento deste, sobre a não realização do registro no prazo devido;

IV – se as testemunhas realmente conhecem o registrando, se dispõem de informações concretas e se têm idade compatível com a efetiva ciência dos fatos declarados no requerimento, preferindo-se as mais idosas que ele;

V – quais escolas o registrando frequentou e em que unidades de saúde busca atendimento médico quando precisa;

VI – se o registrando tem irmãos e, se positivo, em que cartório eles estão registrados; se o registrando já se casou e, se positivo, em que

cartório; se o registrando tem filhos e, se positivo, em que cartório estão registrados;

VII – se o registrando já teve algum documento, como carteira de trabalho, título de eleitor, documento de identidade, certificado de batismo, solicitando, se possível, a apresentação desses documentos;

Parágrafo único. A ausência de alguma das informações previstas neste artigo não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade de sua prestação.”

As testemunhas idôneas e compromissadas ouvidas em juízo, foram uníssonas em declarar que o representado desde os idos de 1970 vive sozinho às margens de um rio na região da Jupira, zona rural de Colorado e atualmente encontra-se acolhido precariamente na casa de acolhimento de idosos em Colorado, de onde não consegue mais se afastar em vista da dificuldade de locomoção. Provavelmente, a julgar pela aparência que detinha quando chegou nesta região e a compleição física atual, nasceu entre 1942 e 1946, possuindo atualmente cerca de 70 a 72 anos de idade. Quanto a data de nascimento, à falta de outro marco temporal exato, é razoável a sugestão apresentada pelo Ministério Público, elegendo-se a data da realização da audiência de instrução, quando foi possível aferir com maior clareza a idade. Por fim, acerca do local, dentre vários declinados pelo representado, em ocasiões diversas, opta este juízo por eleger esta Comarca, onde passará a ter existência legal e jurídica.

Por fim, consigno que a ambiguidade dos dados obtidos nos autos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, jamais poderá representar impedimento à plena obtenção do registro de nascimento do representado que, conforme indicaram as testemunhas ouvidas em juízo, não tem nenhuma notícia do cometimento de qualquer ato ilícito que porventura justificasse o anonimato por longos anos.²⁷

Num conceito biopolítico, é intrínseca a relação da pessoa com a entidade estatal, a partir da concepção construída politicamente no sentido de que a chancela estatal a acompanha desde a concepção²⁸, quando a legítima na condição de sujeito de direitos, embora ainda não

ostentando capacidade para o pleno exercício por si só, percorrendo toda a sua existência na construção de relações de posse, propriedade, estado, filiação, dentre tantos outros, até o perecimento material, consolidada pela certificação do óbito²⁹, sem descurar das decorrências de tal fato jurídico que perpassa toda a vida.

Para a efetivação desses direitos de reconhecimento, justifica-se o acesso à justiça, já propagado à exaustão, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos fundamentais e da personalidade de todos os indivíduos³⁰.

6. Conclusão

No arremate desta discussão, é perceptível a conexão que ela tem com a teoria do reconhecimento na concepção de Axel Honneth, quando observa que o indivíduo busca a validação de seu proceder, da própria existência e toda a gama de relações humanas e jurídicas construídas pela pessoa, na figura do outro, do qual espera, numa ótica de alteridade, o reconhecimento recíproco por intermédio das dimensões do amor – autoconfiança, da solidariedade – autoestima, ou do direito propriamente dito – autorrespeito. Embora as políticas públicas dirigidas à promoção do reconhecimento da dignidade da pessoa, sejam, em regra, direcionadas e articuladas coletivamente, produzem efeitos também no campo da individualidade³¹, na forma discutida nestas breves considerações acerca do processo judicial instaurado para o fim de ver reconhecido o direito de existir juridicamente do indivíduo legitimado como Paulo Roque Nogueira.

Considerando a sincera crise de identidade contemporânea em que está inserida, esta disfunção se reflete também no organismo social estatal que, numa concepção biopolítica, por intermédio de ações direcionadas em políticas públicas, deve buscar e promover o resgate da ideia de promoção e realização humanas. É preciso mais que mera sensibilidade do gestor do direito e dos demais agentes para estas po-

líticas públicas dirigidas ao reconhecimento da personalidade, especificamente prevista e tratada na legislação enunciativa dos mecanismos para a obtenção da certidão de nascimento tardio, nos termos a que Paulo Roque Nogueira foi submetido.

Inobstante o considerável lapso temporal transcorrido entre o ajuizamento daquele feito e a decisão de mérito, longe de atender o preceito constitucional que prevê como direito e garantia fundamental a duração razoável do processo³², a dignidade humana do protegido, ao fim, foi alcançada, posto que, a partir da certidão de nascimento, outros documentos indispensáveis ao exercício dos direitos civis e políticos foram erigidos, como o Registro Geral (RG) e o Cadastro de Pessoa Física, junto à Secretaria da Receita Federal. Por fim, mas não menos importante, em vista da evidente hipossuficiência do agora reconhecido Paulo Roque Nogueira, houve a concessão administrativa do benefício assistencial de prestação continuada – BPC, nos termos da Lei 8742/93, que lhe assegurou condições econômicas para a permanência numa instituição privada encarregada da dispensação dos cuidados aos idosos³³, de onde não mais empreende fuga; ao contrário, se ocupa dos cuidados a outros senis que convivem naquele ambiente, integrando um pequeno grupo familiar mantido por relações de afeto, indicando o que Honneth asseverou com propriedade: que o ser humano é um indivíduo nitidamente relacional.

O caso aqui analisado bem se coaduna com o contexto da personalidade humana posto que, mesmo inconsciente do seu direito da personalidade de obtenção do reconhecimento jurídico de existência, identidade e denominação civil, o protegido necessitava da providência judicial estatal que, implementando a política pública do reconhecimento nos termos legais, atingiu a sua elevação ao status jurídico de cidadão.

Na clássica afirmação de Norberto Bobbio³⁴,

não se trata de saber quais e quantos são esses direitos (humanos), qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das declarações, eles sejam continuamente violados.

É preciso repensar a capacidade e o real desejo da entidade estatal e da sociedade de promoção destas ações em âmbito universalista, mas também e, sobretudo, no espaço da individualidade, vez que é necessário assegurar a cada pessoa o igual direito à própria identidade³⁵.

Por fim, tem-se que é indispensável considerar os efeitos nefastos do tempo de tramitação de um processo que busca o reconhecimento do direito à obtenção de uma certidão de nascimento tardia, um benefício previdenciário ou assistencial, tendo em vista que, em regra, aquele que postula ostenta idade avançada ou deixou descendentes, que também são sujeitos de direitos, em condições de hipossuficiência.

Notas

1. Maria de Lourdes Araújo. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Especialista em Direito Tributário, em nível de pós-graduação, pela Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil, em nível de pós-graduação, pela Universidade Federal de Goiás. Graduada pela Universidade Federal de Goiás. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, titular da vara cível da Comarca de Colorado. Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Amapá-AP, entre 2010 a 2014.
2. Feito autuado sob o n. 0001168-77.2012.8.16.0072.
3. MOTTA, Ivan Dias da; ALMEIDA, A. C. S. H. A importância do registro civil de nascimento na formação da identidade e sua individualização. In: Fabrício Veiga Costa, Ivan Dias da Motta, Sérgio Henrique Zandona Freitas. (Org.). Conjecturas e proposições críticas sobre a educação e o ensino jurídico no Brasil. Coleção caminhos metodológicos do direito. 1a. ed. Maringá: IDDM, 2018, v. 6, p. 19-46.
4. FENANDES, Daniel e RESMINI, Gabriela. *Biopolítica*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>>, acesso em 11 nov. 2017.
5. Lei 6.015/73.
 Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório. (...)
 Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento: (...)
 § 2º Tratando-se de registro fora do prazo legal o oficial, em caso de dúvida, poderá requerer ao Juiz as providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato.

6. Lei 10.406/2002 – Código Civil
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
7. Lei 6.015/73 (...)
Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito.
§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.
Art. 77. Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.
8. SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado, 1a. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007, p. 34/35.
9. DESCARTES, René. *Discurso do Método*, 1637. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=4lR0B1IChPUC&printsec=frontcover&dq=ren%C3%A9+descartes+discurso+do+meio&hl=ptR&sa=X&ved=0ahUKEwiarsSm44zWAhUT5WMKHcBUA7YQ6AEIJjAA#v=onepage&q=ren%C3%A9%20descartes%20discurso%20do%20meio&f=false>>. Acesso em 04 nov. 2017.
10. Art. 2º. O requerimento de registro será direcionado ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do lugar de residência do interessado e será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.
Parágrafo único. Não tendo o interessado moradia ou residência fixa, será considerado competente o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do local onde se encontrar.
Art. 3º. Do requerimento constará:
 - a) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sempre que possível determiná-la;
 - b) o sexo do registrando;
 - c) seu prenome e seu sobrenome;
 - d) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;
 - e) os prenomes e os sobrenomes, a naturalidade, a profissão dos pais e sua residência atual, inclusive para apuração de acordo com os art. 8º e seguintes deste Provimento;
 - f) indicação dos prenomes e dos sobrenomes dos avós paternos e maternos que somente serão lançados no registro se o parentesco decorrer da paternidade e maternidade reconhecidas;

- g) a atestação por 2 (duas) testemunhas entrevistadas pelo Oficial de Registro, ou preposto expressamente autorizado, devidamente qualificadas (nome completo, data de nascimento, nacionalidade, estado civil, profissão, residência, tipo e número do documento de identidade e, se houver, número de inscrição no CPF), sob responsabilidade civil e criminal, da identidade do registrando, bem como do conhecimento de quaisquer dos outros fatos relatados pelo mesmo;
- h) fotografia do registrando e, quando possível, sua impressão datiloscópica, obtidas por meio material ou informatizado, que ficarão arquivadas na serventia, para futura identificação se surgir dúvida sobre a identidade do registrando. (...) § 4º. A ausência das informações previstas nas alíneas “d”, “e”, “f” e “h” deste artigo não impede o registro, desde que fundamentada a impossibilidade de sua prestação.
11. Informações Estatísticas de Registro Civil 2014, obtidas em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf. Acesso em 10 fev. 2019.
 12. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição (revista, atualizada) 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, p.78. Disponível em: <<http://unifra.br/professores/14104/Paulo%20Bonavides-Ciencia%20Politica%5B1%5D.pdf>>, acesso em 04/09/2017.
 13. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180.
 14. *Ibidem*, p. 187.
 15. *Ibid.*, p. 712.
 16. Art. 5º CF/88. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10.12.2018.
 17. CF/88, art. 5.º (...) LXXVIII – *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004).
 18. Referência a frase proferida pelo Ministro da Educação do Brasil Ricardo Vélez Rodrigues, em entrevista ao Jornal Valor Econômico de 28 de janeiro de 2019. Conteúdo obtido em: <<https://www.valor.com.br/brasil/6088217/ideia-de-universidade-para-todos-nao-existe-diz-ministro-da-educacao>>. Acesso em 10 fev. 2019.
 19. Referência ao regime militar no Brasil que perdurou entre 1964 a 1985, produzindo efeitos nefastos.
 20. LABOIÉTIÉ, Étienne de. *Discursos sobre a servidão voluntária*. Versão para eBook Libris eBooksBrasil, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/boetie.html>>. Acesso em 11 fev.2019.
 21. Em referência à denominação atribuída aos quatro status de Jellinek, in MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Saraiva, São Paulo-SP, 2008.
 22. AITH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de con-*

- solidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e de proteção dos direitos humanos. Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico, Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.
23. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 245.
 24. CF/88. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
 25. Lei 10.741/03. Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
 26. Decisão judicial de registro de nascimento a idoso de Tocantins vence concurso. Conteúdo obtido em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84347-ue>>. Acesso em 11 fev. 2019.
 27. Parte da fundamentação da sentença proferida nos autos 0001168-77.2012.8.16.0072.
 28. Código Civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
 29. Art. 9º Serão registrados em registro público:
I – os nascimentos, casamentos e óbitos;
II – a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;
III – a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;
IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.
 30. CAPELLETTI, Mauro e Bryant Garth (Tradução Ellen Gracie Northfleet). Acesso à justiça. Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão 2015, Coleção pensamento jurídico, p. 12.
 31. Daniel Sarmento. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 245.
 32. Art. 5º CF/88. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
 33. Associação Comunitária de Proteção aos Idosos, que conta com cerca de 30 internos.
 34. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.
 35. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 245.

Referências

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e de proteção dos direitos humanos. Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico, Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. (revista, atualizada) 9ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, p.78. Disponível em: <<http://unifra.br/professores/14104/Paulo%20Bonavides-Ciencia%20Politica%5B1%5D.pdf>>, acesso em 04/09/2017.
- DESCARTES, René. Discurso do Método, 1637. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=4lR0B1IChPUC&printsec=frontcover&dq=ren%C3%A9+descartes+discurso+do+meio&hl=ptR&sa=X&ved=0ahUKEwiarsSm44zWAhUT5WMKHcBUA7YQ6AEIjAA#v=onepage&q=ren%C3%A9%20descartes%20discurso%20do%20meio&f=false>>. acesso em 04/09/2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FENANDES, Daniel e RESMINI, Gabriela. Biopolítica. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>>. Acesso em 11/09/2017.
- MOTTA, Ivan Dias da; ALMEIDA, A. C. S. H. A importância do registro civil de nascimento na formação da identidade e sua individualização. In: Fabrício Veiga Costa, Ivan Dias da Motta, Sérgio Henrique Zandona Freitas. (Org.). *Conjecturas e proposições críticas sobre a educação e o ensino jurídico no Brasil*. Coleção caminhos metodológicos do direito. 1a. ed. Maringá: IDDM, 2018, v. 6.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPELLETTI, Mauro e Bryant Garth (Tradução Ellen Gracie Northfleet). *Acesso à justiça*. Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, Coleção pensamento jurídico, reimpressão 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Saraiva, São Paulo-SP, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Forum, Belo Horizonte, 2016.
- SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado, 1a. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.
- LA BOIÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Versão para eBookLibriseBooksBrasil, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/boetie.html>>. Acesso em 11 fev.2019.

Desordem da ordem ou ordem da desordem? A parte de cada um na reprodução do caos

Edmundo Lima de Arruda Junior¹

Professor Titular Emérito da UFSC

De certa maneira, portanto, a desintegração das instituições dá lugar a uma refeudalização dos relacionamentos sociais. É a abertura para um neomaquiavelismo em todos os setores da ação social. A ordem deve ser criada, forjada e formada. Apenas as redes, que devem ser conectadas em conjunto e preservadas, e que possuem sua própria “moeda corrente”, permitem a formação de poder ou de poder de oposição.

(Ulrich Beck. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva.²)

PARTO DE ALGUNS PRESSUPOSTOS E DE MUITAS INTUIÇÕES. Pressupostos despreocupados com as coerências ou “lógicas” do que se representa como discurso científico, já bem enunciado por Pierre Bordieu como “economia das científicidades”. Intuições porque elas parecem resíduos não raro desconsiderados e reiteradamente expulsos da analítica acadêmica, mas nas quais se pode encontrar trilhas (sinuosas e indefinidas, por certo) para a tarefa quase impossível de Münchhausen: a de puxar-se pelos cabelos para sair do pântano (caos social), desta feita carregando consigo, se não o cavalo (ou burro homérico das grandes racionalizações: teorias, epistemologias), ao menos o que escapa (enquanto saber/poder) daquele fardo ou indumentária dos megarrelatos totalizantes e de seus encaideamentos que, de alguma maneira, desembocam em causalidades “metódicas” (marxismo, freudismo, culturalismo, sistemismo).

Um dos *pressupostos* do meu modo de ver a questão ordem/desordem social insere-se num conjunto de preocupações sobre a ação social e seus desdobramentos (níveis do intencional e do relacional) que no indivíduo e no grupo produzem e reproduzem, na qualidade de atores em face de fatores multidimensionais situados em um mundo multifacetário, ações e reações. As ações sociais podem revelar também o aleatório em sua dinâmica, de variadas maneiras: como “efeitos perversos da ordem social”, citando a tese clássica de

Numa sociedade enlouquecida, as próprias formas de pensamento encontram-se sob o efeito da loucura, ou de uma relativa paralisia cognitiva

Raymond Boudon³. Também, como entenderam os economistas, de forma mais restrita, como problemas das “externalidades” ou efeitos sobre terceiros desprezados, em regra, por gestores, chegando à contribuição de Ulrich Beck. Este autor dá ênfase às colateralidades adversas no sentido do inesperado, situado em termos dos deletérios (perverso, nocivo), mas portador de uma outra sorte de ordem de consequências positivas, oriundas de colateralidades adversas negativas na ordem social.

Em alguma medida, na sua obra póstuma (*A Metamorfose do Mundo*)⁴ o que está em questão são as desordens além das tipicamente expressas nas questões ambientais (aquecimento global) e nuclear (apropriação e ampliação dos arsenais), já estudadas em sua modernidade reflexiva, questões que já geraram uma certa consciência e produziram frutos (diferenciados em seus alcances) em âmbito cosmopolita, quanto aos seus riscos. Numa sociedade enlouquecida, as próprias formas de pensamento encontram-se sob o efeito da loucura, ou de uma relativa paralisia cognitiva. As ideias já não dão conta do esforço de “captar”, “fotografar”, explicar ou compreender o real em toda a sua complexidade, pois estão “desnorteadas” e um tanto desconectadas com o mundo como ele é. A insistência em resolver a problemática da loucura dentro do inoperante hospital psiquiátrico que é a sociedade funciona como se substituíssemos a farmacologia clássica, as drogas tradicionais e sintéticas, pela pró-

pria dependência da droga que a sociedade se torna, ela mesma, segundo a clarividência de T. Adorno.

De fato, a maior dependência a todos aproveita, com doses maiores ou menores, do produto cultural pasteurizado a nos embotar os cérebros em tempo metamórfico, nos indicando duas situações enlouquecedoras: **a**) a da biruta (bússola para mediar as condições do tempo histórico) em sua catatonia, ou a repetição (por professores, políticos, militantes) de mofados esquemas gerais de compreensão e ação social, o que conduz a **b**) um crônico torcicolo por parte de Janus (por parte dos que partilham as melhores das intenções), de tanto balançar o pescoço nos tempos históricos, perscrutando o passado de grandes expectativas/ilusões seguidas de terror e desesperança, para entender a confusão do presente (de inseguranças, medos e ressentimentos) e olhando para o futuro sem enxergar horizonte algum.

Intuições dizem respeito ao que restou, no tempo transicional entre um passado que não se pode repetir, em termos de uma história, como barbárie ou como inegável progresso civilizatório, e os fragmentos de consciência do indivíduo diante de um futuro absolutamente turvo em face da vacuidade existencial expressa num intenso processo de desinstitucionalização a que Beck se refere na epígrafe deste texto. A desintegração das instituições é verificável em três fatos mundiais: **a**) democracia liberal com progressiva inefetividade dos direitos fundamentais; **b**) mercado gradativamente distanciado de vínculo ético possível com o trabalho e políticas integrativas; **c**) teorias sem ou pouca intenção e capacidade de extrapolar academias e chegar a produzir correlatos nas consciências individuais de milhões de seres humanos.

Beck tem toda razão ao afirmar que de fato a desintegração institucional refeudaliza os relacionamentos sociais e instiga a um neomaquiavelismo em todas as esferas da ação social. Indivíduos em estado de medo e insegurança tornaram-se mais propensos a seguir salvadores da pátria. A paulatina desinstitucionalização do social corresponde à própria ritualística da eutanásia da sociedade, na medida em que os seus vasos comunicantes, seus liames inter-

mediativos, os quais permitem certa doma do estado de natureza, ou simplesmente cultura, desfazem-se por ação multifatorial. Neste caso, buscar causalidade em um só de seus fatores significa anestesiamento (e morte) das ideias.

Certamente o mercado pode ser acusado de expressão forte do poder e do dinheiro. Mas o mercado, genericamente considerado, é tanto realização da acumulação quanto variação de suas formas históricas, condicionadas e condicionadoras pela política e pela cultura. No caso atual, a globalização neoliberal explicita a posição da fração financeira hegemônica (e, dentro dela, de seletivo grupo diretivo da monetarização), informada por uma repaginação ideológica que de fato empreende a continuada propaganda estatal (curiosamente disseminada como filosofia do antiestatismo) e as políticas visando a desinstitucionalizar/desintermedializar/desdemocratizar e desestatizar, na exata medida em que se enaltece o novo demiurgo: o mercado máximo em contexto de democracia mínima. Mas ocorre que esse mercado máximo é também mínimo, na medida em que devora, autofagicamente, os outros mercados (lugares de produção e trocas). Também o anunciado (filosoficamente) Estado mínimo é na verdade um Estado máximo (do capital “vencedor”). De qualquer maneira, há, de fato, um mínimo, tanto no Estado quanto no mercado dominantes nas esferas de poder e de dinheiro no mundo. O mercado e o Estado são mínimos em termos de ética, política, cultura e, em última instância, em termos do próprio mercado.

O maquiavelismo ao qual se refere Beck na epígrafe pode ser verificado não somente na ascensão da ultradireita na Europa. Os ventos totalitários sopram em todas as direções. Eles significam uma dupla condição: a da opacidade da luta política e da vacuidade que ela produz, possibilitando, por sua vez, a emergência (síntese entre tragédia e comédia) de governos inimagináveis/improváveis como Trump nos EUA e Bolsonaro no Brasil. Donald Trump, empresário da área de serviços, vem absolutamente de fora do contexto republicano tradicional (redes hoteleiras). Já o ex-capitão, *persona non grata* nas Forças Armadas, foi praticamente forçado a deixar os quadros do Exército.

Ambos (Trump e Bolsonaro) são tomados como tipos-ideais do improvável e do imprevisível no cenário social mundial da evolução (involução) do Estado e do político, no qual os atores e fatores da política tradicional faliram por não perceberem a concorrência desleal e traiçoeira que a luta de interesses no mercado, na política, na cultura implica e as maneiras de encaminhar alternativas outras para o político (campo) e para os procedimentos políticos direcionados a novos modos de vida à luz da revisão histórica das experiências.

A desintegração do mundo é de todos. A todos atinge e a todos interpela para uma nova reconstrução institucional – da política ao mercado.

A desinstitucionalização, nesse sentido, consiste numa espécie de autodissolução (inconsciente ou espontaneamente)

envolvendo, em níveis e graus distintos, todos os protagonistas e destinatários dos projetos de desenvolvimento que implicaram formatação e desformatação institucional. Instituições podem e por vezes devem mudar em termos do imaginário social e político, e a desordem pode ser o alvorecer de uma nova ordem, embora o novo também possa descortinar tanto cenários libertário-emancipatórios quanto sistemas ainda mais totalitários do que aqueles conhecidos no século passado (Bolsonaro e Trump são, desse ponto de vista, a expressão da novidade em face das políticas tradicionais no Brasil e nos EUA).

O movimento rumo ao totalitário é tendencialmente alargado em escala mundial. Isso não significa que essa situação pela qual todos somos responsáveis (elites acadêmicas, políticas, sindicais, empresariais) não possa ser invertida. Einstein dizia que é mais fácil destruir um átomo do que um preconceito. Se as forças do real progresso se unirem mais para a autocrítica e menos para o enaltecimento de seus próprios méritos (eles são reais e muitos deles ajudaram, paradoxalmente, a incrementar o *blackout* atual), terão alguma chance contra as tendências totalitárias unidas na economia (neoliberalismo), na política (ultraliberalismo) e na cultura (refeu-

O movimento
rumo ao
totalitário é
tendencialmente
alargado em
escala mundial

dalização das ortodoxias religiosas, inclusive as religiosidades laicas ou segundas religiosidades), constituindo os novos núcleos capazes de fomentar e manter processos sociais de integração e sociabilidade, vale dizer, de diminuição das desigualdades sociais e de realização dos imortais desejos de democracia.

Nesta altura, finalmente, a conclusão, mas também uma dúvida: Beck observa que nesse clima de desordem a desintegração social conduz à destradicionalização no sentido ruim de refeudaliza-

A realidade virtual é situada dentro dos interesses do poder, das guerras por hegemonia e das guerrilhas regionais das geopolíticas

ção neomaquiavélica. Pois bem, nesse processo pleno de contradições, criam-se e forjam-se novas ordens, mantendo-se tão somente as redes, a serem preservadas. Mas essas redes ao deter e fomentar uma “moeda corrente” formatam o poder embora também permitindo algum movimento de oposição a ele. De fato, o vazio do poder e a insegurança geral leva o povo a se identificar, democraticamente (conservadores e ultradireita che-

gam ao poder pelo voto), com populismos de todas as cores, hoje com Bolsonaro, rumo ao maquiavelismo com pitadas de sadismo, amanhã com outro qualquer ator social que encarne o Príncipe em suas tumultuadas relações com o universo atual dos *condottieres* de plantão. Minha dúvida diz respeito aos limites e alcances do mundo conectado em redes. Já se sabe que as redes sociais mais alienam do que informam, conforme alertado por Umberto Eco, formando uma “legião de imbecis”, embora tal constatação não elida os usos positivos das novas tecnologias da informação.

Ora, as redes em rumo à autonomização algorítmica em um mundo digital de fato fazem parte de realidade quase sem limites. Mas a realidade virtual é situada dentro dos interesses do poder, das guerras por hegemonia e das guerrilhas regionais das geopolíticas. Umberto Eco ressaltava, ao menos até o início deste século, o papel inbecilizador das tecnologias da informação em termos de cultura, por sua incapacidade de fomentar e ampliar a visão de mundo, a ca-

pacidade crítica. Mais otimista parece Manuel Castells, defensor do “capitalismo informacional”. Mas Gilles Deleuze (post scriptum sobre as sociedades de controle)⁵ já ultrapassava as teses de Foucault quanto às sociedades de controle disciplinar, institucional e fisicamente localizadas (hospícios, presídios, escolas etc.), relacionando o nascente neoliberalismo e o impacto que o mundo dos computadores e da cibernética causaria no mercado e na política, como formas de previsão de condutas e de indução das mesmas.

Não cabe aqui tratar mais profundamente da tese atualíssima de Deleuze, mas sim registrar que as redes que Beck admite como “moeda corrente” permitem formação de poder ou de poder de oposição, e antebrem duas possibilidades que não se encontram “resolvidas” em Foucault e Deleuze. As redes podem ampliar o controle ao mesmo tempo que podem se constituir em novas casamatas culturais na resistência contra todo projeto opressor.

O avanço da sociedade de controle conduz Maquiavel aos braços de Hobbes, leva o Estado moderno ao elogio da servidão involuntária (inconsciente seria a expressão adequada), encaminha ao avesso da ideia de Étienne de la Boétie, resultando tudo isso na criação de um mundo de ovelhas tuteladas por lobos. Eis o Leviatã digital, uma criatura nascida da sociedade de redes a serviço do controle absoluto sobre condutas. O surgimento de um surreal Estado do estado de natureza por força do avanço tecnocientífico é a possibilidade paradoxal que se abre num capitalismo sem trabalho, num mercado sem mercados, num Estado sem democracia, numa democracia sem leis. Tudo aí regular-se-ia algoritmicamente, conforme o rápido suceder das inovações na tecnologia da informação.

Essa barbárie, graças ao triunfo definitivo da ciência, uma espécie de vingança das Luzes, casada com uma pós-modernidade redentora do indivíduo atomizado em seus casulos hedonistas, encarcerado em suas comunidades moleculares, feliz e pronto para um abate presumido ou não (tanto faz), é uma das possibilidades. Há outras que se depreendem do próprio Beck, como o positivo que nasce de uma convergência de tantos fatos diversos no sentido da regressão humana.

As redes que Beck considera preservadas no bojo da desintegração institucional geral fazem parte desse processo, que concorre para a desintegração e serve, como estudado por muitos autores, para conjugar a rapidez necessária à reprodução do capital volátil com a instantaneidade virtual do trânsito informacional. Esta conjugação da financeirização com a monetarização representa a garantia da reprodução daquele capital, como ainda investimento em segurança, em armas de precisão mortal, armas nucleares, inclusive.

As classes
trabalhadoras,
carentes, excluídas,
oprimidas,
não incluídas,
injustiçadas,
devem se unir
na afirmação da
democracia como
valor

Ora, a aliança do “equilíbrio natural” (da reprodução) com a possibilidade da sociedade do controle, implicando o desacoplamento entre o mercado, de um lado, e a democracia, o Estado e a lei, de outro lado, como ainda o desacoplamento entre o “mercado” e o próprio mercado e normas morais de sociabilidade, isso tudo direciona e redefine a vontade de potência desintermediada num sentido contrário ao do sonho nietzschiano de ampliação da liberdade e da felicidade,

de, vale dizer, na direção restrita do insaciável.

O insaciável fora da lei deixa de perseguir o que Kant colocava como ponto de partida, a “sociabilidade insociável”, multiplicando-se em progressão geométrica no terreno mais propício ao avanço da barbárie, aquele em que as leis do imaginário histórico vão sendo esgarçadas, deslegitimadas, desinstitucionalizadas, quase abolidas, desintegrando em alguma medida as próprias leis do simbólico (inconsciente), também convulsionadas em consequência da sobrecarga que atinge o aparato biopsíquico (mundo das sensações e percepções) devido aos processos culturais em crônica convulsão.

As classes trabalhadoras, carentes, excluídas, oprimidas, não incluídas, injustiçadas, devem se unir na afirmação da democracia como valor, independentemente das formas desgastadas da representação indireta. Em uma palavra, devem democratizar-se, o que já é revolucionário num tempo em que o significante “democracia”

denota o seu contrário e a política remete à ideia de Ali Babá e seus ladrões, estes em número muito, muitíssimo mesmo, superior a quarenta. Aquele inventário dos carentes de direitos não se encontra fora desse processo ou dentro, como vítimas que são, mas como vitimizados por sua autoproclamada vanguarda política. Os mercados derrotados também não deixam de ter culpa no cartório da história, pois em momentos de crescimento econômico foram beneficiados pelo crescimento econômico financeiro em parceria com setores produtivos e de serviços. Esse contexto por certo período permitiu a ampliação de níveis distributivos de renda, tornando-se perverso quando da emergência de suas bolhas, previsíveis e imprevisíveis, verdadeiros *tsunamis* sociais na ordem mundial. Tendo isso em vista, o que fazer com as redes em termos de informação, construindo canais de contrapoder?

Uma unidade mínima a ser construída com usos alternativos e possíveis dessa moeda corrente que são as redes deve também ter claro que, além da eterna vigilância com relação a todo projeto megalomaniaco, heróico, vanguardístico, impõe-se o cuidado com a alteridade e o pluralismo que marcam o mundo, exigindo como condição da paz possível o respeito à tolerância e o exercício da divergência. Mas as redes conectadas em seus espaços possíveis de contracultura devem produzir mudanças, devem ser capazes de reimaginar e reiventar movimentos concretos, nas ruas, descendo dos ágoras virtuais para as praças e logradouros públicos, onde as questões básicas já filtradas (nas navegações por internautas) possam ser vulgarizadas em discussões, em interlocuções comunitárias, em organizações deliberativas diretas, com capacidade de articulação de suas pautas com as formas mais tradicionais de representação (pela via das eleições mais amplas), que devem ser ocupadas, e não abandonadas, mesmo que sejam instâncias onde as lutas sociais também se mostram sob formas anacrônicas e assimétricas. Mas isso não significa que não possam ser diferentes.

Notas

1. Edmundo Lima de Arruda Junior. Prof. Titular aposentado da UFSC. Doutor em sociologia. Université Catholique de Louvain (1991). Pós-Doutor em Sociologia do Político. Université St Denis Paris XVIII (1996). Pós-Doutor em Sociologia do Desenvolvimento. Université Nanterre Paris X (2009). Autor de mais de trinta livros entre os quais *Direito Moderno e Mudança social e Fundamentação Ética e Hermenêutica*.
2. In *Modernização reflexiva*. Anthony Guiddens, Scoth Lash e Ulrich Beck. 2a. ed. São Paulo: Ed. Unesp 1997.
3. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
4. *A metamorphose do Mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 2018.
5. *Pós-criptum sobre as sociedades de controle*, Paris, 01.5.1990.

O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: *patteggiamento* e Projeto Moro

José Henrique Kaster Franco¹

Doutor pela PUC-SP

Resumo: O Projeto Moro, por vezes chamado de Projeto Anticrime, pretende abrir as portas do país à justiça consensual de vez por todas. É certo que se inspirou especialmente no direito processual penal italiano. O *patteggiamento*, ou mais precisamente, a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, está previsto nos artigos 444 a 448 do CPPI. Atualmente dividido entre: a) *patteggiamento ordinario* (ou minor), para agentes investigados por crimes punidos com pena de até dois anos; b) *patteggiamento allargato*, para crimes que podem alcançar até 11 anos de prisão. No Brasil a defesa não pode produzir prova na fase de investigação, assim, é ilegítima a aplicação de pena baseada apenas no inquérito.

O PROJETO MORO, POR VEZES CHAMADO DE PROJETO ANTICRIME, pretende abrir as portas do país à justiça consensual de vez por todas. No texto apresentado ao Congresso é possível notar a influência de práticas bem conhecidas no direito norte-americano, mas é certo que se inspirou ainda mais acentuadamente em outras fontes, especialmente no direito processual penal italiano, nossa matriz jurídica há décadas.

Neste trabalho analisa-se o *patteggiamento*, coração do direito consensual italiano, cotejando-o com o Projeto Moro. Estar atento a essa consolidada experiência inserida em uma tradição de *civil law*

similar à nossa pode nos poupar décadas de problemas, não somente pela proximidade dos sistemas, mas pela similaridade histórico-cultural entre os dois países, ao lado das próprias opções políticas do projeto, que foi buscar categorias típicas do contexto italiano – a exemplo do criminoso habitual ou profissional, criação de Ferri que dista 140 anos – ou então a previsão de maior participação do juiz no controle do pacto, o que não ocorre no contexto anglo-saxão mas é corriqueiro para os italianos, sugerindo o acerto da escolha por este estudo comparado.

A ideia motriz, a partir daquele consolidado modelo de justiça consensual europeu, é verificar a compatibilidade da proposta de Moro com nossa tradição constitucional, na qual estão bem estabelecidos princípios como o contraditório, a ampla defesa, a indisponibilidade da ação penal, o *nulla poena sine iudicio* e a razoável duração do processo.

Antecipa-se que não se fará a condenação das propostas de Moro como um todo, mesmo porque a *giustizia consensuale* é daquelas tendências mundiais que parecem não ter volta. Mais sensato, portanto, seria adequá-la da melhor forma possível a um direito penal e processual que não ignore direitos e garantias.

O processo penal italiano

O Código de Processo Penal Italiano (CPPI), de modelo acusatório e baseado especialmente nos princípios do contraditório, oralidade, imediatidade, imparcialidade e justo processo, foi aprovado em 1988 (*Legge Vassalli*) e passou a vigor em outubro de 1989, substituindo o *Codice Rocco*, de matriz fascista e que serve de base ao nosso Código de Processo Penal (CPP).

O procedimento ordinário italiano é, fundamentalmente, dividido em três partes: a) *indagini preliminari* (investigação); b) *udienza preliminare* (audiência preliminar); e c) *dibattimento* (instrução e julgamento). Na fase de investigação, *indagini preliminari*, os atos normalmente estão a cargo do Ministério Público, auxiliado pela Polícia

Judiciária, na qual são produzidos elementos de convencimento que fundamentarão futura demanda penal. Na fase de instrução, esses elementos são “repetidos”, isto é, produzidos efetivamente sobre o crivo do contraditório. Embora a produção de provas pelo Ministério Público seja o mais comum, o artigo 7º da Lei 397/00, criou o artigo 327-bis do CPPI, segundo o qual o defensor pode desenvolver investigação própria para alcançar elementos de prova, valendo-se até mesmo de profissionais como investigadores privados e peritos. Este dispositivo tem por base o artigo 24 da Constituição italiana, o qual dispõe que o direito de defesa é inviolável em todos os níveis e espécies de procedimentos. Mesmo uma investigação preventiva, antes de que seja instaurado qualquer procedimento penal, é admitida no artigo 391-nonies do CPPI.

Para a produção de algumas provas especiais, como no caso de testemunhas ameaçadas ou então de provas periciais, mesmo na fase investigatória, dá-se a participação do juiz, garantindo o contraditório, e justamente por conta disto as provas podem ser usadas na fase de instrução sem necessidade de refazimento.

A fase de investigação começa com a notícia do crime e vai até o requerimento de envio do procedimento ao juízo ou até o pedido de arquivamento pelo Ministério Público (art. 326 a 415-bis). O último ato da fase investigatória é aquele em que o Ministério Público notifica formalmente o investigado sobre os elementos já produzidos (art. 415-bis). O investigado é advertido acerca de várias prerrogativas que o socorrem, como a de apresentar memoriais com os argumentos defensivos, produzir documentos, depositar as investigações já realizadas pela defesa, requerer à acusação que realize outros atos de investigação e ser ouvido pessoalmente.

O procedimento ordinário italiano é, fundamentalmente, dividido em três partes: *indagini preliminari* (investigação); *udienza preliminare* (audiência preliminar); *dibattimento* (instrução e julgamento)

A segunda fase do procedimento ordinário corresponde à audiência preliminar, *udienza preliminare*, e tem o objetivo de verificar a legitimidade e a consistência da imputação. Desta audiência resultam dois caminhos: o juiz emite um decreto *di rinvio a giudizio* (isto é, manda o processo a juízo), se os elementos postos ao magistrado forem fundados, consistentes; ou então o juiz expede uma sentença *di non luogo a procedere*, quando o requerimento de envio ao juízo for infundado (arts. 416 a 437).

Com a *udienza dibattimentale* inaugura-se a etapa do *giudizio*, e então se dá a produção da prova e, posteriormente, o julgamento (arts. 465 a 548). Para evitar a contaminação do juiz, o magistrado que preside a audiência preliminar não é o mesmo que preside a audiência de instrução.

Na audiência de debates são inadmissíveis as provas produzidas na fase de investigação, salvo algumas exceções, a exemplo daquelas provas produzidas na investigação mediante contraditório, nos casos de pessoas adoentadas, ameaçadas ou de promessa de dinheiro a testemunhas, crimes sexuais que envolvam menores de 16 anos, dentre outras situações (incidente probatório, arts. 392 a 404).

A regra segundo a qual o juiz deve decidir a partir de elementos produzidos sob o contraditório é, de acordo com Paolo Tonini, um ponto crucial do CPPI de 1988. O juiz, a propósito, subdivide o caderno de investigações em dois. A parte produzida em contraditório (*per il dibattimento*) pode ser lida durante os debates e utilizada para a decisão. Já a outra parte (*del pubblico ministero*), que contém elementos produzidos pelo Ministério Público ou pelo defensor, não pode ser utilizada para a sentença, exceto em casos excepcionais e apenas como prova indireta, isto é, “como prova do fato representado”².

No processo penal italiano o juiz não pode produzir, *per si*, a prova, mas nem por isso se reveste em uma figura absolutamente inerte. Não tem uma postura verdadeiramente agnóstica, como em alguns países do *common law*, a exemplo dos Estados Unidos.

Dois pontos revelam o não agnosticismo. O primeiro deles diz respeito à denominada *imputazione coatta*. Para garantir a efetividade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o juiz, segundo

o artigo 409 do CPPI, pode discordar do pedido de arquivamento levado a efeito pelo Ministério Público. Neste caso, marca uma audiência para a qual são intimadas as partes, o ofendido e o chefe do *parquet*. Realizado o ato, o juiz tem três caminhos: a) entende que o requerimento é efetivamente fundado e determina o arquivamento da investigação; b) verifica que a investigação até aquele momento produzida é insuficiente e indica ao Ministério Público as ulteriores investigações que podem ser feitas, fixando prazo para sua conclusão; c) conclui que a *notitia criminis* é fundada e os elementos de convencimento são suficientes para o exercício da ação penal, ocasião em que determina ao chefe do Ministério Público que, em 10 dias, formule a imputação. Apresentada a acusação, o juiz, dentro de dois dias, fixa a data da audiência preliminar. Note-se ainda que o magistrado em questão, isto é, aquele que acolhe ou não o requerimento de arquivamento, é o juiz da investigação (*G.I.P., giudice per le indagini preliminari*). A consistência ou não da acusação apresentada pelo Ministério Público será analisada por outro magistrado na audiência preliminar (*G.U.P., giudice dell'udienza preliminare*).

Um segundo ponto de mitigação do agnosticismo judicial está relacionado aos poderes do juiz na audiência de instrução. O artigo 507 do CPPI confere ao juiz a atribuição de integrar a prova, ao determinar, *ex officio*, a realização de prova que se mostre absolutamente necessária para o acerto. É comum que o juiz determine a oitiva de testemunhas quando a parte tiver deixado passar o respectivo prazo.

A Corte de Cassação, a propósito, entende que o juiz tem a obrigação de determinar a produção da prova quando entender pela indispensabilidade do elemento de convencimento. É dizer que, em reconhecendo que a prova é necessária, o juiz tem o dever de produzi-la³. Este dever ocorre mesmo quando a parte restar inerte⁴, porque haveria, segundo a Corte Constitucional, um dever de “busca pela verdade”⁵. De outra parte, a Corte de Cassação deixou nítido que o juiz não pode produzir prova com base em uma hipótese autônoma e alternativa à hipótese apresentada pelas partes⁶.

Essas atribuições judiciais, não obstante criticadas pela doutrina, deixam claro que, embora o sistema acusatório seja a regra – as partes

têm iniciativa probatória, não há prova secreta e ambos, Ministério Público e defesa, podem produzir elementos de convencimento em qualquer etapa do procedimento, o que muito difere de nosso inquérito policial –, o certo é que o papel do magistrado ainda tem centralidade no processo penal italiano. Não é, portanto, um pretor inerte ao estilo estadunidense.

Além do procedimento ordinário, há vários procedimentos especiais destinados a abreviar o pesado rito ordinário. Um deles é justamente o *patteggiamento*. Há, também, o *giudizio abbreviato* (arts. 438 a 443), quando o imputado requer que o processo seja definido na audiência preliminar, com base apenas nos elementos produzidos na fase de investigação. O juiz, na audiência preliminar, poderá absolvê-lo ou condená-lo, ocasião em que a pena poderá ser reduzida de um terço.

Já no *giudizio immediato* (arts. 453 a 458), caso a prova seja cabal, o Ministério Público pode requerer ao juiz que envie o processo ao juízo sem a realização de audiência preliminar. O juiz, de acordo com o quadro probatório, pode ou não deferir o pleito. Mas se o requerimento for feito pelo próprio imputado, o juiz estará obrigado a acolhê-lo.

No *giudizio direttissimo* (arts. 449 a 452), quando o agente for detido em flagrante ou confessar a prática do fato no interrogatório, o Ministério Público pode conduzi-lo imediatamente ao juiz da instrução, deixando de ser realizada a audiência preliminar.

Por fim, no *procedimento per decreto* (arts. 459 a 464), o Ministério Público, para delitos de pouca gravidade, requer a aplicação, ainda na fase de investigação, de uma pena de multa, diminuída até a metade.

Patteggiamento: noções

Embora o *patteggiamento* figure no direito italiano desde a Lei 689/81 (art. 77 – *Legge di depenalizzazione*), apenas com o novo CPPI foi efetivamente consolidado. O *patteggiamento*, ou mais precisamente a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, está previsto nos artigos 444 a 448 do CPPI.

Inicialmente, alcançava apenas crimes cuja pena não ultrapassasse dois anos. Com a Lei 134/2003, alargou-se o campo de incidência do instituto, sendo atualmente dividido entre: a) *patteggiamento ordinario* (ou *minor*), para agentes investigados por crimes punidos com pena de até dois anos; b) *patteggiamento allargato*, para crimes que podem alcançar até 11 anos de prisão. No *patteggiamento allargato* o agente tem direito apenas à redução da pena, inclusive da pena de multa, no patamar máximo de 1/3 (na praxe, quase sempre é concedido o percentual máximo).

Já no *ordinario*, a par da diminuição de pena, o agente pode ser beneficiado com a suspensão condicional da pena. E ainda fica livre de despesas processuais (exceto aquelas relativas à manutenção da prisão preventiva e à guarda da coisa sequestrada), da aplicação de penas acessórias e da imposição de medidas de segurança (exceto o confisco).

Penas acessórias são aquelas do artigo 19 do Código Penal italiano (CPI), como a interdição do exercício de profissão. Medidas de segurança são as previstas no artigo 215 do CPI, a exemplo da liberdade vigiada e da proibição de frequentar lugares que vendam bebidas alcoólicas.

No *patteggiamento ordinario*, caso seja concedida a suspensão, a pena e todos seus efeitos são extintos se o agente não praticar novo delito da mesma natureza no interregno de cinco anos (se o acordo tiver como base a prática de crime) ou no curso de dois anos (se tiver por objeto uma contravenção). Para que haja revogação da suspensão da pena, o agente deve ser condenado, pelo novo crime, por sentença transitada em julgado⁷. O limite de pena a permitir o *patteggiamento allargato*, segundo o artigo 444, I-BIS, é de cinco anos, independentemente da pena de multa. Mas esse teto não corresponde à pena abstrata do tipo: para fins de aplicação do instituto, consideram-se atenuantes e agravantes e, ainda, considera-se, desde já, a diminuição prometida àquele que adere ao acordo,

No processo penal italiano o juiz não tem uma postura verdadeiramente agnóstica, como em alguns países do *common law*

que normalmente é concedida em seu grau máximo (1/3). Em outras palavras, um crime punido com pena de até 11 anos, em sendo favoráveis as circunstâncias, e tendo em vista a diminuição de 1/3, pode se enquadrar no limite de cinco anos e ser objeto do pacto.

O *patteggiamento allargato* não é permitido para delitos de especial gravidade, como os de crime organizado (associação mafiosa, extorsão mediante sequestro, associação para o fim de tráfico de drogas), terrorismo, bem como aos contrários à pessoa (prostituição e pornografia que envolvam menores, produção ou comércio de material pornográfico, promoção de turismo sexual), além dos contrários à liberdade individual (violência sexual e prática sexual com menores, violência sexual por grupos). Nem por isso o alcance do *patteggiamento* é curto, já que os crimes de roubo, tentativa de homicídio, dentre muitos outros, podem ser objeto do negócio.

Também não podem se beneficiar do *patteggiamento allargato* aqueles agentes considerados criminosos habituais, profissionais ou por tendência, conceitos que serão examinados nos próximos itens deste estudo.

Vale sublinhar que para a incidência do *patteggiamento ordinario* não há qualquer limite subjetivo ou objetivo, exceto o limite da pena em concreto, que não pode ser superior a dois anos. Assim, mesmo nos crimes mais graves, como terrorismo e associação mafiosa, e mesmo os criminosos habituais, profissionais, por tendência ou reincidentes podem se beneficiar desta espécie de *patteggiamento*.

Tanto no *patteggiamento allargato* quando no *ordinario*, os crimes não são considerados *per se*, isto é, vale a pena concreta final, considerada a continuidade delitiva⁸.

A Lei 69/15 determinou que, nos delitos praticados contra a administração pública, o *patteggiamento* só é admissível se houver restituição integral do proveito e do produto do crime. Não se trata, entretanto, de responsabilidade civil, pois do *patteggiamento* são excluídas quaisquer pretensões ressarcitórias.

Já a recente Lei Anticorrupção (Lei 3/19) passou a permitir que nos crimes praticados contra a administração pública – mesmo nos

casos de *patteggiamento ordinario*, para os quais era originariamente proibida a aplicação de sanções assessórias – o juiz possa aplicar a pena prevista no artigo 317-bis do CPI, qual seja, a incapacidade temporária de contratar com a administração pública por um período não inferior a cinco e não superior a sete anos.

Patteggiamento: proposta, consenso e dissenso

A proposta de acordo pode partir de qualquer das partes: Ministério Público ou imputado. E também pode ser apresentada conjuntamente. E não há um momento específico em que possa ser formulada. O prazo final para a proposta, regra geral, é o da apresentação das conclusões na audiência preliminar (art. 446, §§ 1º e 4º), mas, a depender do rito, a exemplo do *direttissimo*, pode ser feita até na ocasião de apresentação dos atos preliminares da *fase dibattimentale*, isto é, pode ser apresentada nos momentos precedentes à instrução. É certo, porém, que pode ser apresentada bem antes da audiência preliminar, ainda na fase investigatória.

É mais comum, contudo, que seja proposto na audiência preliminar, pois nesta fase procedimental o imputado toma ciência efetiva de tudo quanto pesa contra ele. Ademais, o ato serve justamente para verificar a consistência dos elementos de convencimento até então produzidos pelo Ministério Público.

Se houver consistência na acusação, já sendo conhecida a robustez dos elementos de convencimento e já estando nítida a tipificação, as partes podem levar a efeito um exame mais seguro sobre a conveniência de propor – ou aceitar – o acordo.

Pode ser feita oralmente, se durante a audiência, ou por escrito. É necessário, todavia, que sugira a espécie e a medida da pena a ser aplicada, considerando-se a tipificação e o confronto entre circunstâncias atenuantes e agravantes.

Note-se que não há eficácia preclusiva no dissenso. Mesmo que, em um primeiro momento, a parte discorde da proposta de acordo do oponente, ela poderá aderir em momento posterior⁹. O prazo fi-

nal para esta adesão varia conforme o rito procedimental adotado, mas nunca ultrapassa o limite da abertura da instrução.

Diferente é a solução para a revogação do consenso. Há três posições sobre a matéria: a) o pacto é irrevogável depois da ratificação pelo juiz; b) o pacto é irrevogável a partir do momento em que chega ao conhecimento da outra parte¹⁰; c) o imputado, e somente ele, mesmo depois de expressar sua concordância em um primeiro momento, pode pleitear a modificação dos termos do acordo até a rati-

Penas acessórias são aquelas do artigo 19 do Código Penal italiano, como a interdição do exercício de profissão

ficação pelo juiz – o privilégio processual se explica porque o imputado pode rever a conveniências do acordo a qualquer tempo, pois o pacto é sempre uma faculdade que é posta a seu favor¹¹.

O imputado pode discordar da proposta apresentada pelo Ministério Público sem que seja necessário apresentar os motivos. Contudo, se o Ministério Público discordar, *ex vi* do artigo 446, § 6º, deve apresentar as razões do dissenso, como nos casos em que a pena estiver aquém da gravidade do crime.

O dissenso do Ministério Público será analisado pelo juiz, que poderá considerá-lo infundado, vindo, então, a deferir ao imputado os benefícios do *patteggiamento*. Apenas ao final da instrução, contudo, o juiz poderá acolher o pedido do imputado, pois apenas nesse momento terá plenas condições, segundo a Corte de Cassação, de verificar se o dissenso do *parquet* é efetivamente ilegítimo¹².

É interessante notar que, embora o *patteggiamento* seja um típico exemplo de justiça negociada, este pode se dar mesmo quando não houver acordo entre as partes, desde que configurada a injusta dissensão do Ministério Público. A vontade do *parquet*, portanto, é substituída pela decisão judicial. Nada, entretanto, substitui a vontade do imputado, cuja adesão é *conditio sine qua non* para o pacto.

Com isso, é possível afirmar que existe, *mutatis mutandis*, um direito subjetivo do imputado de ver reconhecido o *patteggiamento*. O pacto, por conseguinte, não fica à mercê do Ministério Público.

Patteggiamento: mérito do pacto

Não há admissão de culpa no *patteggiamento*. O imputado não está obrigado a confessar a prática do crime, como no clássico *plea bargaining* norte-americano (*guilty plea*)¹³. Daniela Vigoni explica que, embora o modelo italiano tenha se inspirado no anglo-saxão, é ingênuo, enganoso e arriscado aproximá-los, pois no caso italiano não são admissíveis nem a disponibilidade nem a retratabilidade da ação penal, e muito menos se pode cogitar de ampla possibilidade de manobra na fixação da pena. Ademais, ao contrário do juiz italiano, o juiz norte-americano “geralmente limita-se a ratificar o acordo, depois de verificar, mais do que qualquer coisa, elementos superficiais relativos a *intelligence* (conhecimento) e *voluntariness* (voluntariedade) da assunção de culpa”¹⁴.

Segundo o artigo 444, § 2º, do CPPI, o juiz controla diversos aspectos do pacto, a exemplo da voluntariedade, mas examina especialmente o enquadramento típico dos fatos apresentados pelas partes e a proposta de pena que daí decorre, incluídas atenuantes e agravantes, isto é, a par da tipificação há o exame dos aspectos objetivos e subjetivos relativos à pena¹⁵. A análise tem por base aqueles elementos produzidos na fase investigatória, inclusive os produzidos pelo defensor (*fascicolo del difensore*). Não se trata de uma apreciação formal, meramente homologatória, mas sim de análise substancial.

Franco Cordero adverte que o *patteggiamento* não se compara ao *plea bargaining*, em que o juiz não passa de um notário. Tampouco representa um negócio para homologar. Trata-se de um pedido, admissível ou não. Acertamento judicial, portanto. Não há, por conseguinte, automatismo no sistema italiano, pois o juiz não está vinculado ao pacto¹⁶.

Prova disto é que a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade da redação originária do artigo 444, § 2º, do CPPI, que limitava a análise do juiz a aspectos formais do acordo. A corte deixou claro que o juiz deve ponderar a adequação da pena sugerida pelas partes, rejeitando-a se incongruente¹⁷. A constituição Italiana, a propósito, prevê a inviolabilidade e a irrenunciabilidade da liberdade pessoal

no artigo 13, § 1º, e a proporcionalidade entre a gravidade do fato e a pena, no artigo 27, § 3º. Mas não é só isso.

O juiz pode liberar o imputado – mesmo que as partes estejam de acordo com a pronta aplicação da pena – quando estiver presente uma das hipóteses do artigo 129 do CPPI¹⁸. Em outras palavras, o juiz, para além das causas de extinção da punibilidade usuais, absolve se o fato não subsistir, se não constituir crime ou se o imputado não tiver sido o autor. O entendimento amplamente majoritário é que o

Se houver consistência na acusação, já sendo conhecida a robustez dos elementos de convencimento e já estando nítida a tipificação, as partes podem levar a efeito um exame mais seguro sobre a conveniência de propor – ou aceitar – o acordo

juiz somente pode exonerar o imputado se houver prova evidente de que os fatos não ocorreram ou de que o imputado não é o autor ou, então, quando a prova da culpa for impossível de ser obtida, isto é, quando a insuficiência ou contraditoriedade da prova forem irreversíveis¹⁹.

No caso de razoável dúvida, quando o quadro probatório se mostrar insuficiente ou contraditório, o juiz deve acolher o acordo proposto, não lhe sendo permitido absolver, exceto quando esta dúvida ou contraditoriedade for insuperável, mesmo com a realização de futura instrução²⁰.

A dúvida milita em favor do *patteggiamento* no caso de pronta absolvição, ressalte-se, mas não na aplicação da pena e no enquadramento típico, para os quais o juiz tem amplo poder – e dever – de se antepor à vontade das partes.

A lei não permite que o juiz adéque o pacto. Pode acolhê-lo integralmente – a despeito do dissenso do Ministério Público – ou rejeitá-lo totalmente, tudo em obediência ao modelo acusatório. Por exemplo, deve examinar a higidez da pena sugerida pelas partes, admitindo-a ou denegando-a, mas não pode substituir circunstâncias (reconhecer atenuantes, agravantes etc.)²¹. Ademais, deve decidir apenas com base no material já produzido, ou seja, com base nos

elementos colhidos na investigação, seja pelo Ministério Público, seja pelo defensor²².

Patteggiamento: natureza jurídica

Segundo o artigo 445, § 1º-bis, a sentença que acolher o pacto não tem eficácia nos juízos civil e administrativo. No mais, salvo algumas poucas exceções, é equiparada a uma sentença de condenação.

Para admitir que a sentença relativa ao *patteggiamento* tenha natureza condenatória, a doutrina diverge sobre a profundidade da cognição judicial no procedimento negocial. Para alguns, o *accertamento*, isto é, a análise efetiva do juiz sobre os fatos deve ser ampla, inclusive com a absolvição do imputado em caso de dúvida razoável. Sem isto, não haveria *accertamento* e muito menos se poderia falar em sentença condenatória.

Outros acreditam que esse *accertamento* é completo mesmo que o juiz não tenha amplos poderes de ação, pois adviria do consenso, e está implícito na decisão que acolhe a vontade das partes.

Uma terceira via entende que a cognição judicial corresponde a um *accertamento incompleto*, parcial, sobretudo porque o juiz, nos casos do artigo 129 do CPPI, pode absolver o imputado. Além disso, o magistrado controla o enquadramento do fato e a pena. Haveria, portanto, análise judicial de mérito, incluída a ocorrência do fato, a autoria e a proporcionalidade da pena.

A tese do *accertamento incompleto* é o caminho que a doutrina majoritária tem se valido para compatibilizar o *patteggiamento* com os princípios constitucionais da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* (art. 27, § 2º), da indisponibilidade da liberdade pessoal (art. 13, § 1º), da motivação das decisões judiciais (art. 111, § 6º) e da *nulla poena sine iudicio*²³. Essa acomodação se justificaria, ainda, sob o argumento de que a constituição italiana²⁴ permitiu, no artigo 111, § 5º, que o imputado abra mão do contraditório em seu sentido amplo. Ao lado disto, a carta prevê a razoável duração do processo no artigo 111, § 2º. Isso significa dizer que o contraditório, antes amplo,

agora estaria limitado ao material produzido na fase investigatória, o que não afasta, *in totum*, a cognição judicial. Não há, nesta visão, ofensa à presunção de inocência, mas uma modificação, permitida pela constituição, no alcance do princípio do contraditório.

A compatibilização é contestada por alguns autores²⁵. Carnelutti, a propósito, ensinava não existir aplicação de pena sem cognição: “*giudizio e pena sono i due indissolubili aspetti d'un fenomeno solo*”²⁶.

Ferrajoli chegou a afirmar que acordos ou transações não seriam decorrência lógica de um modelo acusatório, marcado pelo contraditório, pela obrigatoriedade e pela indisponibilidade da ação penal. Segundo este autor, “a negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição”²⁷.

No Brasil, também voz dissonante, Geraldo Prado²⁸ apontou que

a irrenunciabilidade do direito fundamental, pelo particular, é o antecedente lógico da indisponibilidade e no campo jurídico inválida, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicação dos direitos individuais. [...] E não se pode duvidar, à luz dos incisos LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição da República, que a presunção de inocência, o direito ao processo e, conseqüentemente, o direito à prova sejam direitos fundamentais.

Patteggiamento: recurso

Se o Ministério Público não consentir com a proposta apresentada pelo imputado, e o juiz, ao final da instrução do feito, verificar que o dissenso do *parquet* é infundado, será proferida sentença acolhendo a proposta do acusado. Nesse caso, o Ministério Público poderá recorrer (art. 448, § 2º). Este, aliás, é o único caso em que a sentença que decorrer do acolhimento do pedido de *patteggiamento* será apelável.

Já se o juiz desacolher o pedido de *patteggiamento*, julgando normalmente o feito mesmo depois de as partes terem expressado sua con-

cordância, a lei permite que o imputado, e apenas ele, apele para alegar a irrazoabilidade do desacolhimento do acordo pelo magistrado.

De outro lado, o recurso para a Corte de Cassação foi limitado pela Lei 103, de junho de 2017, que o admite em poucas hipóteses, como vício de vontade do agente, descompasso entre o pedido e a sentença, errônea qualificação jurídica dos fatos ou, por fim, aplicação de pena ou medida de segurança em casos para os quais essa aplicação é vedada.

Acordo de não persecução penal e acordo penal no Projeto Moro

O Projeto Moro prevê dois acordos: o de não persecução penal e o acordo penal propriamente dito. O primeiro se dá até o recebimento da denúncia ou queixa. O segundo, entre o recebimento da denúncia ou queixa e o início da instrução.

O acordo de não persecução constará, se aprovado o projeto, no novo artigo 28-A do CPP²⁹. São requisitos deste pacto: a) o agente ter confessado; b) o crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça; c) a pena ser inferior a quatro anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto; d) a medida ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção; e) o agente não ser reincidente ou criminoso cuja conduta seja habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações pretéritas; f) não ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Atendidas as citadas condições, o Ministério Público ou o querelante podem oferecer a proposta, que deve incluir, alternada ou cumulativamente, as seguintes medidas: 1) reparação do dano ou restituição da coisa, salvo impossibilidade de fazê-lo; 2) renúncia aos instrumentos, produtos e proveitos do crime; 3) prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços; 4) pagamento de prestação pecuniária; 5) cumprimento, por prazo determinado, de outra

condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Para a homologação o juiz deverá verificar a legalidade, a voluntariedade, a adequação e a suficiência das medidas. Se homologar, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que inicie o cumprimento no juízo de execução penal.

Se não homologar, no caso de a proposta ser insuficiente ou inadequada, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público. Feita a adequação, o juiz homologará o pacto.

Sempre que o pacto não for homologado, os autos voltam ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia. Se cumpridas todas as condições do acordo, o juiz decretará a extinção da punibilidade. O descumprimento será comunicado ao juiz pelo Ministério Público, para fins de rescisão e oferecimento da denúncia.

A celebração e o cumprimento do acordo não constarão em certidão de antecedentes, salvo para impedir novo acordo no prazo de cinco anos. Por fim, a prescrição não correrá durante a vigência do pacto.

Já o acordo penal, que constará no novel artigo 395-A do CPP³⁰, ocorre depois do recebimento da peça acusatória e exige, além da confissão, expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas e de renunciar ao direito de recurso. Não há limite de pena para o negócio, mas o Ministério Público ou o querelante podem deixar de celebrá-lo “com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal”.

As partes devem sugerir penas a serem aplicadas pelo juiz, que poderão ser diminuídas em até a metade. Poderá ainda ser alterado o regime de cumprimento ou promovida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

O acordo ainda deverá prever a destinação do produto ou proveito do crime, ou bem de valor equivalente e, se houver vítima, um valor mínimo para a reparação dos danos suportados, sem prejuízo da complementação no juízo cível.

Para a homologação, além da voluntariedade, o juiz verificará a adequação das penas propostas e a existência de provas suficientes. O juiz não homologará o pacto se a proposta for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração, ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

O acordo é permitido para reincidentes e para criminosos cuja conduta seja tida por habitual, reiterada ou profissional, mas, nesses casos, deverá prever o cumprimento de parcela de pena em regime fechado.

O projeto é claro ao definir a natureza jurídica do acordo. Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

Acordo de não persecução e *patteggiamento*

Não se vislumbra razão jurídica suficientemente plausível para que a lei preveja dois acordos a depender da fase procedimental: um antes do recebimento da denúncia, outro depois. É difícil justificar duas propostas que, aparentemente, têm o mesmo objeto.

Um acordo penal não deixa de ser um acordo penal por ser negociado na fase investigatória. O certo é que tanto o acordo de não persecução quanto o acordo penal preveem, por via de um negócio processual, a aplicação de penas.

A natureza jurídica das imposições legais que o projeto faz ao imputado, a propósito, é de pena, a despeito do nome que a elas se dê (medida, condição etc.). Não se pode ter dúvidas de que prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária sejam, deveras, modalidades de pena.

O *patteggiamento*, como se viu nos itens anteriores, pode ser levado a efeito em qualquer fase procedimental. A proposta brasileira, portanto, ao criar uma diferenciação artificial, poderá complicar a aplicação da justiça consensual. As incertezas, que não serão poucas, são duplicadas em razão da compartimentalização.

O acordo de não persecução tem uma série de outros aspectos que faz com que fuja ao modelo italiano de *giustizia consensuale*. No Projeto Moro, o acordo de não persecução somente pode ser requerido pelo Ministério Público, mas não pelo próprio imputado. E, se o Ministério Público não o propuser, não existem mecanismos no sistema para que eventual injustiça seja reparada pelo juiz. Não há, portanto, um direito subjetivo ao pacto, mesmo quando o imputado cumpra todos os requisitos para tanto.

Franco Cordero adverte que o *patteggiamento* não se compara ao *plea bargaining*, em que o juiz não passa de um notário. Tampouco representa um negócio para homologar. Trata-se de um pedido, admissível ou não

No caso italiano, se verificar que o dissenso do *parquet* é ilegítimo, o juiz instruirá o feito e, ao final, concederá a diminuição de pena na sentença.

Note-se, ainda: a) a iniciativa depende do Ministério Público; b) ao imputado não é dada a prerrogativa de requerer a medida; c) depende fundamentalmente do *parquet*, pois se não houver a concordância deste, não há acordo; d) o *quantum* da pena é sugerido também pelo Ministério Público; e) além do *quantum*, o Ministério Público define qual ou quais medidas serão aplicadas e, ainda, poderá criar uma medida genérica, sem controle de tipicidade, “desde que proporcional e compatível com a infração”; f) o Ministério Público, a partir de conceitos abertos como “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, determina se o agente faz jus ou não ao pacto.

Em outras palavras, não há, em verdade, acordo propriamente dito, que pressupõe negociação e um mínimo de igualdade entre as partes. Poder-se-ia falar de um contrato de adesão, nada mais do que isso. O papel que cabe ao imputado nessa “negociação” é concordar ou não com os termos do Ministério Público. E, se não concordar, não tem mecanismos para exigir que o acordo lhe seja franqueado.

Mesmo o juiz tem papel acessório no pacto de não persecução. Mencionou-se que no modelo italiano o juiz aplica a pena, que é

sugerida pelas partes. Serão preservadas, ainda que em grau menor, a inafastabilidade da jurisdição, o *nulla poena sine iudicio* e a individualização judicial da pena, dentre outras derivadas do devido processo legal.

Igualmente, a função do Ministério Público neste pacto pré-processual é de duvidosa constitucionalidade. No Brasil, tal qual na Itália, a ação penal é obrigatória. Ferrajoli explica que na contemporaneidade não é mais admissível sistemas acusatórios permitirem a disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público. Quem advoga a disponibilidade incide em erro histórico. Na antiguidade (Grécia e Roma), o processo nasceu acusatório, pois a acusação era tocada pelo ofendido, dependia da vontade do particular. Logo, havia disponibilidade (a vítima processava ou não o acusado) e separação entre as funções de acusar (que cabia ao particular) e de julgar (Estado)³¹.

Com o excesso de denúncias de particulares que visavam a perseguir adversários, após o fim da república Roma virou-se ao processo inquisitorial, desenvolvido, *ex officio*, pelo juiz. Com a queda do império romano, o processo voltou a ser acusatório, mas com a Inquisição a iniciativa da ação retornou ao próprio julgador. Na modernidade, entretanto, houve a retomada do processo acusatório, mas a iniciativa da acusação, em muitos países, saiu da esfera particular e passou a ser responsabilidade de um órgão especialmente projetado para este fim, normalmente conhecido por ministério público.

Em síntese, faria sentido conjugar princípio acusatório e disponibilidade apenas da antiguidade, quando o acusador era um particular. Quando o poder de acusar passa à potestade estatal, não faz mais sentido conceber um processo no qual reste ao alvedrio de quem quer que seja o exercício de um múnus público.

Acordo penal e *patteggiamento*

O acordo penal, diferentemente do acordo de não persecução penal, aproxima-se um pouco mais do *patteggiamento*, pois em ambos o juiz tem um papel de maior destaque no controle do pacto.

O caminho trilhado por Moro parece estar mais perto do *patteggiamento* do que da *plea bargaining*, na qual o magistrado quase nunca exerce efetivo controle sobre o negócio, e do que do modelo tedesco (*obsprachen*), em que o juiz participa ativamente das negociações³².

A participação substancial do juiz no controle do acordo difere em alguns aspectos, embora seja um ponto de convergência entre o sistema italiano e o pretense sistema brasileiro. Na Itália, desde que haja prova firme, o juiz absolve o agente, mesmo se as partes tiverem aderido ao acordo. E mesmo quando a prova for dúbia ou contraditória o juiz também absolve, desde que as provas do crime e da autoria sejam de realização improvável na instrução. Já em relação à pena e à tipificação, incluindo agravantes e atenuantes, o juiz tem ampla cognição, amplos poderes e verdadeira obrigação de efetivar o controle.

No Projeto Moro, o juiz apenas pode deixar de homologar o acordo se a proposta de pena for manifestamente ilegal, manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes dos autos forem manifestamente insuficientes para a condenação.

É verdade que, no *patteggiamento*, o juiz pode absolver somente com prova clara, o que equivaleria ao advérbio “manifestamente” do projeto. Ao lado disso, o juiz brasileiro, mesmo antes da proposta de acordo, ainda pode rejeitar a denúncia por falta de justa causa, conforme o artigo 395, III, do CPB, que incide em casos de absoluta inviabilidade probatória.

Diferentemente, na parte das penas, o juiz italiano tem amplos poderes, enquanto o brasileiro, mesmo que se depare com uma prova ilegal, deverá silenciar, uma vez que apenas em situações de manifesta ilegalidade ou manifesta desproporcionalidade estará autorizado a agir.

No exame do material probatório reside um outro ponto crucial do Projeto Moro. O texto diz que o juiz deverá negar homologação se “as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes”. Mas a que prova processual o projeto se refere?

A rigor, não há processo no nosso inquérito policial, pois não há contraditório, possibilidade de participação da defesa e, no mais

das vezes, sequer o Ministério Público toma parte na produção dos elementos de convencimento.

Em outras palavras, logo depois do recebimento da denúncia ainda não há prova processual alguma. Logo, é ininteligível a previsão para que o juiz negue homologação ao acordo “se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes”. Tomada com rigor técnico, esta determinação impede toda e qualquer homologação de acordo penal.

Para que se desse maior consistência aos elementos produzidos no inquérito, deveria ser oportunizado o contraditório, incluída a participação do Ministério Público e do juiz e, sobretudo, deveria ser franqueada a efetiva participação da defesa.

No nosso sistema, entretanto, não parece possível sustentar a aplicação de pena que tenha por base um juízo de acerto judicial calcado em elementos inquisitoriais, oriundos de nosso modelo de investigação, especialmente porque, ao contrário da Itália, a defesa não pode produzir prova na fase de investigação.

Soa bastante desarrazoado exigir prova processual para a homologação do acordo, e complicado compatibilizar os princípios do contraditório, da presunção da inocência, do *in dubio pro reo*, da motivação das decisões judiciais, da *nulla poena sine iudicio* e da culpabilidade com um provimento judicial que tenha por base elementos produzidos no inquérito policial pelo delegado de polícia; sem a participação de um juiz de garantias, sem a participação da defesa e, no mais das vezes, também sem a participação do Ministério Público.

Aqui há um problema de sistema. O acordo penal é adequado ao modelo acusatório. Assim, se não houver mudança de nossa investigação, é bastante questionável a legitimidade da aplicação de pena que tenha como fundamento o exame de culpa levado a efeito a partir do produto de um procedimento inquisitorial, do qual nenhum dos autores faz parte (juiz, Ministério Público e defesa).

A compatibilização é contestada por alguns autores. Carnelutti, a propósito, ensinava não existir aplicação de pena sem cognição

Evidentemente, a julgar pelo artigo 155 do CPP, a confissão isolada, sem o amparo de qualquer prova produzida sob o crivo do contraditório, não é suficiente para embasar a aplicação de pena. E a situação se agrava porque nossa Constituição, ao contrário da italiana³³, não previu que as partes possam abrir mão de parcela da garantia do contraditório para se submeterem a um acordo de natureza penal.

De outro ângulo, tal qual o fez no acordo de não persecução, o projeto não previu uma solução para o caso de ser indevida uma eventual negativa do Ministério Público em aderir ao pacto. Não há um controle sobre a legitimidade do *dissenso do parquet*.

Ainda que o projeto permita que o imputado proponha o acordo, deixa nas mãos do Ministério Público a prerrogativa de efetivá-lo, pois o assentimento do *parquet* não é supérfluo por decisão judicial. Ademais, o Ministério Público pode se negar a fazê-lo com base em uma cláusula geral, de amplo espectro interpretativo: “o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal”.

Há outras expressões de conteúdo aberto no projeto, que se prestam à insegurança jurídica. Por exemplo, nos casos que “indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

A configuração da categoria do criminoso habitual ou profissional se deve a Enrico Ferri, que o fez entre 1878 e 1880. Agregando elementos sociológicos à biologia lombrosiana, Ferri afirmava que, a partir de um componente inato, mas sobretudo pelo abandono social, pelo preconceito e pelas péssimas condições das cadeias, o agente acabava por praticar crimes em série, fazendo disto uma *vera professione*³⁴.

A mencionada categoria é usada até hoje nos códigos italianos atuais e também é citada no *patteggiamento*. A diferença é que o legislador italiano não deixou ao alvedrio dos aplicadores a definição do que sejam criminosos habituais ou profissionais. Para ambas as categorias, são necessárias, segundo o CPI, múltiplas condenações passadas em julgado³⁵.

Se o projeto quer se valer das categorias do criminoso habitual ou profissional em vários pontos, a exemplo da negativa de liberdade provisória e da fixação do regime fechado, melhor que traga o sistema italiano em sua integralidade, isto é, incluindo igualmente as definições legais de criminoso habitual ou profissional, e não somente o *nomen iuris*, fator que abre portas para um reprovável direito penal de autor.

Por fim, é requisito do acordo que as partes renunciem ao direito de recurso. Na Itália, como se viu, há possibilidade de apelação por parte do Ministério Público quando o juiz acolher o pedido de *patteggiamento* a despeito da negativa do *parquet*, se julgar o dissenso infundado. E também há previsão para recurso à Corte de Cassação, entre outras hipóteses, quando for constatado descompasso entre o pedido e a sentença.

Segundo o projeto, as partes sugerem ao juiz a aplicação da pena entre elas acordada. Se discordar da sugestão, o juiz não estará obrigado a segui-la, pois a dosimetria da pena é função jurisdicional indeclinável e não pode ser avocada pelas partes. Portanto, deverá negar homologação ao pacto. Mas, se homologar o acordo, deverá aplicar a pena tal como sugerida. Se não o fizer, as partes devem ter garantido o direito ao recurso.

Considerações finais

Os italianos têm quase 40 anos de experiência em justiça consensual. Ainda que não isento de problemas, o modelo está consolidado na Itália e, em que pesem vozes divergentes, tem sido reconhecido como exitoso na difícil tarefa de conjugar os interesses de razoável duração do processo com os cânones do devido processo legal, especialmente o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição.

A Itália, com efeito, nos tem reiteradamente servido de paradigma processual pelos mais variados motivos, especialmente a proximidade histórico-cultural entre os dois países. O certo é que ambos

os sistemas preveem, em maior ou menor grau, a especialização e a diferenciação das funções de acusar e julgar, a indisponibilidade da ação penal, a ampla defesa e a *nulla poena sine iudicio*.

O *patteggiamento*, em outras palavras, está sistematicamente mais perto do Brasil do que a *plea bargaining*, nascida no *common law* e inserida em sistema marcado por ampla disponibilidade e por um quase nulo controle judicial, mormente na fixação da pena.

Não se trata de copiar a Itália ou qualquer outro país, mas de antecipar incongruências e assistemáticas. Aprender, em suma, com a experiência. Se o Brasil quer acolher a justiça consensual, será prudente que o faça sem negligenciar os pilares que sustentam nosso sistema, especialmente os princípios constitucionais que nos são caros.

Nesse compasso, entende-se adequado sugerir algumas medidas que podem ser úteis no processo de assimilação da justiça consensual. Primeiro, sugestões para o acordo de não persecução e, depois, para o acordo penal.

No tocante ao acordo de não persecução, não se vislumbra utilidade e tampouco possibilidade de recebê-lo em nosso modelo. Utilidade, porque a compartimentalização, conforme a fase procedimental, é desnecessária, artificial e tende a se transformar em potencial complicador. O *acordo penal* propriamente dito pode englobar, sem qualquer prejuízo, tanto o pacto levado a efeito antes quanto depois do recebimento da denúncia, exatamente como na Itália. A simplificação facilita a funcionalidade do instituto.

Além disso, o acordo de não persecução, da forma como previsto no projeto, deixa de considerar diversos princípios constitucionais, máxime o da inafastabilidade da jurisdição. Trata-se de pena escolhida, dosada e até executada pelo Ministério Público. Isto tanto é verdade que os autos, em sendo homologado o pacto, são remetidos ao *parquet* para que este execute as penas.

Não só deixa de haver sentença judicial aplicando a pena – *nulla poena sine iudicio* – mas também não há sequer acusação formal que individualize e tipifique o fato. Sem isso, não é possível um controle judicial sério – nem mesmo o básico controle de tipicidade. E, não se olvide, a ação penal é indisponível.

Em síntese: o acordo de não persecução prevê a aplicação de penas fixadas e executadas pelo Ministério Público, sem individualização e, ainda, *sem iudicio*. Não se vê como possível, conclusivamente, conjugar o acordo de não persecução com nosso ordenamento.

No tocante ao acordo penal propriamente dito, a situação é um pouco diversa. Há previsão de acusação formal e há o controle judicial, ainda que em menor grau, se comparado ao procedimento ordinário. É possível cogitar de sua compatibilização ao nosso modelo, desde que sejam feitos alguns ajustes.

O primeiro ajuste, e que já se faz necessário há muito, é prever no direito brasileiro a possibilidade de a defesa produzir provas de maneira ampla e ativa na fase investigatória. E também já é passado o tempo de entregar ao Ministério Público, titular da ação penal, o controle da investigação e, de outro lado, exigir sua efetiva participação na produção dos elementos de convencimento carreados na fase investigatória. Tudo, evidentemente, sob o crivo de um juiz de garantias.

Também é importante retirar do projeto o advérbio “manifestamente”, segundo o texto, em que o juiz apenas pode deixar de homologar o acordo se a proposta for manifestamente ilegal, manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes dos autos forem manifestamente insuficientes.

Não existem meias ilegalidades ou meias desproporcionalidades. Se o acordo for ilegal, se a pena for desproporcional ou se a prova for insuficiente, o juiz não poderá ser demitido de sua função de garante, ou seja, deve cumprir seu dever constitucional e negar seguimento ao acordo. É certo que o exame da suficiência da prova deve ser compatibilizado com a incipiência da fase procedimental. Não se pode exigir prova plena. Mas tampouco se pode aplicar pena sem prova alguma.

Também é necessário que se preveja uma válvula de escape no sistema para o caso de o dissenso do *parquet* se mostrar infundado,

O Projeto Moro prevê dois acordos: o de não persecução penal e o acordo penal propriamente dito

sem o qual não se trata propriamente de um encontro de vontades, mas de uma escolha unilateral que, por vezes, pode se mostrar ilegítima. Obedecidos os requisitos legais, o acordo é direito subjetivo. Não se pode, sem afrontar o princípio basilar da isonomia, ofertá-lo a alguns e não a outros.

Para os casos em que o juiz acolher a pretensão do imputado, a despeito da negativa do *parquet*, deve ser prevista a possibilidade de recurso, mesmo na hipótese de o juiz negar homologação ao acordo apresentado pelas partes.

É fundamental que sejam retiradas as menções a condutas criminosas habituais ou profissionais, exceto se o sistema italiano for recebido em sua integralidade, isto é, que ao menos o próprio projeto defina o que sejam estas categorias e exija múltiplas condenações, tal qual são previstas no país em que foram desenvolvidas.

Em suma, a aplicação de penas mediante acordo é, muito provavelmente, um caminho sem volta. Bem por isso, deve ser percorrido com cuidado, prudência e respeito à tradição constitucional consolidada em nosso país, pois, sem tais fatores, estará fadado a negligenciar, em última análise, o caro e indisponível direito à liberdade.

Notas

1. José Henrique Kaster Franco. Cumpriu estágio de Pós-doutorado na Sapienza – Universidade de Roma (2019). Doutor, pela PUC-SP (2017). Mestre, pela PUC-SP (2011). Especialista em Direito Penal Econômico, pelo IBCCRIM/Coimbra (2015). Professor Visitante na Sapienza – Universidade de Roma. Formador na Escola Nacional da Magistratura. Professor no Programa de Mestrado da UFMS. Membro eleito, como representante do Brasil, na Rede Plurinacional de Juízas e Juizes das Américas. Juiz de Direito em Campo Grande/MS.
2. “Si tratta di un punto che caratterizza il codice del 1988. Nel dibattito si segue la regola secondo cui l’organo giudicante deve decidere sulla base delle prove assunte nel contraddittorio tra le parti e non deve essere influenzato dalle prove raccolte in segreto. La formazione di due distinti fascicoli è prevista per rendere effettivo il principio appena enunciato. Un primo fascicolo ‘per il dibattito’ contiene i verbali degli atti assunti in contraddittorio (ad

esempio, nell'incidente probatorio) ed i verbali degli atti non ripetibili assunti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria. Detti verbali sono conosciuti dal giudice e possono essere letti in dibattimento ed utilizzati ai fini della decisione. L'altro fascicolo, denominato 'del pubblico ministero', ha un contenuto residuale: in esso sono ricompresi i verbali degli atti assunti dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria e dal difensore. Il fascicolo è conosciuto soltanto dalle parti e non dal giudice; gli atti in esso contenuti, di regola, non sono utilizzabili per la decisione dibattimentale. In casi eccezionali, i verbali sono utilizzabili come prova del fatto rappresentato" (TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 19. ed., Milão: Giuffrè, 2018, p. 36).

3. Corte de Cassação, Seção III, Sentença 10488, de 2016.
4. Corte de Cassação, Seção I, Sentença 29490, de 2013.
5. Corte Constitucional, Sentença 111, de 1993.
6. Corte de Cassação, Seções Unidas, Sentença 41281, de 2006.
7. Corte de Cassação, Seção I, Sentença 43792, de 2015.
8. Corte de Cassação, Seção V, Sentença 35148, de 2010.
9. BELTRAME, Sergio (Coord.). *Codice di Procedura Penale*. 3. ed., Milão: Giuffrè, 2019, p. 1627.
10. Corte de Cassação, Seção IV, Sentença 7300, de 2010.
11. CAPRIOLI, Francesco. *Il consenso dell'imputato all'applicazione della pena: revocabile o no?* Roma: Giuridica Italiana, v. 2, 1992, p. 30.
12. Seção VI, Sentença 42374, de 2009.
13. No aspecto da necessidade da confissão, o sistema italiano guarda ligeira semelhança com o nolo contendere norte-americano. Mesmo assim, o papel do juiz é absolutamente diverso nos dois modelos: "Diverso è il caso – più affine, sotto alcuni aspetti, al patteggiamento italiano – del nolo contendere o nolo contendere plea, in cui un imputato, senza confessare espressamente la colpevolezza, rinuncia a contestare l'impianto accusatorio, manifestando la disponibilità a subire una sanzione ridotta. Secondo la disciplina delle Federal Rules, si tratta di un strumento negoziale in cui il giudice, considerati la posizione delle parti e l'interesse pubblico ad un'efficace amministrazione della giustizia, è chiamato a verificare – come nel caso del classico plea bargaining – la volontarietà dell'impegno assunto dal defendant, e che questi abbia compreso il capo di imputazione e le conseguenze della dichiarazione, ma senza alcuna necessità che sia riscontrata una factual basis, permettendo così all'imputato di aggirare completamente la questione concernente l'accertamento della sua colpevolezza o innocenza" (CALLARI, Francesco. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cognitivo*. Pisa: Archivio Penale, v. 3, 2012, p. 5-6).
14. No original: "Il giudice, in genere, si limita a ratificare l'accordo, previo controllo, più che altro de carattere superficiale, della intelligence (consapevolezza), e voluntariness (volontarietà) della dichiarazione di colpevolezza"

- (VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 8-10).
15. Art. 444, §2º: il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti.
 16. “Gli accordi sulla pena non sono dei plea bargaining davanti a cui il giudice funge da notaio; né configurano negozi da omologare; siamo davanti a dei petita, accoglibili o no. Accertamento giurisdizionale, dunque [...] Esistono differenze molto visibili. All’istituto italiano manca l’automatismo dispositivo (implicante domande sovrane e possibili desistenze, con i relativi limiti al quadro cognitivo): chi giudica non è vincolato dall’accordo; stabilendo se l’asserito reato esista, quale pena meriti e fin dove l’imputato sia degno del favore, applica canoni legali (i bargaining partners, invece, manipolano l’esito con una messinscena coram iudice, secondo intese occulte)” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 8. ed., 2006, p. 1043-1037).
 17. Corte Constitucional, Sentença 313, de 1990.
 18. Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità:
 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza;
 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta.
 19. Corte de Cassação, Seção III, Sentença 3914, de 2013 e Sentença 28971, de 2012.
 20. Corte de Cassação, Seção III, Sentença 45934, de 2014. A doutrina traz um argumento pragmático forte para defender que, no caso de dúvida razoável, o imputado não seja absolvido no *pateggiamento*, tal qual seria no rito ordinário: se o juiz puder absolver por insuficiência probatória, o Ministério Público dificilmente concordaria com o pacto, pois evidente o alto risco de absolvição, máxime em virtude do incipiente momento processual (FERRUA, Paolo. *Il ‘giusto processo’*. 2. ed., Bolonha: Zanichelli, 2008, p. 75-76).
 21. “Secondo un radicato orientamento giurisprudenziale, nel caso di *pateggiamento*, il giudice può solo respingere o accogliere la richiesta di applicazione della pena nei termini in cui il pactum raggiunto dalle parti gli viene proposto, ma non gli è consentito modificare l’accordo giungendo ad un giudizio di comparazione fra le circostanze diverso da quello prospettato dalle parti, sostituendo la richiesta con una autonoma determinazione contrastante con

- quella delle parti, pur non cambiando il risultato finale della pena proposta” (CALLARI, Francesco. *Patteggiamento e canone decisorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Diritto Penale Contemporaneo*, 31 out. 2012. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1794-patteggiamento-e-canone-decisorio-dell-oltre-ogni-ragionevole-dubbio-i-termini-di-un-binomio-imposs>. Acesso em: 20 abr. 2019).
22. VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 280.
 23. Nas palavras de Daniela Vigoni, “Il richiamo all’art. 129, contenuto nell’art. 444, sembra, già a una prima lettura, fungere essenzialmente da clausola di salvaguardia: la sollecitazione ad opera delle parti di chiamare in causa l’organo giurisdizionale, al fine di suggellare un accordo che importa l’applicazione di una pena, non esime il giudice dal controllare che sussistano le condizioni per un proscioglimento allo stato degli atti. In sostanza, nonostante la richiesta concorde delle parti in altro senso, restano intatti e vivi i poteri del giudice in chiave di garanzia, qualora si profili un esito più favorevole per rimputato; e ciò in diretta applicazione dei criteri di giudizio derivanti dall’art. 27, § 2º, Cost” (VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 281-2). Veja-se, ainda: FERRUA, Paolo. *Il giusto processo*. Bolonha: Zanichelli, 2. ed., 2008, p. 75-88; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 19. ed., 2018, p. 822-823.
 24. Art. 111, §5º – A lei regula os casos em que a formação da prova não tenha lugar em contraditório, por consenso do arguido, por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. No original: “La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.
 25. Sobre esta problemática, veja-se: PAULESU, Paolo. *La presunzione de non colpevolezza dell’imputato*. Turim: Giappichelli, 2009, p. 300. Alessandra Sanna afirma, ao se referir ao art. 111, § 5º, da Constituição, que “quel precetto concede alla volontà abdicativa dell’imputato solo il modello dialettico di accertamento, mentre la radicale rinuncia all’accertamento stesso, collocandosi fuori dall’area della fattispecie derogatoria, non trova una sponda costituzionale” (SANNA, Alessandra. *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*. Milão: Wolters Kluwer/CEDAM, 2018, p. 15).
 26. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947, v.1, p. 92.
 27. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et all. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 690.
 28. PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti de. *Decisão Judicial*. São Paulo: Marcial Pons, 2002, p. 54-55.

29. Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que: I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II – for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas; III – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do § 2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução. (NR)

30. Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo: I – a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz de-

verá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

31. FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 520-524.
32. Sobre o assunto veja-se: BRADALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Belo Horizonte: Juruá, 2016. E, do mesmo autor: O acordo penal: *plea bargaining* e outros comentários iniciais. CONAMP, Brasília, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>. Acesso em: 22 abr. 2019. Ver, também: CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
33. Art. 111, § 5º – A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório, por consenso do arguido, por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada.
34. Nas palavras de Ferri: “Viene terza la categoria dei delinquenti che, per gli studi fatti soprattutto nelle carceri, ho chiamato abituali o per abitudine acquisita. Sono individui che, pur non avendo o non avendo così spiccati i caratteri antropologici del delinquente nato, tuttavia dopo commesso il primo reato, assai spesso in età giovanile e quasi esclusivamente contro le proprietà, non tanto por tendenze innate, quanto per una propria debolezza naturale unita all’impulso delle circostanze e di un ambiente corrotto, che fa da vero contro d’infezione criminosa, e molte volte, come nota benissimo il Joly, per la impunità goduta per le prime mancanze, persistono dappoi del delitto e ne acquistano l’abitudine cronica, facendone una vera professione. E questo, perché la carcere in comune li ha corrotti, moralmente e fisicamente, o il car-

cere cellulare li ha inebetiti, l'alcoolismo li ha abbrutiti, e la società, abbandonandoli prima e dopo l'uscita dal carcere, alla miseria, all'ozio, alle tentazioni, non li ha aiutati nella lotta per il riacquisto delle condizioni de vita onesta, quando pure non li ricacci quasi forzatamente nel delitto con certi istituti, che dovrebbero essere preventivi ed invece altro non sono, così come sono finora, che una nuova cagione di delitti, quali il domicilio coatto, l'ammonizione, la sorveglianza" (FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, 3. ed., Turim: Fratelli Bocca, 1892, p. 169-170).

35. É declarado criminoso habitual o indivíduo que, depois de ter sido condenado definitivamente a uma pena de reclusão maior do que cinco anos pelo cometimento de três delitos dolosos, ainda comete, dentro do interregno de dez anos, um quarto delito doloso (art. 102). Ou, então, depois de condenado definitivamente por apenas dois delitos dolosos é condenado por um terceiro delito doloso, e o juiz, ademais, levando em consideração, dentre outros fatores, a espécie e a gravidade das infrações conclui que o agente se dedica à prática de crimes (art. 103). Já o criminoso profissional é um criminoso habitual de periculosidade acentuada. Além de satisfazer as condições para a declaração de habitualidade, o criminoso profissional deve viver dos proventos dos crimes que leva a efeito (art.105).

Referências

- BELTRAME, Sergio (Coord.). *Codice di Procedura Penale*. 3. ed., Milão: Giuffrè, 2019.
- BRADALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Belo Horizonte: Juruá, 2016.
- _____. O acordo penal: *plea bargaining* e outros comentários iniciais. In: *CONAMP*. 8 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- CALLARI, Francesco. L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cognitivo. In: *Archivio Penale*, Pisa, 2012, v.3.
- _____. Patteggiamento e canone decisorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. In: *Diritto Penale Contemporaneo*. 31 out. 2012. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1794-patteggiamento-e-canone-decisorio-dell-oltre-ogni-raagionevole-dubbio-i-termini-di-un-binomio-imposs>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- CAPRIOLI, Francesco. Il consenso dell'imputato all'applicazione della pena: revocabile o no? In: *Giuridica Italiana*, Roma, 1992, v.2.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947. v.1.

- CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et all. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 3. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1892.
- FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli, 2008.
- PAULESU, Paolo. *La presunzione de non colpevolezza dell'imputato*. Turim: Giapichelli, 2009.
- PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti de. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2002.
- SANNA, Alessandra. *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*. Milão: Wolters Kluwer/CEDAM, 2018.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 19.ed., 2018.
- VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milão: Giuffrè, 2000.

Os 30 anos das constituições estaduais no Brasil e os direitos fundamentais estaduais

Luís Fernando Sgarbossa¹

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR

Laura Cabrelli Bittencourt²

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS

Resumo: Como decorrência da opção constituinte federalista adotada pelo Brasil, os estados-membros viram-se imbuídos de poderes constituintes derivados, em virtude dos quais puderam adotar suas próprias constituições e exercer as prerrogativas inerentes à autonomia, no âmbito da auto-organização, da autolegislação e do autogoverno. Apesar disso, o federalismo brasileiro ostenta traços singulares, notadamente em termos de centralização, uma vez que grande parte da organização dos estados é estabelecida pela Constituição Federal. Não obstante, é possível constatar, dentre outros, a existência de direitos fundamentais estaduais específicos ou autônomos, isto é, que não constituem cópia de direitos fundamentais federais, mas em direitos públicos subjetivos no âmbito constitucional independentes daqueles.

1. Panorama do constitucionalismo estadual brasileiro³

O ESTADO BRASILEIRO ADOTOU A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO com a Proclamação da República, dando-lhe conformação jurídica por meio

da Constituição de 1891 e mantendo tal forma de organização social desde então. Como consequência da opção constituinte federalista, os estados-membros viram-se imbuídos de *poderes constituintes derivados decorrentes*, em virtude dos quais puderam adotar suas próprias constituições e exercer as prerrogativas inerentes à autonomia, nos âmbitos da auto-organização, autolegislação e autogoverno.

O poder constituinte derivado decorrente, originalmente constante no art. 63 da primeira carta republicana brasileira, foi inserido em todas as constituições sucessivas, a saber: na de 1934 (art. 7º, I); na de 1937 (art. 21, I); na de 1946 (art. 18); na de 1967/1969 (art. 13); e, finalmente, no art. 25 da Constituição brasileira vigente, segundo o qual “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Desde o começo da República, por conseguinte, manifesta-se o constitucionalismo estadual brasileiro, com diversos estados elaborando diferentes cartas constitucionais ao longo do tempo, de acordo com as modificações políticas, jurídicas e territoriais.

No entanto, o federalismo brasileiro ostenta traços singulares, como é de amplo conhecimento. Apesar da clara inspiração do direito constitucional brasileiro no modelo norte-americano, que se revela na adoção em bloco de um conjunto de instituições – tais como o presidencialismo, o federalismo e o controle judicial de constitucionalidade, embora com significativas modificações –, o tipo de federação entre nós estabelecido é bastante diverso do estadunidense, notadamente em termos de centralização.

A despeito da adoção, pelo texto constitucional, do princípio segundo o qual todas as competências não vedadas pela constituição cabem aos estados (art. 25, § 1º), claramente inspirada na X emenda (1791) à constituição dos EUA de 1787⁴, na prática a Constituição Federal reserva grande número de competências à União, deixando pouco âmbito remanescente para os estados (veja-se, a título de exemplo, o enorme rol de matérias de competência legislativa privativa da União no art. 22 da Constituição Federal vigente).

Além disso, grande parte da organização dos estados (e municípios) já é preestabelecida pela própria Constituição Federal, diversamente do

que ocorre nos EUA, cuja carta fundamental regula essencialmente os poderes da União (arts. 1º a 3º), e não os dos estados. São as denominadas normas de preordenação institucional.

Assim, exemplificativamente, a Constituição Federal vigente predetermina o unicameralismo no âmbito do Legislativo estadual e o número de deputados estaduais (art. 27), a duração do mandato e o regime jurídico básico dos parlamentares estaduais (art. 27 § 1º) e os traços fundamentais do Executivo estadual (art. 28), o que limita a autonomia dos estados e impõe grau razoavelmente elevado de homogeneidade entre os entes da federação.

Além desses dois fatores, é sabido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com recurso ao princípio da simetria entre União e demais unidades da federação, tem historicamente anulado inúmeras tentativas de inovação local, impondo observância rígida do modelo federal pelos estados, de modo não raro considerado exagerado, por esvaziar em grande medida a autonomia dos entes federativos.

A despeito de tais diferenças, que não devem ser desconsideradas ao se examinar comparativamente sistemas federais diversos, não parece correto imaginar, no entanto, que o constitucionalismo subnacional brasileiro não possua qualquer relevância ou interesse, embora menor do que em sistemas menos centralizadores, graças à menor margem de liberdade de conformação das instituições locais. Nessa esteira, convém examinar um dos temas mais percucientes do constitucionalismo subnacional brasileiro, frequentemente ignorado, a saber, o dos direitos fundamentais estaduais.

2. Direitos fundamentais estaduais no Brasil

A literatura jurídica filia-se majoritariamente ao conceito formal de direitos fundamentais. Assim, consideram-se direitos fundamentais apenas e tão somente os direitos públicos subjetivos estabelecidos por normas de hierarquia constitucional, recusando-se tal natureza a outros direitos previstos no âmbito infraconstitucional ou supranacional, que tendem a ser entendidos como direitos subjetivos em paridade hierár-

quico-normativa com outros direitos abrigados em normas infraconstitucionais ou, no máximo, na esfera supralegal (HC 87.585-8/TO). Tal concepção, associada ao caráter centralizador da federação brasileira, aqui já referenciado, tendem a evidenciar como direitos fundamentais apenas aqueles previstos na Constituição Federal, sejam agrupados no amplo rol do título II (arts. 5º a 17), sejam os direitos dispersos ao longo do texto constitucional federal.

Mais recentemente, com a aprovação de instrumentos internacionais pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º (introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional 45/04), passou-se a considerar também como direitos fundamentais em sentido formal os direitos subjetivos reconhecidos em alguns instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro (nomeadamente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/08 e promulgada pelo Decreto 6.949/09, bem como do Tratado de Marraqueche sobre o acesso de pessoas cegas a obras publicadas, de 2013, aprovado pelo Decreto Legislativo 261/15 e promulgado pelo Decreto 9.522/18).

Ocorre que, considerando o poder constituinte derivado decorrente de que gozam os estados brasileiros (art. 25), e tendo estes adotado suas constituições majoritariamente em 1989 (24 unidades da federação ao todo), conforme previsto no art. 11 do ADCT, e os demais em 1991 ou 1993 (Amapá, Roraima e Distrito Federal), deve-se acrescentar ao conjunto de direitos fundamentais em sentido formal todos aqueles direitos públicos subjetivos inseridos nas constituições estaduais, seja em título próprio, sejam os dispersos ao longo dos textos constitucionais estaduais.

Aqui, novamente, as diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e outros sistemas estrangeiros, notadamente o norte-americano, se fazem notar. Todas as 50 constituições estaduais norte-americanas contemplam um *bill of rights* que, em muitos casos, é bastante diverso do federal, podendo conter diversos direitos fundamentais inexistentes na esfera federal. Basta recordar o denominado *three rights movement* que, com maior sucesso em alguns estados norte-americanos e menor em outros, conseguiu constitucionalizar, no âmbito subnacional, inclusive

direitos prestacionais relativos à educação, ao trabalho e ao meio ambiente naquele país, o que infirma em boa medida a tese do excepcionalismo constitucional norte-americano⁵.

No Brasil o panorama é diverso, mas nem por isso o assunto é desimportante ou desinteressante, tanto do ponto de vista teórico quanto do prático. Das cartas constitucionais estaduais atualmente vigentes, 16 possuem título especificamente dedicado aos direitos fundamentais, normalmente o título I ou II (a saber, as constituições do Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina e Sergipe).

Mesmo nas constituições subnacionais que não ostentam título específico para direitos e garantias fundamentais, é possível encontrá-los dispersos ao longo do texto, notadamente em títulos, capítulos ou seções como aqueles destinados à tributação, à ordem econômica e social, família, idoso, gestante, criança e adolescente, cultura, desporto, educação, meio ambiente, entre outros.

Apesar do exame de tais direitos em espécie revelar um alto grau de dependência do texto constitucional federal (numerosas normas de imitação, com recepção material de direitos federais pelos textos estaduais), com significativa repetição de direitos fundamentais federais ou remissão (reenvio formal) ao texto federal, há diversas constituições estaduais nas quais inovou o constituinte, prevendo direitos sem paralelo na órbita federal. Acrescente-se a isso, ainda, que mesmo os direitos fundamentais duplicados nas esferas federal e estadual representam problemas teóricos e práticos inextrincáveis.

A título de ilustração, registre-se que nem sempre tais direitos serão idênticos, podendo possuir áreas ou âmbitos de proteção distintos, o que pode gerar questionamentos acerca do critério para a solução de conflitos, colisão ou concorrência entre direitos fundamentais estaduais e federais, ensejando diversas possibilidades, entre as quais a

Deve-se acrescentar
ao conjunto
de direitos
fundamentais
todos aqueles
direitos públicos
subjetivos inseridos
nas constituições
estaduais

primazia incondicionada dos federais sobre os estaduais ou vice-versa, ou a aplicação de um critério de precedência condicionada, tal como o critério da norma mais favorável ao titular, como já defendeu o coautor deste estudo⁶ em obra citada nas referências.

Além desse aspecto, outros podem ser destacados, como a possibilidade de permanência de direitos inicialmente duplicados no espaço apenas estadual em caso de revogação de direitos na esfera federal. Nos EUA, os direitos fundamentais estaduais desempenharam um papel determinante em certos períodos, por exemplo, entre 1791, data de criação do *Bill of Rights*; e 1868, data da XIV emenda (*equal protection clause*). Como os direitos fundamentais criados em 1791 eram compreendidos como oponíveis apenas às autoridades federais até a XIV emenda, que finalmente o estendeu expressamente também aos estados, durante todo o período indicado foi crucial o papel dos direitos fundamentais estaduais.

No Brasil, a despeito da previsão dos direitos e garantias individuais como limite material ao poder de reforma da Constituição (art. 60 § 4º, IV), a manifestação de um novo poder constituinte originário, ou mesmo uma eventual aceitação pelo Supremo Tribunal Federal da tese da dupla revisão poderiam acarretar a revogação de direitos fundamentais do texto constitucional federal, incrementando a importância mesmo de disposições constitucionais estaduais originalmente duplicadas a partir do texto federal.

3. Direitos fundamentais estaduais em espécie

Deve-se observar, desde logo, que do exame das diversas constituições e da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) identificam-se duas situações principais, a saber: a) direitos fundamentais coincidentes (total ou parcialmente) com os arrolados na Constituição Federal; b) direitos fundamentais estaduais específicos, ou seja, que não encontram paralelo na ordem constitucional federal. Outra terceira situação digna de nota é a da presença, em diversas constituições estaduais, de uma cláusula geral de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais

federais, ou seja, uma situação de remissão ou reenvio feito pelas constituições estaduais à Constituição Federal, verdadeira cláusula de abertura estadual a conectar as ordens constitucionais subnacional e federal.

3.1 Cláusula de abertura ou cláusula geral de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais federais nas ordens constitucionais estaduais

Diversas constituições estaduais contemplam uma espécie de cláusula de abertura, mais ou menos similar à contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente. Trata-se de uma cláusula geral que geralmente expressa o reconhecimento, pelo Estado, dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, e, ao mesmo tempo, que assegura sua garantia nos limites das competências dos estados.

Disposições de tal teor são encontradas em pelo menos oito constituições estaduais, a saber: Amazonas (art. 3º); Minas Gerais (art. 4º); Mato Grosso (art. 10); Pará (art. 5º); Paraíba (art. 3º); Piauí (art. 5º); Rio Grande do Norte (art. 3º); Sergipe (art. 3º). Tais cláusulas revelam-se particularmente interessantes também porque parecem estabelecer uma relação entre os ordenamentos constitucionais estadual e federal, caracterizando-se como norma de reenvio formal, fator que implica poderem ter impacto em questões essenciais, por exemplo, controle estadual de constitucionalidade, considerando-se o regime jurídico conferido às normas de imitação pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência do STF.

A referida cláusula de abertura encontra-se, por exemplo, no art. 3º da Constituição do Estado do Amazonas, que proclama que “o Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República”. Essa norma repete-se em diversas constituições estaduais, com variações maiores ou menores, como se verá; disposição de idêntico teor literal encontra-se, por exemplo, na constituição vigente do Estado de Minas Gerais (art. 4º, *caput*); Piauí (art. 5º); Rio Grande do Norte (art. 3º); e Sergipe (art. 3º)⁷.

Algumas constituições apresentam dispositivo de teor análogo, embora ligeiramente diferente, por exemplo, a Constituição do Estado de Mato Grosso, em seu art. 10, cujo teor convém transcrever:

O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes: [...].

Nota-se que a referida disposição do constituinte estadual mato-grossense, além de corresponder à já referida cláusula geral de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais federais, incorpora ainda disposição equivalente à cláusula de abertura prevista no § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988, caracterizando interessante hipótese de conexão não apenas da ordem constitucional subnacional com a ordem constitucional federal, mas também com a ordem jurídica supranacional.

Registre-se, novamente, que considerando o fato de que tal tipo de cláusula estabelece uma conexão multinível entre as ordens jurídicas subnacional, nacional (federal) e supranacional, diversos fenômenos interessantes poderão dela decorrer.

Disposição similar encontra-se na Constituição do Estado da Paraíba, cujo art. 3º prevê:

Art. 3º O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de suas competências, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados.

A cláusula de abertura estadual encontra-se ainda em outras cartas constitucionais subnacionais, como a Constituição do Estado do Pará, cujo art. 4º, *caput*, assegura que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Estado a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da Constituição Federal e desta Constituição.

Além de constituir relevante norma de imitação do *caput* do art. 5º da CF/88, que duplica na ordem constitucional parcial (estadual) direitos fundamentais previstos na ordem jurídica global (federal), a norma caracteriza-se por ser de reenvio ao consagrar a expressão “nos termos da Constituição Federal”, aplicando-se a ela o mesmo já dito sobre as demais normas aqui examinadas.

Cabe observar, conclusivamente, que tal norma parece claramente autorizar a adoção da concepção segundo a qual o rol federal de direitos fundamentais deve ser interpretado como “pisso” ou *standard* mínimo de direitos, passível de acréscimo e complementação pelo poder constituinte dos estados (o que terá consequências em situações de concorrência de direitos fundamentais).

3.2 Direitos coincidentes

Como já registrado, frequentemente as constituições estaduais brasileiras apresentam um rol de direitos fundamentais que ostentam extrema semelhança ou mesmo constituem cópias idênticas aos direitos assegurados pela Constituição.

É o caso do art. 5º da Constituição do Estado do Amapá, que, reproduzindo disposição da Constituição Federal (art. 5º), proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Outro caso consiste no art. 6º da Constituição do Estado do Pará que, ao regular o exercício da soberania popular por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular, reproduz a norma constante do art. 14 da Constituição Federal.

O estado de Tocantins, em seu art. 109, garante, assim como no art. 5º, XXXII, da Constituição da República, a defesa do consumidor. Faz o mesmo a disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 63). A constituição paraibana, por sua vez, assegura ao preso o respeito à integridade física e moral em seu art. 3º, § 8º, “a”, de maneira similar ao disposto no art. 5º, XLIX, da CF.

Garantindo a gratuidade do ensino público, a constituição pernambucana, em seu art. 178, II, coincide com o texto da Constituição Federal encontrado no art. 206, IV. No mesmo sentido, revela-se a disposição constitucional do estado de Mato Grosso, que prevê, com vistas ao desenvolvimento educacional de seus habitantes, a promoção do direito à educação escolar pública gratuita (art. 237, I).

O estado do Piauí garante o direito de segunda geração em seu art. 203, ao atribuir ao Estado o dever de garantir o direito à saúde de seus cidadãos, de maneira análoga ao direito à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal e regulado em outros dispositivos constitucionais federais.

A constituição goiana assegura a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu art. 127, *caput*, reproduzindo em âmbito estadual direito fundamental federal (CF/88, art. 225).

Na região Sudeste, a constituição mineira garante, em seu art. 207, o pleno exercício dos direitos culturais, assim como assegurados em redação similar pela lei maior no art. 215, *caput*. Já a constituição paulista, visando a promover a integração social, apoia e incentiva o lazer em seu art. 265, repetindo a literalidade do disposto no art. 217, § 3º, da Constituição Federal.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul assegura a redução dos riscos inerentes ao trabalho em seu art. 29, XII, em disposição equivalente, em sua literalidade, ao art. 7º, XXII, da Constituição Federal.

Da análise dos dispositivos constitucionais demonstrados, consistentes em direitos fundamentais estaduais coincidentes com direitos fundamentais federais, encontram-se situações de identidade ou quase identidade (coincidência total) ou de mera coincidência parcial.

Assim, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança presentes tanto na Constituição

Federal (art. 7º, XXII) quanto na constituição gaúcha (art. 29, XII), como se acaba de ver, é vertido em dispositivos literalmente idênticos (tal qual ocorre, também, com o direito ao lazer na Constituição do Estado de São Paulo em cotejo com a Constituição Federal). Trata-se de direitos que, por possuírem fundamento em dispositivos de idêntico teor, parecem possuir idêntico âmbito ou área de proteção, *prima facie*.

Por outro lado, há casos que beiram a identidade, caracterizando-se como casos de quase identidade. Serve de exemplo o cotejo do disposto no art. 225 da Constituição da República com o art. 127 da Constituição do Estado de Goiás, já referidos, em que se verificam diferenças mínimas de redação⁸.

De maneira distinta tanto dos casos de identidade quanto de quase identidade, mais interessantes revelam-se as situações de coincidência parcial de dispositivos. É o caso, por exemplo, do rol de direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição do Estado de Roraima, em seu art. 5º, quando comparado ao rol constante do art. 6º da Constituição Federal. Constata-se, em ambos, a proteção do direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. Mas verifica-se a ausência, no rol estadual, de direitos presentes no rol federal, tais como a moradia, a alimentação e o transporte⁹. É interessante notar que nessa hipótese de coincidência parcial tanto a norma federal pode caracterizar-se como mais protetiva quanto a norma estadual, em diferentes casos.

Ainda como um caso de coincidência parcial, registre-se que a constituição baiana assegura, em seu art. 4º, VII, a gratuidade do registro civil de nascimento e certidão de óbito, assemelhando-se ao art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal. Mas, diferentemente desta, contempla também a gratuidade do registro de casamento. Note-se que, nesse caso, diversamente do anterior, a norma estadual é mais ampla do que a federal⁸.

Diversas
constituições
estaduais
contemplam uma
espécie de cláusula
de abertura, mais
ou menos similar à
contida no § 2º do
art. 5º da CF

3.3 Direitos específicos

No tratamento do tema dos direitos fundamentais estaduais, o caso mais interessante é, provavelmente, o dos direitos fundamentais específicos, ou seja, os não coincidentes, total ou parcialmente, com os direitos fundamentais federais, mas previstos originalmente e autonomamente pelas constituições estaduais, sem constituírem cópia de disposições federais.

Na região Norte, foi possível localizar direito fundamental estadual específico, sem correspondente na esfera federal, na Constituição do Estado do Acre, cujo art. 217 estatui gratuidade no transporte coletivo estadual e municipal para pessoas com deficiência e acompanhantes em casos de reconhecida dificuldade de locomoção.

A Constituição do Estado do Amapá, por sua vez, garante a gratuidade da carteira de identidade em seu art. 5º, VI, elemento imprescindível ao exercício da cidadania e que não encontra equivalente na esfera federal, constituindo direito fundamental estadual autônomo daquela unidade da federação (e cuja ocorrência, no entanto, repete-se em diversas outras).

O direito constitucional do estado do Pará ostenta singular inovação conexa aos direitos políticos ao prever uma espécie de veto popular ou referendo revogatório sem equivalente no direito constitucional federal vigente e, ao que parece, mesmo no direito constitucional estadual. A carta política daquela unidade da federação prevê expressamente em seu art. 7º que:

Art. 7º. Através de plebiscito, o eleitorado se manifestará, especificamente, sobre fato, medida, decisão política, programa ou obra pública, e, pelo referendo, sobre emenda à Constituição, lei, projetos de emenda à Constituição e de lei, no todo ou em parte.

§ 1º. Pode requerer plebiscito ou referendo:

I - um por cento do eleitorado estadual;

[...]

Além de prever consultas populares nas modalidades de referendo e plebiscito, regulando-as, nota-se que aquela carta subnacional regula hipótese *sui generis* de convocação popular das referidas consultas, no inciso I do § 1º do mencionado artigo, de modo a constituir quase um veto popular ou referendo ab-rogatório sem equivalente no direito brasileiro contemporâneo. A única ressalva a ser feita, que esvazia em parte o instituto, é que o § 2º do mesmo dispositivo condiciona a realização da consulta à autorização do legislativo estadual – o que descaracteriza o veto popular propriamente dito. De todo modo, s.m.j., é a única carta estadual a prever consulta popular por iniciativa popular.

A carta política do estado do Amazonas, em seu art. 186, garante à mulher a livre opção pela maternidade e a interrupção da gravidez, nas hipóteses legais, com direito a atendimento clínico, judicial e psicológico.

A Constituição do Estado de Rondônia, em seu art. 17, estabelece direito fundamental autônomo em favor das pessoas com deficiência, ao prever direito ao transporte público gratuito para elas. Por fim, a Constituição do Estado de Tocantins, no art. 134-A, incluído pela Emenda Constitucional 29, de 28 de junho de 2016, preconiza a garantia de ensino superior gratuito por meio da manutenção de universidade estadual pública.

Também nas constituições dos estados do Nordeste constatou-se a existência de direitos fundamentais estaduais autônomos ou específicos. A Constituição do Estado do Ceará prevê interessante hipótese de imunidade tributária estadual em seu art. 201, parágrafo único, cujo teor requer transcrição literal:

Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente à cesta básica, produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão de obra familiar, vendido diretamente aos consumidores finais.

Parágrafo único. A não incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra.

Trata-se de relevante norma constitucional claramente estabelecadora de direito fundamental e conexa tanto a finalidades constitucionais de proteção da agricultura familiar quanto ao mínimo vital e mínimo existencial. De qualquer modo, deve-se registrar que o dispositivo foi objeto da ADI 429-8, tendo sido declarado inconstitucional pelo STF em 2014.

A Constituição do Estado da Bahia assegura a todos o direito dos serviços de água, esgoto e energia elétrica, vedando a suspensão de tais serviços para aqueles que sejam incapazes de pagar pelos referidos serviços públicos essenciais:

Art. 4º Além dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte:

[...]

VI – comprovada a absoluta incapacidade de pagamento, definida em lei, ninguém poderá ser privado dos serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica;

A norma evidentemente é autônoma, não reproduzindo nenhum preceito federal, e inova de maneira relevante o sistema de direitos fundamentais, revelando-se, assim como a norma cearense recém-examinada, um mecanismo eficaz de proteção do mínimo vital e existencial.

Disposição semelhante, mas não idêntica, encontra-se no estado do Sergipe, que assegura constitucionalmente os serviços essenciais à saúde, higiene ou educação independentemente da disponibilidade de recursos financeiros:

Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

I – ninguém será prejudicado no exercício de direito, nem privado de serviço essencial à saúde, à higiene e à educação, por não dispor de recursos financeiros.

A constituição piauiense, por sua vez, prevê interessante direito fundamental estadual autônomo ao estatuir isonomia de direitos entre a mãe biológica e a adotante, conforme disposto em seu art. 252, segundo o qual “são assegurados às mães adotivas os mesmos direitos garantidos às mães legítimas, inclusive o de licença maternidade, na forma da lei” (note-se que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal prevê igualdade de direitos entre filhos oriundos do casamento ou não e de adoção, não dispondo sobre as mães, e que o texto da Constituição Federal é silente sobre licença-maternidade da adotante).

A Constituição do Estado do Alagoas prevê a obrigatoriedade da oferta de educação religiosa nas escolas públicas estaduais e municipais em seu art. 201, com matrícula facultativa e caráter ecumênico, entre outros aspectos.

O estado do Maranhão prescreve no art. 217, parágrafo único, de sua constituição, direito fundamental autônomo consistente na gratuidade não apenas da educação, mas também do material escolar e alimentação dos educandos, além de prever expressamente a vedação da cobrança de taxas nos estabelecimentos públicos de ensino.

No Centro-Oeste, o direito constitucional do estado do Mato Grosso apresenta previsão de direito fundamental relativa à tutela das informações pessoais, à privacidade e à intimidade, entre outros, em seu art. 10, XIII, que traduz disposição que aparece em diversas constituições estaduais, cujo teor é o seguinte:

XIII – são vedados o registro ou a exigência de informações, para inserção em bancos de dados estaduais ou municipais, públicos ou privados, referentes a convicções políticas, filosóficas ou religiosas, à filiação partidária ou sindical e outras concernentes à vida privada e à intimidade pessoal, salvo quando se tratar de processamento estatístico e não individualizado.

A carta política do estado do Amazonas, em seu art. 186, garante à mulher a livre opção pela maternidade

A norma, sem equivalente na Constituição Federal, evidentemente resguarda diversos âmbitos dos direitos pessoais, do livre desenvolvimento da personalidade, da consciência e da crença individuais, e revela-se medida acertada para evitar tratamentos discriminatórios ou privilegiados, perseguições por motivos sectários, entre outros.

No que tange ao direito fundamental à saúde, encontra-se louvável norma estabelecadora de direito fundamental na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 173, § 1º:

Art. 173. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. § 1º Assegura-se aos portadores de hanseníase; câncer; doença renal crônica; síndrome de imunodeficiência adquirida; tuberculose e outras moléstias, desde que comprovadamente carentes e pelo período de duração do tratamento que, embora contínuo, dispense a internação hospitalar, o direito ao transporte público gratuito, garantido pelo Estado e Município, conforme seja intermunicipal ou municipal o seu deslocamento.

Tal dispositivo foi acrescentado àquela constituição subnacional pela Emenda Constitucional 14, de 29 de junho de 1999, e declarado parcialmente inconstitucional pelo STF no julgamento do RE 1148326, julgado em 2019.

Ainda na região Centro-Oeste, encontra-se direito fundamental estadual autônomo na LODE, que, em seu art. 123 e parágrafo único, assegura o direito de presidiárias e seus filhos a creche em local anexo ao estabelecimento prisional, em tempo integral, para os filhos de 0 a 6 anos, bem como o direito à amamentação até completar, no mínimo, 12 meses, entre outros direitos, como assistência pré-natal.

Na região Sudeste também se registram direitos fundamentais estaduais autônomos. O destaque recai sobre disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 22, § 3º), referente à inviolabilidade de sedes de entidades associativas, determinando que:

Art. 22 – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação de qualquer daqueles direitos.

[...]

§ 3º – São invioláveis as sedes de entidades associativas, ressalvados os casos previstos em lei.

A norma reveste-se de autonomia e fundamentalidade evidentes, contemplando ampliação expressa da área de proteção da liberdade de associação constitucionalmente consagrada. Ademais, o § 2º da disposição prevê que “não serão admitidas a pregação da intolerância religiosa ou a difusão de preconceitos de qualquer espécie”.

A região Sul contempla igualmente direitos fundamentais estaduais específicos. A ordem constitucional estadual catarinense, por exemplo, após assegurar os direitos e garantias individuais e coletivos previstos na Constituição Federal em seu art. 4º, *caput*, estatui no inciso II, alínea “d” do mesmo dispositivo, que “são gratuitos, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: [...] d) o registro e a certidão de adoção de menor”.

Esse direito fundamental novamente não encontra equivalente nas normas constitucionais federais, evidenciando uma vez mais a autonomia do direito constitucional estadual relativamente ao federal.

Por fim, registre-se que o art. 25 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul define o direito de uma representação eletiva dos empregados na direção de empresas públicas e autarquias estaduais, e que a Constituição do Estado do Paraná agasalha em seu rol de direitos fundamentais norma específica, embora expressão do direito fundamental à saúde, ao assegurar políticas públicas preventivas e terapêuticas para câncer e diabetes (art. 170, I e II), previsão resultante da redação conferida ao dispositivo pela Emenda Constitucional 25, de 19 de dezembro de 2009¹⁰.

Como se percebe do breve panorama traçado, os constituintes estaduais não se limitaram a repetir aqueles direitos previstos na Constituição Federal, mas inovam com frequência, com maior ou me-

nor criatividade, fazendo existir uma interessante dualidade de direitos fundamentais na complexa ordem jurídica brasileira.

Conclusões

Com base no presente estudo podemos extrair algumas conclusões, merecedoras de posterior aprofundamento. A primeira delas é que, a despeito do caráter centralizador da federação brasileira, o pluralismo constitucional brasileiro contempla certo grau de criatividade no constitucionalismo estadual, que se manifesta em diversos aspectos e que é digno de atenção por suas proeminências teórica e prática. E que a concepção reducionista de direitos fundamentais focada apenas na ordem constitucional federal desconsidera a existência de direitos fundamentais estaduais, sendo que a coexistência de tais direitos acarreta questões de grande impacto e interesse.

Da análise das constituições e dos direitos fundamentais estaduais em espécie, foram constatadas situações de coincidência total ou parcial de direitos fundamentais federais e estaduais, o que engendra questionamentos sobre a caracterização de conflito, colisão ou concorrência de direitos fundamentais de diversos níveis de positivação e dos critérios de solução de tais casos.

Igualmente, foi possível verificar e demonstrar a existência de direitos fundamentais estaduais específicos ou autônomos, isto é, que não constituem cópia de direitos fundamentais federais, mas que consistem em direitos públicos subjetivos no âmbito constitucional independentes daqueles.

Foi identificada a existência de cláusulas de abertura estaduais que, ao fazerem remissão a normas da Constituição Federal ou mesmo de direito supranacional tornam o sistema jurídico ainda mais complexo,

pela interação dos vários níveis de proteção (constitucionalismo multinível).

Haveria ainda outros aspectos que não puderam ser explorados. Diversas constituições subnacionais contêm disposições garantidoras da eficácia dos direitos fundamentais; por exemplo, a Constituição do Estado da Paraíba, em seu art. 3º, § 1º, que determina a destituição do mandato administrativo, cargo ou função de direção da administração direta ou indireta de agente público que, injustificadamente e por mais de 90 dias, a contar do requerimento do interessado, deixe de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional¹¹.

Essa disposição mostra-se particularmente relevante não apenas por constituir um mecanismo sem paralelo na ordem constitucional federal, mas também por constituir exceção à regra no controle de constitucionalidade contemporâneo. Como se sabe, o controle de regularidade das normas e atos jurídicos em geral pode ser primário (incidente sobre o agente) ou secundário (incidente sobre a validade do ato).

O controle de constitucionalidade contemporâneo tem tendido de maneira muito preponderante a ser secundário, fulminando atos inconstitucionais com invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade), mas raramente punindo o agente. O inteligente preceito constitucional paraibano conecta controle secundário e primário para combater omissão administrativa inconstitucional, motivo de ser merecedor de aplausos.

Notas

1. Luís Fernando Sgarbossa. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL, coordenador do Projeto de Pesquisa Observatório Constitucional.
2. Laura Cabrelli Bittencourt. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Participante do Programa de Iniciação Científica Voluntária – PIVIC no Projeto Observatório Constitucional e membro do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL.

3. O presente estudo é elaborado a partir dos resultados parciais de pesquisa de levantamento de dados e de bibliografia realizado no âmbito do Projeto “Observatório Constitucional: Direito Constitucional Comparado Interno e Externo”, desenvolvido pelo Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campus de Três Lagoas, coordenado pelo coautor e do qual é membro a coautora. O levantamento foi realizado por uma equipe de pesquisadores voluntários e bolsistas de iniciação científica durante o primeiro semestre do ano de 2019.
4. *“The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”*
5. As declarações de direitos estaduais revestiram-se de particular importância nos EUA notadamente no período de 1791 a 1868, dado que a extensão do *Bill of Rights* federal aos Estados só se deu expressamente pela XIV Emenda, do último ano, sendo os poderes estaduais limitados exclusivamente pelas constituições estaduais e pelos direitos subjetivos nelas previstas neste longo lapso temporal.
6. Trata-se de problema clássico quando se aborda a proteção de direitos multinível, seja na conexão entre a esfera supranacional e o âmbito nacional; seja na conexão entre as órbitas nacional e o subnacional. Problema análogo enfrentou o STF no famoso *leading case* do *habeas corpus* 87.585-8/TO.
7. Constituição do Estado de Minas Gerais: “Art. 4º – O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.” Constituição do Estado do Piauí: “Art. 5º O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.” Constituição do Estado do Rio Grande do Norte: “Art. 3º O Estado assegura, nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece a brasileiros e estrangeiros.” Constituição do Estado de Sergipe: Art. 3º. O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: [...]”.
8. Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo *para as presentes e futuras gerações*.” Constituição do Estado de Goiás: “Art. 127 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, *recuperá-lo e preservá-lo*.”

9. Constituição Federal: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a *alimentação*, o trabalho, a *moradia*, o *transporte*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Constituição do Estado de Roraima: “Art. 5º São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma do disposto na Constituição Federal.”
10. Constituição do Estado do Paraná: “Art. 170. O Estado e os Municípios dotarão os serviços de saúde de meios adequados ao atendimento à saúde da família, da mulher, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso objetivando também, quando da instituição do plano plurianual, garantir as seguintes políticas sociais regulamentadas em Lei Complementar: I – exames periódicos gratuitos para os domiciliados no Estado, objetivando prevenção do câncer e do diabetes, garantindo aos portadores o fornecimento de medicamentos e insumos destinados ao tratamento e controle destas doenças; II – exames semestrais aos alunos da rede pública de ensino objetivando prevenção do câncer e do diabetes, além de campanhas educativa.”
11. “Art. 3º O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de suas competências, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados.
§ 1º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional.”

Referências

- MADDEX, Robert L. *State Constitutions of the United States*. Washington: Congressional Quarterly, 1998.
- LEONCY, Leo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental “Pro Homine”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático. In: BOLONHA,

- Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPULVEDA, Antonio. *Federalismo: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.
- SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- ZACKIN, Emily. *Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

O movimento de privatização de direitos sociais e fundamentais pelo futuro regime de capitalização em substituição à apólice constitucional protetiva

Theodoro Vicente Agostinho¹

Doutorando e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP

Sergio Henrique Salvador²

Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM

Ricardo Leonel da Silva³

Pós-Graduando em Direito Previdenciário pela EBRADI

Resumo: Após a edição do texto constitucional de 1988, o sistema previdenciário brasileiro, dividido basicamente em dois grandes regimes, passou por diversas minirreformas no sentido de obter paridade, acessibilidade e integração, baseado na filiação obrigatória e no caráter contributivo. Diversas foram as tentativas de reformar este modelo, contudo sem terem ocorrido de maneira completa, dimensional e total, como sempre se esperou. A capitalização do sistema previdenciário pode ser benéfica à economia e à redução de custos estatais, todavia o poupador deve ter garantias de que efetivamente terá uma proteção quando necessitar, ou seja, quando lhe sobrevierem eventos sociais danosos que diminuam a sua capacidade de subsistência. Deve haver recíproca relação entre a fonte de custeio e o respectivo benefício.

O MODELO PREVIDENCIÁRIO É FRUTO DE UMA EVOLUÇÃO da proteção social que caminha em passos estreitos e lentos, e foi conquistado arduamente ao longo de um período iniciado em época de pouco ou quase nenhum direito social supremamente garantido, ou, pode-se até mesmo afirmar, de tímido abrigo.

Após a edição do texto constitucional de 1988, o sistema previdenciário brasileiro, dividido basicamente em dois grandes regimes, passou por diversas minirreformas no sentido de obter paridade, acessibilidade e integração, com base na filiação obrigatória e no caráter contributivo. Tentativas de se alterar o pacto previdenciário via medidas provisórias se deram de maneira habitual, sem que sequer seus requisitos mínimos fossem verificados na origem ou, em outros casos, com decretos e normas outras que acabaram por deflagrar diversas discussões judiciais.

Assim, ao longo de décadas, em que pese o texto constitucional conferir fundante destaque ao sistema previdenciário como um todo, aludido tratamento não se viu entre os gestores políticos, que contingenciaram a reforma no tempo e de maneira facetária, sem um acurado debate democrático de qualidade que pudesse, no mínimo, dar concretude a diretrizes maiores inspiradas no bem-estar e na dignidade da pessoa humana, o paradigma da modernidade, pós-modernidade ou, para alguns, pós-social.

Diante de mais uma proposta de reforma do sistema previdenciário, na PEC 06/19 – aprovada pelo Congresso e convertida na Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019 – foi cogitada a possibilidade de inserção no texto reformador de um dispositivo para implementar um sistema alternativo de previdência, denominado “Regime de Capitalização”, com viés na “poupança individual” em substituição ao atual modelo previdenciário, caracterizado pelo princípio da repartição e pelo pacto de gerações.

Aprovado em primeiro turno pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o referido regime de capitalização ficou de fora do texto final, convertido na emenda constitucional. No entanto, a ideia de implantação daquele regime não foi por todo afastada, pois fez parte da nova proposta em discussão no Congresso Nacional, conhecida como

“PEC paralela” (PEC 133/19), até ser retirada novamente do texto base aprovado pelo Senado Federal, que agora está em análise na Câmara dos Deputados. Ainda assim, pode-se afirmar que há um movimento volumoso para essa empreitada.

1. O atual modelo de proteção previdenciária

Essencialmente, a previdência social é compreendida como uma autêntica técnica protetiva inserida no âmago da seguridade social, cujo embrião foi fecundado e decantado pela Constituição de 1988 em seu artigo 194, uma arquitetura que representa o conjunto integrado de ações e serviços alocados em três subsistemas ou três grandes áreas: saúde, assistência social e previdência social.

Esses subsistemas, independentes e sem hierarquia, integram um planejamento constitucional para a promoção do bem-estar social, possuindo características próprias e atribuições específicas de maneira a contemplar amplo abrigo aos assistidos, aos necessitados e aos segurados.

Na área da saúde, observa-se um viés de proteção direcionado para todos, indistintamente e sem qualquer contrapartida, o que também ocorre ao subsistema da assistência social, que não requer contribuição alguma para seu alcance, apenas o cumprimento de alguns requisitos, diferentemente do que ocorre com a previdência.

Wagner Balera aborda a extensão dessa engenharia constitucional:

Queremos dizer, quando afirmamos que o objetivo do Sistema Nacional de Seguridade Social se confunde com o objetivo da Ordem Social (e, diga-se, igualmente, com o objetivo da Ordem Econômica, na voz do *caput* do art. 170), que esse valor – a justiça social – uma vez concretizado, representa o modelo ideal de comunidade para a qual tende toda a concretização constitucional do sistema (BALERA, 2009. p. 19).

Fábio Zambitte Ibrahim também traz o seguinte conceito:

Na verdade, a seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e sociedade, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida (IBRAHIM, 2015. p. 06).

Já a previdência social é considerada uma “apólice constitucional”, um seguro amplo contra riscos sociais, cujos eventos são taxativos e disciplinados em lei, e cuja cobertura depende da comprovação de certos requisitos, dentre eles a qualidade de segurado, ou seja, da contribuição do segurado (prêmio) como contrapartida ao sistema, além de outros requisitos específicos exigidos para a concessão de cada uma das prestações existentes.

Necessário aqui este prévio esclarecimento, tendo em vista que, ao visualizar as argumentações usadas para justificar a adoção do novo regime de capitalização previdenciária, não se pode olvidar de que no sistema da previdência social tem-se uma autêntica contratação, via filiação contributiva, de uma verdadeira e genuína “apólice de seguro social”.

Neste ponto, de relevo registrar que o seguro social não se confunde com o sistema de capitalização, este configurando uma “poupança individual”, enquanto aquele, apoiado na solidariedade, na repartição simples e no pacto de gerações.

Em linhas gerais, a capitalização representa uma “segurança” individual e de natureza complementar, inclusive já presente no sistema previdenciário brasileiro através da previdência privada, comercializada por instituições financeiras no modelo aberto ou por associações e entidades de classe no modelo fechado, disponível apenas para os integrantes dessas associações ou entidades.

Pois bem, ocorre que esse tipo de previdência se caracteriza por sua natureza suplementar e facultativa, enquanto o seguro social estabelece uma garantia constitucional aos beneficiários contra os riscos sociais, ou seja, essencialmente englobam os mesmos objetivos protetivos. Contudo, por caminhos de financiamentos distintos, criou-se a previdência pública e privada como espécies do gênero previdenciário.

Wladimir Novaes Martinez explica a previdência da seguinte maneira:

É a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes (MARTINEZ, 2012. p. 33).

Esse seguro social é estabelecido a partir de regras alicerçadas em cálculos estatísticos e atuariais que determinam as coberturas dos eventos danosos predefinidos e a serem financiadas por ampla base contributiva, ao contrário da previdência sob o modelo da capitalização, que induz proteção individualizada, retirando claramente o viés da seguridade social e do compartilhamento dos riscos por toda a sociedade, a essência do fundante princípio da solidariedade.

Como exemplo, suponha-se que um jovem de dezoito anos ingresse em seu primeiro emprego, ostentando assim a qualidade de segurado junto à previdência social. Numa terrível mas possível eventualidade (risco) de esse trabalhador sofrer um acidente que o torne incapaz para o trabalho, sua proteção estaria garantida, passando assim a se valer de alguns dos benefícios por incapacidade laborativa previstos no pacto de proteção do artigo 18 da Lei 8.213/91. É justamente essa proteção constitucional que determina a sucumbência quanto aos riscos sociais por todos que formam a base contributiva do sistema.

Em outro cenário, pelo sistema de capitalização, como ficaria a situação desse mesmo jovem? Afinal, na ocorrência de um evento prematuro não haveria tempo para a capitalização e respectiva implantação da proteção previdenciária, entre outros controvertidos aspectos que envolvem a tentativa de se implantar no sistema público de previdência o modelo da capitalização, aliás, sequer exitoso na expressiva maioria dos países que fizeram essa escolha.

Esse tipo de ponderação vai ao encontro dos discursos de várias autoridades do ramo previdenciário que alertam para a necessidade de promoção de estudos mais aprofundados e análises técnicas criteriosas, no mínimo, antes de se estruturar uma reforma para o atual modelo previdenciário, com a migração para o regime de capitalização e sem regras claras que devem existir, a fim de ser promovido um importante e amplo debate social a respeito, o que não ocorreu até o presente momento, inclusive.

O modelo previdenciário brasileiro aponta a existência de regimes jurídicos que regulam a relação jurídica de direitos e deveres

Ainda, no modelo previdenciário brasileiro aponta-se a existência de regimes jurídicos que regulam a relação jurídica de direitos e deveres entre os segurados e o sistema previdenciário, existindo o regime geral, administrado pelo INSS, disciplinador da maioria das coberturas previdenciárias brasileiras; o regime próprio, que é inerente aos servidores públicos efetivos; os regimes especiais, que regulamentam prestações inerentes a militares, parlamentares e outras situações, além do regime privado de proteção previdenciária.

Finalmente, cumpre tecer observações sobre o modelo de financiamento da seguridade social, cujo texto constitucional determinou ser de responsabilidade de toda a sociedade (solidariedade), reiterando o princípio da diversidade na base de financiamento.

Nesse sentido, a magna carta conferiu no artigo 195 que a previdência social será financiada por toda a sociedade mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, estados, Distrito Federal e dos municípios, além de contribuições sociais provenientes das atividades exercidas por empregadores, empresas e entidades a elas equiparadas, pelas atividades exercidas dos trabalhadores e segurados obrigatórios e facultativos, bem como contribuições incidentes sobre concursos de prognósticos, importação de bens e serviços ou a eles equiparados, acolhendo também o princípio da solidariedade que amolda a presente ordem jurídica constitucional, conforme a sua dicção normativa:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...) (BRASIL. Constituição, 1988).

O sistema contributivo adotado pela Constituição Federal está em linha com o conhecido e fundante princípio da solidariedade, presente em todo o ordenamento jurídico e que é definido por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari nos seguintes termos:

A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. [...] Ressalta Daniel Machado da Rocha que ‘a solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos’, como o dever de recolher tributos (e contribuições sociais, como espécies destes), ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em contraprestações (é o caso das contribuições exigidas dos tomadores de serviços). Envolve, pelo esforço individual, o movimento global de uma comunidade em favor de uma minoria – os necessitados de proteção – de forma anônima (CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 112).

Demonstra-se, com isso, a existência de uma grande base contributiva para o modelo previdenciário brasileiro, cujos recursos, diferentemente do que é propagado diariamente, não são originados apenas pela contribuição dos trabalhadores em atividade. Aliás, existe um fundamento constitucional que apregoa a diversidade na base do financiamento, como se vê no artigo 194, VI, da lei maior.

Nesse sentido, há que se ponderar que a Constituição Federal, ao determinar esse amplo leque do sistema de financiamento, consolidou um ônus a toda sociedade como forma de sustentação financeira para garantia da proteção social, determinando e justificando essa importante diretriz da necessidade de um leque diversificado na estrutura de sustento do sistema, enquanto meios e modos de promoção, integração e inserção social.

O modelo de capitalização previdenciária destoa deste princípio de solidariedade e da ampla base de financiamento, pois tem em sua gênese a contribuição individualizada para formação do capital segurante, que suportará a segurança do próprio depositante.

Assim, como prescrito por Miguel Horvath:

Os princípios representam a consciência jurídica da sociedade. Têm a elevada missão de velar pelos valores eternos do homem. A seguridade social tem como objetivo básico manter a normalidade social, tendo como base o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social (HORVATH JR., 2010. p. 79).

Como reflexão, atente-se ao fato de que, além dos recursos originários dos orçamentos dos entes federativos, oriundos de tributos e outras receitas não vinculadas, as contribuições sociais que deveriam ser alocadas à previdência social são incidentes sobre toda a cadeia produtiva, com especial destaque para a contribuição sobre a folha de salários, receitas, faturamentos e lucros das empresas, resultando certamente em vultuosas cifras e que sequer são fidedignamente divulgadas como se espera.

Com isso, resta evidente que toda a cadeia produtiva, assim dizendo, todo o PIB brasileiro, ocupante da 9ª posição no *ranking* mundial com 1.798,62 bilhões de dólares (fonte: FMI, World Economic Outlook Database – abril de 2017), financia diretamente nosso modelo previdenciário. Esse contexto, aliás, uma incógnita suscitada por muitos juristas, técnicos, atuários e até mesmo pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP.

Diante do explanado até aqui, cumpre demonstrar que a segurança social compartilhada por todos com grande suporte financeiro não encontra equiparação à proteção individualizada caracterizada pelo sistema de capitalização, atrelado e dependente da própria capacidade de contribuição do segurado.

2. Evolução constitucional e social do atual modelo de previdência

A Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a inovar quanto à prestação de natureza previdenciária ao criar a aposentadoria por invalidez aos trabalhadores do serviço público.

Por sua vez, a Constituição de 1934 estabeleceu bases para o financiamento previdenciário, determinando o sistema tripartite em que trabalhadores, empresas e poder público deveriam arcar com o custeio da previdência. Porém, embora contemplado no texto constitucional, o tema previdenciário de forma tímida tinha tratamento esparso, carecendo de um regramento constitucional robusto que constituísse um sistema de seguridade alicerçado em valores de ampla proteção social.

Com relação à sua evolução histórica, de início, a previdência foi regulamentada especialmente por diversas leis e decretos. Contudo, de forma setorizada, iniciando-se por proteções a apenas algumas categorias profissionais, através de sistemas de caixas de aposentadorias, frágeis e sujeitas a várias oscilações, restando por não conferir segurança, fator essencial a esse instituto que visa exatamente proclamar proteção em momentos de desamparo.

Em contrapartida, a evolução social permeada pelo primado do trabalho carecia de um sistema amplo e robusto capaz de assegurar condições mínimas de sobrevivência digna para situações de infortúnio, tal qual registra Wagner Balera: “A seguridade é sistema mais amplo de cobertura de contingências sociais destinado a todos os que se encontrem em estado de necessidade” (BALERA; MUSSI, 2015, p. 36).

Nesse aspecto, somente a Constituição Federal de 1988 criou um amplo sistema protetivo de seguridade social englobando a saúde, a as-

sistência social e a previdência social, como forma de um planejamento de abrigo e promoção do bem-estar social.

Mais do que isso, o texto de 1988 determinou garantias quanto aos direitos sociais, considerados direitos fundamentais e, por isso, defendidos por muitos constitucionalistas como de caráter permanente, com vedação de seu retrocesso e também figurando no texto constitucional na qualidade de verdadeiras cláusulas pétreas, impondo proibição clara à qualquer emenda que tente abolir tais garantias, por seu caráter fundante, valorativo e enraizado na estrutura de um sistema constitucional e social por excelência.

Serau Jr. assevera que:

Inicialmente, reconhecemos que a Previdência Social e todos os institutos que lhe são pertinentes, são direitos fundamentais. Diante dessa premissa, todos os valores e compreensões derivados da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais aplicam-se às questões previdenciárias (SERAU JR., 2016, p. 17).

Araújo e Nunes Júnior também acentuam nesse cenário que:

Os direitos de caráter previdenciário são exemplos dessa categoria de direitos fundamentais. Também chamados de direitos de crença, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado (ARAÚJO; NUNES JR., 1998, p. 65).

Já sob a égide do texto constitucional de 1988 foram editadas as leis 8.212/91 e 8.213/91, determinantes de um marco regulatório para o Regime Geral da Previdência Social disciplinando a concessão dos benefícios previdenciários desse regime e a regulação necessária e correspondente contributividade para o sistema previdenciário, em homenagem à regra da contrapartida.

Esse regramento guarda estreita relação com a temática aqui abordada, uma vez que os benefícios concedidos pelo atual sistema previdenciário, obrigatoriamente, possuem fonte de custeio específica, previamente regulada. Ou seja, a argumentação de que há necessidade de

ruptura desse atual modelo para implantação do regime de capitalização, antes de tudo, deveria passar por análise criteriosa das possíveis inflexões e improváveis distorções entre cada fonte de custeio e o respectivo benefício, com demonstração passo a passo de eventuais “gargalos” existentes.

Além disso, a partir da promulgação da Constituição de 1988, diferentemente do que é divulgado, várias foram as emendas constitucionais ao texto maior que resultaram em minirreformas previdenciárias. Porém, que não resultaram num enfrentamento completo e à altura do desejado, infelizmente. Como exemplo, entre outros, no que concerne à previdência dos servidores públicos efetivos, em que a emenda constitucional de número 20/98 atribuiu caráter contributivo ao regime dos inativos, bem como outros dispositivos que traduziram grande inovação no sentido de aproximação ao regime geral. Da mesma forma EC 41/03, instituindo regras e requisitos etários para o cálculo da renda inicial dos benefícios, além da EC 47/05, que disciplinou proventos proporcionais ao tempo de contribuição do servidor. Ainda recentemente, a EC 88/15, que alterou, inclusive, a aposentadoria compulsória dos servidores para setenta e cinco anos.

O modelo de capitalização previdenciária destoa do princípio de solidariedade e da ampla base de financiamento

Isso demonstra que, no decorrer da evolução social, ocorreram modificações constitucionais no sentido de se caminhar para uma paridade no sistema previdenciário entre os regimes próprio e geral, um recado existente no seio constitucional e a ser debatido com todos os atores sociais.

Sob a óptica da evolução constitucional, o texto de nossa lei maior, em seu artigo 195, § 5º, cuidou de estabelecer recíproca relação entre a fonte de custeio e o respectivo benefício.

Assim, deflagrar a implantação do novo modelo de capitalização alterando a determinante proteção social para uma poupança individual, assim como a plataforma de custeio da seguridade, certamente conva-

lidará uma nova ordem previdenciária, totalmente díspar da intenção do constituinte originário.

A magna carta de 1988 cuidou de determinar equivalência entre a proteção oferecida pelo cardápio constitucional e sua respectiva fonte de custeio, justamente para dotar o sistema previdenciário de solidez, característica intrínseca a todo sistema que se diz protetivo. Nesse sentido, não se pode olvidar que o oferecimento de proteção não pode estar assentado sobre um sistema vulnerável e que esteja susceptível às adversidades socioeconômicas da nação.

Miguel Horvath registra a existência desse comando normativo de equivalência entre benefício e custeio:

A regra da contrapartida funciona como garantia do sistema, evitando criação de novas contribuições sem o conseqüente aumento do nível de proteção social, bem como evita que por motivos paternalistas, eleitores, sejam criados benefícios sem suporte técnico-financeiro capazes de gerar desequilíbrio na equação financeiro-atuarial do sistema. Concluindo, é necessário para asseguramento das futuras gerações que o sistema previdenciário seja conduzido por uma política social, ativa e operante, visando o alcance de sua finalidade (HORVATH JR., 2010. p. 106).

A própria Constituição Federal, pela inteligência do artigo 195, § 4º – “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social” –, subscreveu ferramentas de reforços ao custeio desse sistema de proteção como forma de garantir a expansão da seguridade social.

Não se coaduna com a sistemática constitucional previdenciária a terceirização do seguro social, representado pela adoção de um sistema de “poupança individual”, afastando a responsabilidade estatal pelo seguro social, direito fundamental emanado do constituinte originário, dentre outros artifícios sugeridos por integrantes da equipe econômica do governo que despreza o viés social da programação previdenciária e se valem de exclusivos critérios econômicos para a proposição desses sistemas alternativos.

3. A proposta de capitalização como alternativa ao atual modelo previdenciário

De início, cabe tecer a conceituação e as considerações sobre a capitalização previdenciária, guardando a devida equidistância entre o conceito de modelo previdenciário sob a óptica da proteção social e a “poupança individual” de cunho estritamente pecuniário como forma de segurança pessoal do poupador, ambas com naturezas jurídicas distintas.

A capitalização previdenciária tem natureza jurídica de contrato de depósito, disciplinado no capítulo IX da Lei 10.406/02, o Código Civil brasileiro, equiparando-se ao contrato de depósito em caderneta de poupança realizado de forma individualizada por cada trabalhador “poupador” para garantia de uma aposentadoria futura (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que o “investimento” é individual, ou seja, a aplicação de um “poupador” capitalizador não se “mistura” com a dos demais poupadores, distinta do atual modelo previdenciário com contribuição vertida e repartição consubstanciada no pacto de gerações, as anteriores financiando as posteriores e estas as próximas de forma sucessiva e permanente.

Cumprido aclarar a distinta natureza jurídica entre a capitalização para o *futuro poupador individual* e a repartição a que se submete o *atual contribuinte* do sistema previdenciário e o fato de que, uma vez implantada, teremos por algum tempo ambos os sistemas vigentes no ordenamento pátrio, concorrendo para determinar proteções e indenizações díspares à mesma massa de contribuintes ou poupadores, dependendo do momento da vida em que se encontrem: início, meio ou final do desempenho das suas atividades laborais.

A individualização da “poupança” não se coaduna com a ideia de contribuição social, afastando vários princípios previdenciários esculpidos no texto constitucional, como a diversidade da base de financiamento – artigo 194, parágrafo único, IV da CR/88 – e a determinação do suporte desse financiamento por toda a sociedade – artigo 195 da mesma carta constitucional (BRASIL, 1988).

Já a contribuição social determina um custeio, ou seja, fonte de recursos para financiar todo um sistema protetivo cuja natureza jurídica reside no contrato de “seguro”, que dentre suas principais características está o fato de ser aleatório, não havendo equivalência entre as prestações e a contribuição. O segurador (Previdência) assume o compromisso e a obrigação de indenizar o segurado, por um risco que pode ou não ocorrer.

Nesse tipo de contrato, o segurador pode obter “lucro ou prejuízo”, dependendo exclusivamente da ocorrência de *eventos futuros e incertos*. A aleatoriedade é uma característica relevante dos contratos de seguro, considerando a sua própria função econômica.

O prejuízo individualizado causado por cobertura a um segurado ou para um grupo de segurados não decreta a inviabilidade do sistema que, por sua vez, lastreado em ampla base de contribuição, possui suporte financeiro robusto, garantido pela inteligência do sistema securitário.

Essa inteligência securitária está calcada nas ciências estatística e atuarial capazes de confrontar a probabilidade dos eventos (riscos) com a capacidade de contribuição do sistema. Como exemplo, guardadas as proporções, esse sistema é o garantidor da cobertura de sinistros de natureza patrimonial, como os que ocorrem com bens móveis e imóveis, estando inclusos os próprios seguros de vida e de acidentes pessoais.

Importante cotejar as naturezas jurídicas da capitalização e da contribuição vertida, pois determinam tanto a forma de financiamento ou custeio do sistema quanto o tipo de proteção ou indenização para os diversos riscos de eventos danosos a que o segurado ou indenizado está exposto.

A capitalização vislumbra uma indenização *intuito personae* muito ligada à capacidade contributiva individual do protegido afastando a ideia de repartição dos riscos sociais. A capacidade de aporte financeiro e o tempo de contribuição determinam o resultado da “proteção” de cada poupador.

No modelo de capitalização, não há valores predefinidos para os benefícios, que preferimos denominar indenizações, pois justamente dependem da capacidade contributiva determinada pelo binômio va-

lor dos aportes (x) tempo de depósito, sendo que eventual intervenção estatal se limita a garantias de recebimento de valores mínimos (salário mínimo), fato que não está detalhado de forma transparente na referida proposta de emenda.

A proposta de capitalização prevê a obrigatoriedade de depósitos com valores mínimos determinados com percentuais sobre o salário ou a remuneração do “poupador”, sendo permitidas contribuições espontâneas superiores a esse limite mínimo, restando por inferir a citada capacidade contributiva individual o que resulta em desigualdade de “proteção” entre os poupadores.

Fato controverso presente nessa proposta de capitalização reside na sua gestão, terceirizada à iniciativa privada, através dos bancos, seguradoras e fundos de pensão, preconizando o fator resultado ou lucro como elemento norteador dessa administração e retirando o caráter social, protetivo, garantido pelo constituinte originário, como supedâneo da política de seguridade social.

A capitalização, em menor medida e que, de certa forma, já se encontra vigente em nosso ordenamento representada pela previdência privada, nada mais é do que a contribuição espontânea dos segurados como forma de aumentar o patamar de proteção mínima garantida pela previdência. Entretanto, muito distante de representar proteção social, apenas um “plus”, uma renda adicional para o evento já coberto pela seguridade social.

Por fim, devemos lembrar do alto custo de implantação do sistema de capitalização, pois de imediato perde-se a arrecadação da atual geração contribuinte, que passa a ser poupadora de seus próprios benefícios. Durante várias décadas o Tesouro Nacional, ou seja, toda a população, deverá suportar os benefícios já implantados e os que advirão das aposentadorias em período de transição.

Não se pode olvidar do elevadíssimo contingente hodierno de segurados e dos novos que chegam a todo momento às barbas da previ-

A eventual intervenção estatal se limita a garantias de recebimento de valores mínimos (salário mínimo)

dência, no país de mais de duzentos milhões de habitantes, diferença astronômica para os pequenos países, como Chile, Peru e Colômbia, que mesmo infinitamente menores já nos apresentaram a grande fragilidade do sistema de capitalização, como será exposto a seguir.

4. A capitalização no direito alienígena

O Chile foi o primeiro país a implantar o modelo de capitalização durante a ditadura do general Augusto Pinochet, na década de 1980. Entretanto, há poucos anos os primeiros contribuintes começaram a aposentar-se, permitindo uma identificação dos resultados desse sistema que preferimos denominar indenizatório, preterindo a nomenclatura previdenciário, cuja essência encontra respaldo no sentido mais amplo da palavra proteção.

No Chile, não há contribuição estatal dos empregadores, tampouco de fontes ligadas à atividade econômica. O trabalhador é obrigado a depositar pelo menos 10% do salário por 20 anos para ter direito à aposentadoria.

Como resultado desse “sistema de poupança”, segundo dados publicados pela BBC em 2017, nove em cada dez beneficiários recebiam um valor inferior a 60% de um salário mínimo, que hoje é de cerca de US\$ 450 (BBC News Brasil, 2019).

Pelo menos, outros três países da América Latina – Colômbia, México e Peru – implantaram o sistema de capitalização. No entanto, têm imprimido reformas nos últimos anos fruto das deficiências detectadas em seus primeiros resultados.

Todos esses países, depois de décadas de implantação do sistema de capitalização, depararam-se com grandes problemas. O valor dos benefícios recebidos pelos aposentados é, invariavelmente, muito baixo e o alcance do sistema se revelou muito restrito, o que deixa um percentual significativo da população sem aposentadoria no futuro.

Nesse contexto, faz-se necessário pontuarmos o elevadíssimo número de atividades e empregos informais presentes em países subdesenvolvidos e, mesmo em economias emergentes, como as do Chile

e do Brasil, o que denota a grande fragilidade da capitalização. Além disso, os baixos salários e remunerações pagos nessas economias determinam um baixo valor de aplicação restando em valores ínfimos de aposentadorias.

No Chile, há propostas para aumentar as alíquotas de contribuição com objetivo de aumento do valor dessas aposentadorias, porém maior aplicação esbarra em menor remuneração líquida para o trabalhador que já enfrenta dificuldades de sobrevivência com os baixos salários.

“Em outubro de 2018, o presidente Sebastián Piñera encaminhou ao Congresso uma proposta de reforma que prevê um aumento gradual da alíquota previdenciária de 10% para 14%. A diferença seria paga pelas empresas, que até então só contribuíam em casos de profissões insalubres” (BBC News Brasil, 2019).

No Peru, cujo sistema já passou por reforma em 1992, os trabalhadores sofrem igualmente com o valor das baixas aposentadorias, e medidas parecidas com as tomadas pelo Chile são tentadas, porém com grandes dificuldades devido à capacidade de contribuição do trabalhador frente às suas necessidades básicas para sobrevivência.

Na Colômbia, a questão é a baixa adesão ao sistema de capitalização. Diante de uma participação expressiva do emprego informal no mercado de trabalho, muitos sequer contribuem para o sistema de previdência, correndo o risco de ficarem sem aposentadoria. A equipe do presidente Ivan Duque anunciou em 2018 que enviaria ao Legislativo uma proposta de reforma, ainda não consolidada.

No México, a situação é semelhante aos demais países. Em 2018, antes da posse do presidente Andrés Manuel López Obrador, que ocorreu em dezembro, o secretário da fazenda e crédito público, Carlos Urzúa, declarou que o governo trabalharia em uma mudança nos sistemas de aposentadoria para tentar corrigir as falhas, porém não existem perspectivas para tais mudanças para os próximos anos.

Diante destas constatações, a capitalização se revela um tanto obscura quando se busca a eficiência protetiva para o contribuinte individual. Talvez essa “terceirização” possa se manifestar de forma benéfica à

economia ou à redução dos custos estatais com a previdência. Todavia, é necessária uma grande discussão pontuando todos os efeitos colaterais, principalmente no que confere a segurança ao “poupador” de que terá a garantia de uma proteção que lhe garanta o mínimo de dignidade quando do “sinistro”, ou seja, da ocorrência de eventos sociais danosos que lhe retirem ou diminuam sua capacidade subsistência.

5. Efeitos na política de efetividade dos direitos fundamentais

A Constituição de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo moderno e do viés adotado pela constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, primou pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciados na dignidade da pessoa humana e no estado de bem-estar social, centralmente, sendo uma construção normativa de peso que procurou inserir em seu bojo os destaques do bem-estar, justiça social e outros valores fundantes da república.

Para tanto, o constituinte originário esculpiu, no contexto do texto maior, normas de caráter declaratório (direitos) e normas de caráter assecuratório (garantias).

Nesse sentido, a vigente carta magna foi erigida com supedâneo nos valores do bem-estar social, do primado do trabalho e no meta-valor da dignidade humana, este norteador dos demais princípios constitucionais e, principalmente, das políticas públicas que primordialmente devem promover a efetivação dos direitos fundamentais, traduzindo-os em garantias fundantes.

Nesse compasso, cumpre ponderar que os direitos sociais são direitos fundamentais e a garantia destes pressupõe a efetivação daqueles, conforme as palavras de Alexandre de Moraes:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à con-

cretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (MORAES, 2002, p. 202).

Ingo Sarlet também destaca do seguinte modo:

Nesta esfera, como já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento das instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais (SARLET, 2016, p. 600).

O artigo 6º da Constituição de 1988 é taxativo ao elencar a previdência social como direito social e, não por acaso, situado ainda no título II da lei maior: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Essa abordagem é de vital relevo, pois a referida proposta de capitalização afronta de forma flagrante os direitos e garantias individuais e coletivas dos segurados, que têm na previdência social uma proteção indispensável à manutenção de seu bem-estar social e, como consequência, a dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, deve-se inquirir as soluções da capitalização para os vulneráveis, que nunca contribuíram para o sistema e que não possuem condições para efetuar os depósitos na nova “poupança previdenciária”. Como seriam contemplados nessa nova ordem?

Ademais, sabe-se que a previdência social não se traduz apenas em aposentadoria, sendo esta apenas um dos benefícios por ela concedidos. E os demais salários e auxílios, como seriam abordados numa nova sistemática tendo como fundamento o autofinanciamento do “protegido”?

Além disso, como se dariam os serviços prestados pela previdência social quanto à capacitação e à recapacitação profissional? Essas inda-

gações devem ser norteadoras de uma discussão maior a ser contemplada pelo legislador com vistas à garantia constitucional dos direitos sociais e fundamentais forjados pelo constituinte originário em nossa carta magna.

Isto posto, deve-se lembrar os princípios regentes dos direitos fundamentais: a indivisibilidade e a interdependência inferem a efetivação dos direitos sociais como condição indispensável ao exercício dos demais direitos fundamentais.

Flávia Piovesan registra que:

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação de poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional (PIOVESAN, 2015, p. 560).

Exemplificando, o direito à vida requer a eficácia do direito à saúde, a dignidade da pessoa humana exige que se assegure o direito à moradia, à educação, à escolha de um trabalho digno e à proteção social em caso de desemprego, incapacidades e demais contingências.

Nesse diapasão, a previdência social é elencada taxativamente pelo texto constitucional como direito social, cumprindo papel *sine qua non* na política de efetividade dos direitos fundamentais.

Sendo assim, as conquistas sociais, vale dizer, a proteção social garantidora do bem-estar social, do trabalho e em *ultima ratio* da dignidade da pessoa humana, restam impossibilitados de retrocesso.

Diante dessa exposição, cumpre registrar que o sistema de capitalização tal como tentou-se propor no texto inicial da reforma da previdência, baseado exclusivamente em argumentos puramente econômicos e em razão de critérios políticos deflagrados em função de repercussões eleitorais, caracteriza a possibilidade de materialização de um grande prejuízo social e da supressão de garantias fundamentais, não sonhados e indesejados por todos.

Conclusão

O modelo previdenciário brasileiro, mesmo após a conversão da PEC 06/19 na EC 103/19, em tramitação no Congresso Nacional, requer ajustes no sentido de eliminação de desigualdades, consolidando a isonomia previdenciária para os dois principais regimes, geral e próprio, incluindo também o regime especial dos militares, em obediência ao princípio constitucional da isonomia.

Entretanto, a especulação de uma ruptura do atual modelo previdenciário contributivo sob a premissa da repartição e consubstanciado no pacto de gerações para ser substituído pela capitalização, tendo experiências negativas de outros modelos previdenciários internacionais similares e, sobretudo, considerando a efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal, sob a inspiração do bem-estar e da justiça social, não deve ser objeto de deliberação por parte do legislativo brasileiro.

O estado social, fundamento de nossa Constituição, deve ser a prioridade de todos, governantes e governados, e, dentro dessa prioridade, necessários são os esforços no sentido de viabilizar uma segurança social representada pela previdência, de forma justa, isonômica e eficaz.

Há que se considerar, além dos custos de implantação, também o enorme prejuízo social que o modelo de capitalização pode representar numa sociedade com profundos traços de desigualdade, ainda carente de recursos para garantir a sobrevivência de seus membros com o mínimo de dignidade.

Cabe reproduzir as palavras do professor Wagner Balera:

O debate da Reforma Previdenciária se limita a cortar ou reduzir direitos. E entendo mesmo que muitos desses direitos devem sofrer as transformações inerentes às metamorfoses do mundo do trabalho; ao problema demográfico e assim por diante. Mas, se o debate não for travado em termos de defesa concreta das receitas da seguridade social, a reforma, essa reforma, será apenas mais uma (BALERA, 2019).

Assim, reformar é preciso, mas que a reforma seja de qualidade, que traduza uma evolução do sistema previdenciário no sentido de minimização das desigualdades e das possibilidades de fraudes no sistema. Eventuais novas propostas de emendas à Constituição devem buscar fontes confiáveis de custeio e efetividade da proteção, contudo, jamais poderá se afastar da intenção do poder constituinte originário que determinou a impossibilidade de deliberação de emendas tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais.

Notas

1. Theodoro Vicente Agostinho. Doutorando e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Coordenador e Professor de Direito Previdenciário dos cursos EBRADI, Mackenzie e MeuCurso. Coordenador da Pós-graduação de RPPS do IEPREV. Autor e Coautor de diversas obras especializadas em Direito Previdenciário. Advogado e Parecerista.
2. Sergio Henrique Salvador. Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor Universitário. Professor de cursinhos preparatórios. Escritor. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Integrante do comitê técnico da Revista *Síntese de Direito Previdenciário*.
3. Ricardo Leonel da Silva. Pós-Graduando em Direito Previdenciário pela EBRADI. Pesquisador, Parceiro e Consultor na Santiago Grilo Advogados.

Advogado em São Paulo. Consultor e Orientador para prevenções no âmbito empresarial.

Referências

- ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social Análise da Seguridade Social 2017.
- ANFIP/Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social – Brasília: ANFIP, 2018.
- ARAUJO, L. A.; Nunes JR., V. S. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- _____; MUSSI, C. M. *Direito previdenciário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- BALERA, W. Reforma previdenciária: o problema é o custeio. *Revista Conceito Jurídico*. Ed. 29, maio/2019. Distrito Federal: Zakarewicz, 2019.
- BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. *Manual de direito previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- FMI, *World Economic Outlook Database* (abril de 2017).
- IBRAHIM, F. Z. *Curso de direito previdenciário*. 21 ed. Rio de Janeiro: 2015.
- Jornal Valor Econômico* (29 de julho de 2013).
- HORVATH JR., M. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARTINEZ, W. N. *Curso de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- Previdência: reformar para excluir? Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira – Brasília: DIEESE/ ANFIP; 2017.
- SARLET, I. W. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SERAU Jr., M. A. *Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- “44 Coisas que você precisa saber sobre a Reforma da Previdência”, informativo publicado em março/2019.

<<http://plataformapoliticasocial.com.br/origem-juridica-do-argumento-do-deficit-da-previdencia-desprezo-na-interpretacao-constitucional/>>.

As 15 maiores economias do mundo. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/indicadores/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>>.

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>>.

<<https://www.bbc.com/portuguese/geral-47003508>>.

EM
DESTAQUE

Portugal: uma ronda pelos serviços públicos essenciais a caminho do quarto de século de vigência da lei que protege os consumidores

Mário Frota¹

Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Portugal e Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC)

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, EM FORMULAÇÃO SIMPLES, são os que proporcionam condições de dignidade à vida corrente de cada um e todos, ao quotidiano de homens, mulheres, crianças e jovens, indispensáveis às tarefas correntes da vida.

De harmonia com a Lei dos Serviços Públicos Essenciais, pontualmente modificada, como tais se consideram os:

- Serviços de fornecimento de água;
- Serviços de fornecimento de energia elétrica;
- Serviços de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;
- Serviços de comunicações eletrónicas (telefone fixo, telefone – Serviços postais;
- Serviços de recolha e tratamento de águas residuais; móvel, telecópia, internet, televisão por assinatura...);
- Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos;
- Serviços de transporte de passageiros (introduzido recentemente).

Claro que, *fora do catálogo*, outros serviços essenciais há forçosamente que considerar, a saber, os:

- Serviços de saúde;
- Serviços de educação;
- Serviços viários (estradas e autoestradas);
- Seguros sociais (obrigatórios);
- Serviços funerários;

....

A LDC – Lei de Defesa do Consumidor –, no n. 2 do seu artigo 2º, estatui que se

consideram incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Sucessivos atropelos perpetrados por empresas públicas, serviços municipalizados, empresas concessionárias determinaram, na época, que o legislador interviesse e ditasse um conjunto de normas cuja observância imperativamente se impusesse.

Estávamos em 1996: e o contributo para o efeito da APDC foi relevante, decisivo, para o efeito.

No entanto, anos volvidos e, a despeito da regulação, frouxa em tantos dos domínios, inexistente, noutros, os atropelos sucedem-se.

De forma não exaustiva, exemplifiquem-se as situações de maior ocorrência ou os logros susceptíveis de se registar por deficiente informação dos titulares dos direitos:

Contratos forçados: águas, comunicações electrónicas (em decorrência de prorrogações ilícitas de fidelizações extintas); conteúdos digitais (wap billing: faturação contra os ditames, as regras adotadas e em vigor...)

Contratos forjados: de comunicações electrónicas, de energia eléctrica, de fornecimento de gás, contratos celebrados pelo telefone sem observância dos requisitos legais;

Contratos falsificados: à revelia dos interessados, como se fora por si firmados;

Contratos ligados (“casados”): contratos de energia eléctrica, contrato de seguro dos equipamentos e assistência técnica... contratos que não têm de estar necessariamente associados, mas que se apresentam como se se não pudesse “descasá-los”...

Consumos mínimos: dissimulados de quotas de disponibilidade, quotas ou taxas de serviço, fixas e variáveis, de taxas de potência, de

termos “fixos naturais”, algo que entidade nenhuma, a não ser a ACOP (que propusera uma ação popular inconsequente por virtude de uma esdrúxula decisão judicial) jamais ousou afrontar.

Alugueres de contador: que, proibidos em 2008, se mantêm com outros nomes: taxas de volumetria, taxas de potência, em claro procedimento “em fraude à lei”... e sem que ninguém lhes vá à palma!

Facturação regular: o consumidor tem direito a uma factura que especifique convenientemente os valores que dela constem. A transparência é fundamental. Para que cada um saiba, em rigor, o que paga.

Se não for transparente, o consumidor tem o direito de ser esclarecido dos valores em causa. E não pagará enquanto tais esclarecimentos não forem prestados. E por esse facto não se lhe pode agravar a factura nem suspender o serviço.

A fatura é *mensal* por força de lei. Que não de *dois em dois* ou de *três em três* meses..., como, por vezes, sucede em oposição manifesta ao que a lei imperativamente dispõe.

A fatura não deveria assentar numa qualquer *estimativa*, como se assinalará, mas no consumo real, nos valores efetivamente consumidos pelo consumidor.

Se não for transparente, o consumidor tem o direito de ser esclarecido dos valores em causa. E não pagará enquanto tais esclarecimentos não forem prestados

O consumidor deve pagar só o que consome na exata medida do que e em que consome

Embora a lei preveja a hipótese de estimativa, entendemos que tal fere os direitos do consumidor constitucionalmente consagrados. Porque viola diretamente o princípio da proteção dos seus interesses económicos. E, nessa medida, deve ter-se como inconstitucional a regra que lhe serve de suporte.

A fatura de energia elétrica, por exemplo, uma vez emitida, deve, nos termos do regulamento comercial, ser paga nos:

– 10 dias úteis, a contar da sua apresentação aos consumidores (baixa tensão).

– 20 dias úteis, se se tratar de consumidores economicamente vulneráveis.

Faturação por estimativa: as empresas continuam, em geral, a faturar por estimativa em clara afronta ao princípio, constitucionalmente consagrado, da proteção dos interesses econômicos do consumidor; e, ainda que os consumidores, mercê de auto-leitura, procedam à transmissão dos consumos, os operadores fazem disso tábua rasa, agravando circunstancialmente os encargos de cada um e de todos, a despeito dos encontros de contas que ocorrem muito mais tarde; facturação por estimativa que gera tanto sobrefacturação, com os excessos daí emergentes, como subfacturação com os acertos de contas, que se processam com regularidade ou não, que ferem os equilíbrios dos orçamentos domésticos.

Faturações excessivas ou por serviços não prestados: nas comunicações eletrónicas é o “pão-nosso de cada dia” – chamadas nem sequer efetuadas, fora de pacote, a ser sistematicamente faturadas a 0,19 em cada uma das ocasiões; chamadas nem sequer tentadas a ser faturadas a 1,34 € + mais impostos; chamadas fora de pacote faturadas sem qualquer justificação nem comprovação nas faturas...; montantes indenizatórios faturados indevidamente em caso de pretensas “fidelizações” (inexistentes por haverem caducado os contratos originais); transmissão de créditos a uma tal *Intrum Justitia* (*Intrum, Intrum Portugal...*), empresa de cobranças difíceis, que adota os meios mais ínvios e cria dificuldades de tomo a quem nem sequer é devedor; cobrança sistemática de dívidas prescritas, com prescrição tempestivamente invocada; e um nunca mais acabar de hipóteses que não cabem num artigo com a dimensão deste.

Faturação sem observância da dimensão temporal imperativamente estabelecida

Como noutro passo se assinalou, a fatura é *mensal* por força de lei. Que não de *dois* em *dois* ou de *três* em *três* meses..., como, por vezes, ocorre.

Mas há patentes situações em fraude à lei, como acontecera, designadamente, com a Lusitânia Gás que, ao exigir-se-lhe que se afeioasse à lei, passou a fazer algo do estilo (em autêntica caricatura, de todo de reverberar, mais próprio de um país de opereta...): emitia, por estimativa, uma fatura bimestral na ordem dos 50€; perante a exigência imposta por um consumidor que não ignorava a lei, passou a fazê-lo deste modo: (por exemplo) mês de Agosto – 50,00€; mês de Setembro – 0,0€...

Suspensão de fornecimento de produtos e de prestação de serviços: situações anómalas que resultam da violação das mais elementares regras; “cortes” sem o pré-aviso adequado e, quando hipoteticamente ocorra o pré-aviso, sem a observância dos requisitos indispensáveis para o efeito; suspensão do fornecimento seguida da emissão continuada de faturas com consumos inexistentes porque suspenso o fornecimento; emissão de faturas com consumos estimados mesmo após a cessação do contrato e a mudança consequente de fornecedor...

Se o consumidor não pagar, não poderá haver corte imediato, isto é, com o efeito surpresa: *“não pague, ficas a todo o momento à espera do corte... quando, não se sabe!”*

So poderá verificar-se o corte se houver pré-aviso.

Pré-aviso que tem de chegar inequivocamente à esfera do consumidor, tem de chegar ao seu efetivo conhecimento.

Não basta ao fornecedor expedir a carta. Para poder exercer o seu direito. O consumidor terá de a receber.

O pré-aviso tem de obedecer a determinados requisitos.

O pré-aviso tem de ser passado a escrito.

O pré-aviso tem de conceder ao consumidor, pelo menos, 20 dias para regularizar a situação (para as comunicações electrónicas, o prazo é mais dilatado: 30 dias).

Do pré-aviso deve constar, sem restrições, um conjunto de menções, ainda que a lei o não refira expressamente:

- montantes em dívida;
- faturas a que se reportam tais montantes;
- data da emissão das faturas (porque a dívida pode estar já prescrita e a data é o elemento essencial para se aferir disso);

– valores correspondentes a serviços funcionalmente indissociáveis (por exemplo, na energia eléctrica, em princípio, a taxa de potência... e dizemos em princípio porque a taxa de potência corresponde, ao que se nos afigura, a um pagamento mínimo, quiçá, a um consumo mínimo, ou seja, consuma ou não, o consumidor paga sempre essa “taxa”...) (e a cobrança de consumos mínimos é proibida por lei...);

– valores correspondentes a serviços funcionalmente dissociáveis (a contribuição do audiovisual, por exemplo, que não tem uma unidade íntima com a energia eléctrica)

– meios de que o consumidor dispõe para regularizar as faturas em dívida

– lugar em que a regularização deva ocorrer ou os meios para o fazer (multibanco, etc...);

– período(s) do dia em que pode fazê-lo e em que condições;

– indicação dos meios ao seu alcance para a reposição do serviço se a regularização se não fizer durante o período de antecedência mínima (repete-se: *mínima*) de 20 (vinte dias) e a suspensão se vier a consumir.

Não basta dizer: “*tem de pagar 100€ em dívida, sob pena de suspensão*”. Tem de dizer a que se referem esses 100€. Isso parece curial. E é, na verdade, elementar! Mas não está a ser cumprido um tal ditame, por estranho que pareça...

Não se esqueça que, muitas vezes, os consumidores, sobretudo quando sujeitos, como é usual, à faturação por estimativa, ainda que não paguem uma fatura, não são devedores, são credores porque a sobrefaturação (a faturação em excesso, em que se exige pagamento a mais que os valores efetivamente consumidos) os leva a nada dever, antes a ter de haver montantes por vezes significativos.

E tudo isto deve ser devidamente ponderado.

Mas há questões que não poderemos deixar de suscitar:

– o “corte” será direito do fornecedor? Uma espécie de autodefesa? Uma aplicação do princípio da excepção de não cumprimento?

– ou, tratando-se de serviços públicos essenciais, deveria haver aqui uma excepção?

Dizendo de outra maneira: tratando-se de serviços públicos essenciais, inerentes ao suporte de vida de cada um e todos no dia a dia,

devem ser os fornecedores a “cortar” por sua alta recriação, ainda que observados os requisitos para que a lei aponta, ou terá a suspensão de ser decretada por um tribunal, depois de ponderadas as razões de uma e outra das partes?

Sem mais, dizemos:

– não devem ser os fornecedores a ter a faca e o queijo na mão, ou seja, a efetuar por si sós os cortes, com o que se obvia a que se cometa os atropelos a que vimos assistindo amiúde;

– devem ser os tribunais (arbitrais ou não) a fazê-lo, depois de uma ponderação adequada, tendo em vista os aspectos já referenciados.

E não se diga que as coisas se eternizam nos tribunais, se o processo for célere, mas sem quebra de garantias.

E ou em tribunais arbitrais necessários ou em tribunais de competência especializada em que se dirimam os conflitos de consumo ou em julgados de paz especializados.

Não se esqueça que a água é um direito humano. E, no entanto, é – quantas vezes!

– “valorada” como se de um punhado de alcagoitas se tratasse...

Não se esqueça que o estado de saúde de muitos depende do acesso à energia elétrica, que, se falhar, põe em causa a saúde e a segurança de cada um e todos os atingidos.

Não se esqueça que um telefone pode salvar uma ou mais vidas, como ainda agora se viu na recuperação de sinistrados na derrocada de um prédio em São Paulo...

Não estamos em presença de meras mercadorias com um dado valor de mercado.

É mais. Muito mais.

E nem sempre disso se tem consciência. Mesmo (sobretudo) na esfera do poder...

Não se esqueça
que o estado
de saúde de
muitos depende
do acesso à
energia elétrica,
que, se falhar,
põe em causa
a saúde e a
segurança de cada
um e todos os
atingidos

Indenização pelos prejuízos causados pela suspensão, pelos “cortes” ilegais

Nem se esconda que os prejuízos causados por um qualquer corte “inoportuno”, infundado, ilegal, são susceptíveis de produzir significativos danos e, por isso, de acarretar responsabilidade civil, pagando o fornecedor pelos danos materiais e morais causados. Tudo isto nos termos do n. 1 do artigo 12 da Lei de Defesa do Consumidor.

Mas, apesar dos atropelos, não há, em rigor, casos de indenização porque os consumidores, movidos não se sabe bem por que sentimentos, “cortam-se”, cortam-se a exercer os seus direitos... Ou talvez as instâncias de julgamento se mostrem menos sensíveis a pedidos do jaez desses.

Contratos ilicitamente prorrogados com fidelizações acopladas

Finda a fidelização, é natural (diga a lei o que disser...) que o contrato caia maduro como a fruta cai da árvore. Ou seja, que o contrato caduque. E a fidelização se não renove automaticamente, tal como a lei o estabelece.

O fato é que do silêncio do consumidor as operadoras retiram ilicitamente que os contratos se mantêm, se renovam sucessiva e automaticamente, e se o consumidor, em um dado momento, se decide por outra operadora, em condições mais vantajosas que as do contrato que caducara, punem-nos severamente como se os “contraentes” rompessem uma vera e própria fidelização em curso...

E, o que é mais, os operadores transferem para empresas de cobranças difíceis montantes irrealistas e infundados, sem causa, exigindo dos consumidores valores inenarráveis que não cumprem sequer os critérios ora definidos para o efeito.

Conquanto já nada nos surpreenda, estes “malabarismos”, no mínimo, chocam-nos profundamente!

Mas como é possível que tal ocorra, entre nós, após todos estes anos?

E tal sucede, muitas vezes, por ignorância dos lesados, mas sobretudo por uma ousadia inqualificável dos operadores, de que colhem vantagens muito expressivas.

E é algo que escapa aos reguladores ... vá-se lá saber porquê!

Situações destas sucedem, importa dizê-lo, com uma frequência inaudita!

Injunções indevidas por contratos forjados

Ou através de injunções sem fundamento legal bastante ou mediante o denominado PEPEX, consumidores há que, sem contrato válido de base nem obrigações de qualquer natureza por satisfazer, se deixam surpreender quando notificados para um procedimento de injunção ou para o procedimento extrajudicial de execução prévia (ou pré-executivo, como com propriedade se designa).

A injunção mais não é do que um procedimento susceptível de permitir a um qualquer credor de uma dívida dispor de um documento (o título executivo) que lhe confere a faculdade de recorrer a um processo judicial de execução para recuperar do devedor o montante em dívida.

Após a apresentação do requerimento de injunção, o eventual devedor é notificado do requerimento e, se não se lhe opuser, é de imediato emitido o título executivo. Se se opuser, o processo é presente a tribunal.

Para tanto, nada havendo de base, a litigância de má-fé das empresas de cobrança obriga a que as pessoas se desdobreem em diligências procedimentais ou processuais, com encargos decorrentes do recurso a advogados, taxas de justiça etc., quando nada deviam por não haver sequer contrato válido. É algo de perverso que vem sucedendo com inusitada frequência neste que é um jardim à beira-mar plantado em que as ilegalidades florescem desmesuradamente.

O PEPEX, abreviatura de Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo, define-se como uma ferramenta que permite ao credor (detentor de um título executivo), avaliar, de forma rápida e económica,

qual a real possibilidade de recuperação do seu crédito ou de certificar a sua incobrabilidade.

O recurso, sem mais, às contas bancárias das vítimas, pretensos devedores, é algo que se faz num ápice, deixando os não devedores reais boquiabertos e desprevenidos, atenta a iliteracia judiciária que entre nós campeia.

De fato, nada há ecos retumbantes, entre nós, de todos estes clamorosos desvios, o que vai engrossando as legiões de vítimas sem efetiva tutela dos seus direitos.

A tipologia de crimes perfilados e o mais mereceriam do Ministério Público e das instituições de consumidores, como dos reguladores, cuidados especiais e intervenção vigorosa.

E informação cabal, a difundir pelos meios públicos, para se pôr cobro a esta sangria que ocorre, entre nós.

Cobranças promovidas por pretensos cobradores de fraque

Os aspectos co-implicados prendem-se com as considerações precedentes.

A transmissão de carteiras de créditos ou de pretensos créditos para terceiros causa a maior perturbação aos consumidores que, sem terem dado o seu consentimento para a cedência dos seus dados pessoais ou para a eventual cessão de créditos, se vêem confrontados com interferências na sua esfera por empresas inescrupulosas que se comprazem em obter, por meios ínvios, montantes indevidos por meio de coação, assédio, influência indevida, que, na sua génese, configuram também crimes com moldura penal pré-definida.

O mercado conhece as mutações de uma empresa, como noutro passo se denunciou, a *Intrum Justitia ou Intrum ou Intrum Portugal* que usa os meios mais inconcebíveis para levar a que os consumidores paguem o que não devem.

A Ordem dos Advogados tê-los-á perseguido, crê-se que sem sucesso, por procuradoria ilícita.

O fato é que, tal como o “sempre-em-pé”, se mantém em “atividade”, em continuada tentativa de extorquir dinheiro aos incautos ou

aos que mal cuidam dos seus interesses, mal dos pusilânimes que lhes caem no encaço e se deixam dominar pelos seus promíscuos e ínvios procedimentos.

O fato é que o quadro é bizarro e subsiste.

Cobranças de dívidas prescritas com invocação tempestiva de tais fatos extintivos das obrigações

Há dívidas prescritas que os operadores tentam cobrar por qualquer meio, em declarada oposição ou afrontamento ao princípio nuclear da boa-fé, ora fazendo-o por iniciativa própria, ora transmitindo tais créditos a empresas de cobrança que, a ferro e fogo, movem céus e terra para lograr obter de forma menos lícita (e com encargos suplementares para os consumidores) dívidas extintas por prescrição e montantes outros, por direitas contas, indevidos.

De tal sorte que há sociedades de advogados a impor o pagamento aos consumidores incautos, que invocaram a prescrição, nestes clamorosos e equívocos termos:

“...Relativamente à questão da prescrição da factura, cumpre-me transmitir-lhe que é nosso entendimento que a prescrição é um instituto jurídico que pode, uma vez invocado, inviabilizar a cobrança judicial do valor, não extinguindo a obrigação natural de pagamento...”

(Para leigos, a asserção não é entendível, uma vez que os consumidores, na circunstância, invocaram de todo a prescrição. Menos ainda quando, na sequência do raciocínio expendido, o escritório de advogados que procede à cobrança ousa atirar mais que o “barro à parede”, com a oração injuntiva que segue):

“Assim, o pagamento do montante de ... € deve ser efectuado nos próximos 8 dias, por cheque ou vale postal em nome de NOS COMUNICAÇÕES, S.A., a enviar para a morada do meu escritório, agradecendo a indicação da conta de facturação no verso do documento...”

As dívidas extinguem-se pelo *pagamento*.

Mas extinguem-se ainda, entre outros, pela *prescrição*.

O que é a prescrição?

A prescrição é meio de extinção das dívidas pelo simples decurso do tempo. Por razões de segurança jurídica.

Para os serviços públicos essenciais a prescrição é de 6 meses.

Mas para que surta efeito é preciso que à passagem do tempo se some a invocação pelo interessado de que o tempo para cobrar já se escoou, já expirou.

O consumidor tem de invocar a prescrição ou por carta, se o pagamento tiver sido exigido por esse meio, ou na ação judicial ou em injunção, se esse tiver sido o meio escolhido para a cobrança; se o não fizer, o consumidor será condenado, *em princípio*, no pagamento da dívida em aberto, ainda que o tempo de *prescrição* já tenha passado.

As dívidas extinguem-se também pela *caducidade*.

Em que consiste a caducidade do direito do recebimento da diferença do preço?

Se, por exemplo, o fornecedor faturar 100, em vez dos 1 000 consumidores, terá direito a receber a diferença de 900. Mas não pode exigir tal diferença a todo o tempo. A lei estabelece o limite de seis meses para reclamar a diferença.

O direito de pedir a diferença caduca, cai, como o fruto maduro cai da árvore, depois de certo tempo de maturação, uma vez passados seis meses.

Modo de conhecimento destas formas de extinção

Prescrição: Provocada – O consumidor tem de invocar, judicial ou extrajudicialmente, que o prazo de seis meses, à data da exigência do pagamento, já transcorreu, já passou.

Caducidade: Oficiosa – O tribunal conhecerá da caducidade, independentemente de eventual invocação pelo consumidor.

Há ainda a *caducidade do direito de ação*

Se ação for proposta ou a injunção requerida seis meses depois de estabelecida a dívida, a ação não prossegue, morre ali, naufraga, por iniciativa do próprio tribunal.

E com a ação, também a dívida, o que dispensa, nestes casos, a invocação da prescrição pelo consumidor.

As situações são, poder-se-á dizer, inesgotáveis.

A imaginação dos operadores, por demasiado fértil, é pródiga em atropelos sem par.

Um nunca mais findar, pois, de situações que constituem clamorosa ofensa a elementares direitos, na generalidade plasmados na *Lei dos Serviços Públicos Essenciais*.

Os serviços públicos estão de rastos, andam pelas ruas da amargura, as leis parecem meras folhas de papel que se amarrotam e se lançam no caixote das inutilidades (no caixote do lixo, afinal) a bel talante dos operadores viciosos, relapsos e contumazes. Que não mostram sequer uma pinga de respeito por quem lhes suporta as prebendas e lhes paga os opíparos vencimentos dos seus insaciáveis gestores!

Mário Frota

apDC – DIREITO DO CONSUMO – Coimbra

Nota

1. Mário Frota. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Portugal e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC).

APOIO INSTITUCIONAL



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —



ACGB
VIDA URBANA
ASSOCIAÇÃO DOS CONDOMÍNIOS
GARANTIDOS DO BRASIL