

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

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

nº 75 jan./mar. 2020

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Emerson Garcia**

Diretor

**Robson Renault Godinho**

Vice-Diretor

**Sergio Demoro Hamilton**

Diretor Honorário

## Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.*

*As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.*

*A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.*

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional

Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

## Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080

Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371

[www.mprj.mp.br](http://www.mprj.mp.br) | e-mail: [revista@mprj.mp.br](mailto:revista@mprj.mp.br)

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2019 (1 - 74)

2020 (75,

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

## **Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Procurador-Geral de Justiça

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

**Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

**Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais  
e de Direitos Humanos

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

**Virgílio Panagiotis Stavridis**  
Chefe de Gabinete

**Emerson Garcia**  
Consultor Jurídico

**Dimitrius Viveiros Gonçalves**  
Secretário-Geral do Ministério Público

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

• • •

## **Corregedoria-Geral do Ministério Público**

**Luciana Sapha Silveira**  
Corregedora-Geral do Ministério Público

**Rita de Cássia Araújo de Faria**  
Subcorregedora-Geral

**Ana Cintia Lazary Serour**  
Subcorregedora-Geral

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Luciana Sapha Silveira**  
Corregedora-Geral

## Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea  
Dalva Pieri Nunes  
Hugo Jerke  
Adolfo Borges Filho  
Fernando Chaves da Costa  
Luiza Thereza Baptista de Mattos  
Márcio Klang  
Marfan Martins Vieira  
Sérgio Bastos Vianna de Souza  
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

## Membros eleitos

Maria da Conceição Lopes de Souza Santos  
Patrícia Silveira da Rosa  
Pedro Elias Erthal Sanglard  
Sumaya therezinha Helayel  
Katia Aguiar Marques Selles Porto  
Maria Luiza de Lamare São Paulo  
Marlon Oberst Cordovil  
Ângela Maria Silveira dos Santos  
Cláudio Henrique da Cruz Viana  
Patricia Mothé Glioche Béze

• • •

## Conselho Superior do Ministério Público

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Luciana Sapha Silveira**  
Corregedora-Geral

## Titulares Eleitos

### Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite  
Walberto Fernandes de Lima  
Lílian Moreira Pinho  
Anna Maria Di Masi

### Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira  
Viviane Tavares Henriques  
Galdino Augusto Coelho Bordallo  
Vera Regina de Almeida

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

Ertulei Laureano Matos  
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto  
Diretor-Presidente

• • •

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

Georgea Marcovecchio Guerra  
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova  
Presidente

• • •

**Sicoob Coomperj**

Luiz Antônio Ferreira de Araújo  
Diretor-Presidente



## Editorial

A pandemia da COVID-19, cujos primeiros sinais afloraram em dezembro de 2019 ainda no território chinês, rapidamente se espalhou pela Europa e pelo resto do mundo, incluindo o Brasil. Esse cenário fez que os povos passassem a dispensar um novo olhar para o seu cotidiano social, ambiental, econômico e político. É nesse momento histórico, no ano de 2020, que a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro oferece o 75º Volume de sua terceira fase, 127º de sua história. Este ano de 2020, por certo, será fartamente descrito pela história mundial como sendo aquele que mudou as perspectivas objetivas e subjetivas sobre o destino da humanidade.

Além da imposição do isolamento social, a pandemia remodelou hábitos e práticas antes convencionais, a exemplo de modos de consumo, de relacionamentos interpessoais, de trabalho, entre outros. A sociedade, até então regida por uma cultura pessoal e integrativa, passou a buscar formas de tratamento virtual, isolado, mas nem sempre equidistante.

No campo da produção do trabalho, se de um lado, a pandemia fez surgir a centralidade do trabalho invisível, remoto, por VPN (Rede Privada Virtual), de outro, desmascarou a desigualdade social, as diferenças de classe, a exclusão, a falência do sistema econômico globalizado e a exploração descivilizada do meio ambiente. Além disso, a emergência de saúde pública preventiva e terapêutica passou a centralizar as discussões políticas, junto com o desenvolvimento de estímulos que pudessem ajudar a recuperação da economia.

Para além da problemática sociológica que a pandemia nos empurrou, a construção de novos aprendizados, o retorno do homem ao seu poder reflexivo, o descobrir dos olhos para a fragilidade de nossa concepção sobre a humanidade são fatores positivos para aqueles que se empenham em reescrever novas formas de dizer o Direito, daqueles que com louvor assumem a vanguarda do pensamento crítico, do pensar filosófico, da ciência e da pesquisa. Esse papel, de oferecer o conhecimento escrito, produzido, pensado pelo juízo da razão, será mantido pela Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Com o objetivo de divulgar novos saberes, a Revista de Direito inaugura uma nova seção em 2020, o “Observatório Filosófico”. Nessa seção, em textos de reduzida dimensão, com linguagem simples e objetiva, serão tratados temas filosóficos dos mais relevantes com o objetivo de auxiliar o pensamento e a reflexão sobre nossa existência e os objetivos do Estado e do Direito. Com isso, somam-se esforços para a superação das diversas crises que ameaçam não só a cultura e o conhecimento já produzidos, mas crucialmente a própria coexistência humana.

Nessa perspectiva, nossa primeira edição de 2020, na seção *Doutrina*, apresenta temas como neurociências e imputabilidade, Lei de Abuso de Autoridade, mobilidade urbana, teoria dos processos estruturais, recuperação judicial de empresas, ação civil

pública proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, segurança pública, direito notarial, acordo de não persecução penal, bem como Direito e Ecolinguística.

Na seção *Observatório Filosófico*, o leitor será levado à compreensão do pensamento do filósofo alemão Arthur Schopenhauer, no célebre opúsculo intitulado “A Arte de Ter Razão”. Poderá desfrutar da perspectiva kantiana sobre a fundamentação dos direitos humanos; retornar ao estudo da fenomenologia a partir da Filosofia do Direito; conhecer do pensamento de John Rawls, um dos mais influentes filósofos políticos do nosso tempo, com inequívocas contribuições, inclusive ao direito; e, em um mundo pandêmico, deparar-se com um ensaio sobre a pandemia da COVID-19, a manutenção da lógica do mercado perante as demandas sociais e de que maneira o consumismo se reconfigura como um mecanismo social de opressão e de ostentação perante o restante da sociedade.

Na seção *Observatório Jurídico*, são reproduzidos dois artigos, um sobre a prisão em segunda instância, do eminente Ives Gandra, o outro, uma profícua análise sobre uma das mais importantes manifestações da cidadania, “o direito dos cidadãos a uma livre relação com o território do seu Estado”, ensaio produzido pelo constitucionalista português Jorge Miranda.

O exercício das funções institucionais do Ministério Público é retratado na seção *Peças Processuais*. Dois temas de fundamental importância são tratados por diferentes enfoques: o acesso à informação é analisado sob a ótica do Ministério Público; e a temática das normas que disciplinam a proteção de dados e a privacidade no ordenamento jurídico nacional é analisada sob a perspectiva da Ordem dos Advogados do Brasil. Em relação ao ambiente institucional do Ministério Público, é retratado um caso sobre conflito negativo de atribuição e apresentada uma ação penal ajuizada em face de vereador.

Na seção Memória Institucional, o Programa Personalidades do Ministério Público aborda o tema cidadania, tratado com toda propriedade pelas Promotoras de Justiça Gláucia Maria da Costa Santana e Eliane de Lima Pereira, bem como pelos Promotores de Justiça Vinícius Leal Cavalleiro e Salvador Bemerguy.

A seção *Jurisprudência* apresenta importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Por fim, nos resta agradecer uma vez mais aos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA  
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO  
Vice-Diretor da Revista

# Sumário

## Doutrina

Neurociências e a imputabilidade penal do psicopata <i>Arthur Santana de Paulo</i> .....	19
A Lei de Abuso de Autoridade: o tipo do art. 27 e a transição entre juízos de valor provisórios e definitivos <i>Emerson Garcia</i> .....	43
Direito à cidade e mobilidade urbana: reinventando o modal bicicleta <i>Fabiana de Alcantara Pacheco Coelho</i> .....	53
Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Hermes Zaneti Jr.</i> <i>Rafael Alexandria de Oliveira</i> .....	101
Fundos de investimento em participações – empresas em recuperação judicial <i>Jorge Lobo</i> .....	137
Ajuizamento de ACP pelo Procurador-Geral <i>Luís Alberto Thompson Flores Lenz</i> .....	145
A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos <i>Luis Fernando de França Romão</i> .....	159
A extrema importância do direito notarial e registral no Brasil frente à crescente desjudicialização de feitos de elevado interesse social <i>Maria Cristina de Souza Moreira</i> .....	171
Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal <i>Sauvei Lai</i> .....	179
As interações em audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: uma análise à luz do Direito e da Ecolinguística <i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i> .....	187

## Observatório Jurídico

Prisão por decisão de segunda instância <i>Ives Gandra</i> .....	203
---	-----

A cidadania e o acesso ao território do Estado <i>Jorge Miranda</i> .....	207
--	-----

## Observatório Filosófico

Aplicação prática de alguns estratagemas schopenauerianos em um caso jurídico hipotético <i>Adolfo Borges Filho</i> .....	215
Princípios da fundamentação dos direitos humanos em Kant <i>Delmo Mattos</i> .....	221
A Fenomenologia e o Direito: um diálogo importante <i>Getúlio Nascimento Braga Júnior</i> .....	227
John Rawls e os princípios de justiça: algumas aproximações conceituais para o jurista contemporâneo <i>Marcelo Machado Costa Lima</i> .....	231
Pandemia, degradação social e economia da morte <i>Renato Nunes Bittencourt</i> .....	239

## Peças Processuais

### Pareceres

Processo Administrativo MPRJ nº 2020.00203500. Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça. Acesso à informação. Plataforma Programa Radar MPRJ. Os processos em tramitação no Ministério Público são públicos e de livre acesso à exceção de informações cobertas pelo sigilo. <i>Emerson Garcia</i> .....	247
Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ. Parecer sobre a legalidade dos Decretos nº 10.046/2019 e 10.047/2019 em face das normas que disciplinam os direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. <i>Lucia Maria Teixeira Ferreira</i> .....	257
Processo Administrativo MPRJ nº 2016.0064940. Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais. As Promotorias de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem atribuição tão somente fiscalizadora dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e	

familiar. Inteligência dos arts. 1º e 2º, *caput*, ambos da Resolução GPGJ nº 2097/2017. Atribuição residual do órgão suscitado para atuar no caso versado, na forma do previsto no art. 2º, I da Resolução GPGJ nº 1173/2003 ajustado ao art. 1º da Portaria Conjunta nº 1/2016/PJTCSG. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, seja declarada a atribuição da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo para prosseguir oficiando no feito.  
*Marlon Oberst Cordovil* .....291

## Peças

Ação Penal Originária. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e Direitos Humanos. Ação penal ajuizada em face de vereador. Inconstitucionalidade superveniente da prerrogativa de foro prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Linha evolutiva restritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prerrogativa de foro.  
*Tulio Caiban Bruno* .....301

## Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória ..... 317  
 Programa Personalidades do MPRJ – Cidadania em destaque ..... 319

## Jurisprudência

### Supremo Tribunal Federal

#### Jurisprudência Criminal

*Habeas Corpus* nº 111.278 / Minas Gerais. *Habeas Corpus*. Furto qualificado. Sistema de vigilância. Súmula 567 do STF. Inadequação da via eleita. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. 2. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício. 3. Incidência da Súmula 567 desta Corte, segundo a qual o “Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”. *Habeas Corpus* não conhecido.  
*Primeira Turma, 10/04/2018.* .....355

*Habeas Corpus* nº 144.161 / São Paulo. *Habeas corpus*. 2. Importação de sementes de maconha. 3. Sementes não possuem a substância psicoativa (THC). 4. 26 (vinte e seis) sementes: reduzida quantidade de substâncias apreendidas. 5. Ausência

de justa causa para autorizar a persecução penal. 6. Denúncia rejeitada. 7. Ordem concedida para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau. *Segunda Turma, 11/09/2018.*..... 361

## Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 553 / Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Vinculação de receitas tributárias a fundo destinado a Projetos de desenvolvimento de pequenas e médias Empresas. § 1º do art. 226 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual. Alegação de contrariedade aos arts. 158, 159, 165, § 8º, 167, inc. IV, e 212 da Constituição da República. Exaurimento dos efeitos da regra posta no art. 56 do ADCT da Constituição Estadual. Procedência do pedido quanto ao § 1º do art. 226 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. *Plenário, 13/06/2018.*..... 371

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

*Habeas Corpus* nº 100.002 / São Paulo (2008/0027234-1). *Habeas Corpus*. Roubo circunstanciado. Regime fechado determinado com base na gravidade em abstrato da conduta delitosa e na existência de outras Ações penais em curso. Fundamentos inadequados. Súmulas 718 e 719 do STF e 440 e 444 do STJ. Regime semiaberto. Ordem concedida. *Quinta Turma, 21/09/2010.*..... 403

*Habeas Corpus* nº 478.645 / Rio de Janeiro (2018/0299828-0). Processo penal. *Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo majorado. Rejeição da denúncia. Recurso em sentido estrito ministerial provido. Reconhecimento de justa causa para Ação Penal. Suspeição do Magistrado *ex officio*. Impedimento e suspeição. Rol taxativo. Interpretação extensiva. Impossibilidade. Constrangimento ilegal configurado. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício. *Quinta Turma, 28/05/2019.*..... 413

### Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.608.005 / Santa Catarina (2016/0160766-4). Recurso Especial. Direito de Família. União homoafetiva. Reprodução assistida. Dupla paternidade ou adoção unilateral. Desligamento dos vínculos com doador do material fecundante. Conceito legal de parentesco e filiação. Precedente da Suprema Corte admitindo a multiparentalidade. Extrajudicialização da efetividade do direito declarado pelo precedente vinculante do STF atendido pelo CNJ. Melhor interesse da criança. Possibilidade de registro simultâneo do pai biológico e do pai socioafetivo no assento de nascimento. Concreção do princípio do melhor interesse da criança. *Terceira Turma, 14/05/2019.*..... 421

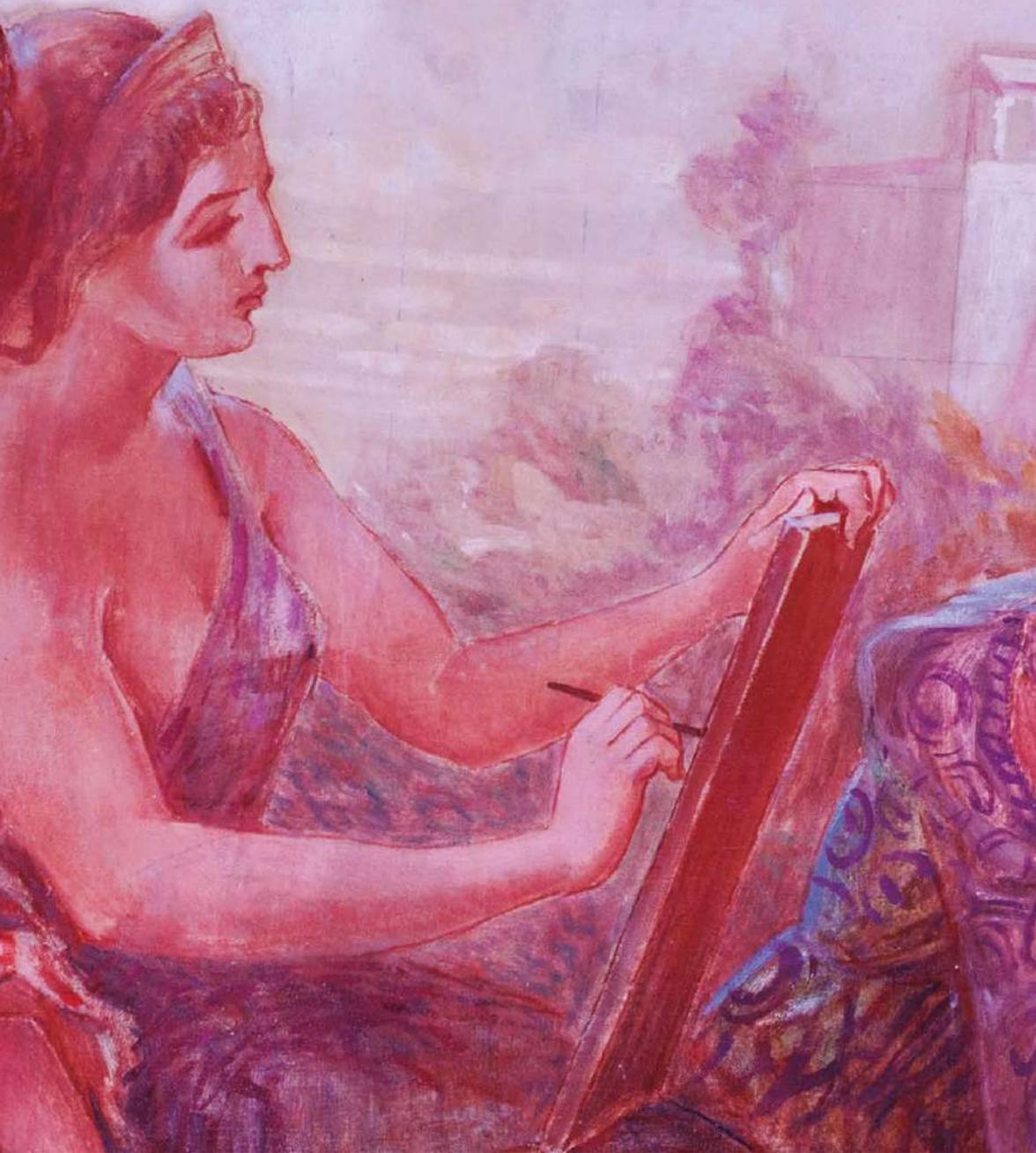
## **Noticiário**

MPRJ realiza sessão solene de posse de membro suplente do Órgão Especial.....	439
MPRJ realiza sessão solene de recepção de novo Procurador de Justiça .....	441
MPRJ empossa quatro novos Promotores de Justiça substitutos .....	445
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	451



Detalhe da imagem da capa

# Doutrina





# Neurociências e a imputabilidade penal do psicopata

## *Neurosciences and the psychopath's criminal responsibility*

Arthur Santana de Paulo\*

### Sumário

1. Introdução. 2. Breve histórico acerca da psicopatia. 3. A psicopatia à luz das Neurociências. 3.1. A neurobiologia das emoções. 3.2. O livre arbítrio e o Direito Penal do autor. 4. Conclusão. Referências.

### Resumo

No presente artigo, foram traçadas considerações acerca da superação de paradigmas proporcionada pelas neurociências no que tange à responsabilidade criminal dos indivíduos acometidos pela psicopatia. Com o avanço das pesquisas neurocientíficas, tem sido permitido inferir, através do mapeamento das funções cerebrais, que os indivíduos, identificados no passado como loucos, na realidade, possuem, tão somente, uma “programação” cerebral distinta dos padrões de normalidade. Essa nova perspectiva poderá impor uma reanálise da sistemática jurídica vigente, em especial, dos critérios de imputabilidade previstos no Código Penal Brasileiro, pois, nos moldes atuais, o enquadramento dos detentores de psicopatia – em imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis – se mostra insuficiente, tanto para ressocialização quanto para tratamento desses sujeitos.

### Abstract

*In the present article, considerations were made about the paradigm overcoming provided by the neurosciences, regarding the criminal responsibility of individuals affected by psychopathy. With the advancement of neuroscience, is possible to infer, through the mapping of brain functions, that individuals identified in the past as insane actually have, just a distinct brain 'programming' from the standards of normality. This new perspective*

---

\* Doutor em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, pela UFRJ. Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*required a review of the current legal system, in particular those provided for liability in the Brazilian Penal Code, because in the current form, the framework of patients stricken with psychopathy - in chargeable, semi-chargeable or non-chargeable - is insufficient, both for rehabilitation and for treatment of these subjects.*

**Palavras-chave:** Neurociências. Psicopatia. Direito Penal.

**Keywords:** *Neurosciences. Psychopathy. Criminal Law.*

## 1. Introdução

A segunda metade do século XX foi marcada por inúmeras transformações técnico-científicas correlatas ao âmbito das neurociências. Por meio de avançadas técnicas de neuroimagem e neurofisiologia, tornou-se possível a realização do mapeamento dos circuitos/regiões cerebrais correlatos às emoções como culpa, arrependimento, remorso, entre outros, de modo a promover uma compreensão neurológica das emoções (BUSATTO, 2006).

Como consequência desses avanços, imergiram sucessivos questionamentos acerca da interferência das emoções na tomada de decisões, de modo a se indagar acerca da existência de casos em que a autonomia do indivíduo poderia estar comprometida.

É nesse contexto que o trabalho em tela se insere, pois, a partir de tal indagação serão estudados os indivíduos acometidos pelo Transtorno de Personalidade Antissocial, em especial, os psicopatas, de modo a analisar, a partir das neurociências, se a legislação penal brasileira confere um tratamento adequado a esses sujeitos.

A escolha das pessoas acometidas pela psicopatia como objeto da presente investigação provém do fato de que tal condição abrange, segundo estudos, uma parcela significativa da população mundial, pois estima-se que cerca de 1% das pessoas no mundo sejam acometidas por esse tipo específico de Transtorno de Personalidade Antissocial (HARE, 1995).

Ademais, segundo estudos neurocientíficos, esse transtorno advém de uma disfunção no circuito integrado pelo córtex pré-frontal ventromedial – responsável pela empatia e culpa – e a amígdala, responsável pelo medo, ansiedade e controle da agressividade, de forma que, os indivíduos acometidos pela psicopatia, em relação ao demais, possuem um funcionamento deficitário nesse circuito / regiões (HARE, 1995).

Essas áreas, segundo Koenings e Colaboradores (2007), são fundamentais na realização de juízos morais, de modo que os indivíduos com determinadas alterações nesses locais tendem a realizar escolhas “*utilitaristas*”<sup>1</sup> quando submetidos a decisões morais complexas – tais como a opção por asfixiar um bebê para evitar o seu choro,

<sup>1</sup> Segundo BENTHAM, J. *Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.10. O princípio utilitarista estabelece que a conduta moralmente correta é a que proporciona a maior felicidade de todos aqueles cujos interesses estão em jogo.

visando salvar a vida de um grupo de pessoas escondidas de um eventual malfeitor – o que, por sua vez, difere das decisões realizadas pelas pessoas com funcionamento cerebral considerado normal.

A deficiência em atributos como a empatia, o afeto, o remorso e a culpa, faz com que esse grupo de pessoas apresente dificuldades de adequação às regras sociais, bem como para a realização de juízos morais, podendo influenciar, por conseguinte, a opção pelo cometimento ou não de uma infração penal.

Nesse sentido, a partir desses elementos trazidos pelas neurociências, os quais evidenciam uma série de limitações na tomada de decisão desses sujeitos, na segunda parte do presente trabalho, serão analisadas as reverberações dessas constatações no direito penal brasileiro.

Isso porque a sistemática penal vigente alicerça-se na noção de autonomia da pessoa como condição de punibilidade, a qual, nas palavras de Cezar Bittencourt, só haverá a punição do agente quando a responsabilidade penal “estiver embasada no livre-arbítrio, na culpa moral do cidadão. É indispensável a presença de uma vontade livre e consciente orientando a realização da conduta” (BITENCOURT, 2011, p.201).

Logo, para que um agente seja punido pela prática de uma conduta, faz-se necessária uma ação para que o agente tenha a capacidade de julgar o acerto ou equívoco de uma conduta, bem como de se comportar em conformidade com esse entendimento. Desta feita, mister se faz investigar a influência do transtorno de personalidade antissocial na autonomia dos psicopatas, de modo a aferir se o tratamento conferido pelo Direito Penal brasileiro a esses sujeitos é adequado.

Posto isto, nos tópicos a seguir, a presente investigação traçará considerações acerca deste transtorno ante as inovações trazidas pelos avanços nas neurociências, bem como suas reverberações no Direito Penal brasileiro, no que tange ao tratamento conferido aos psicopatas.

## 2. Breve histórico acerca da psicopatia

O conceito de psicopatia vem sendo alterado com o decorrer dos anos. Etimologicamente, o vocábulo advém da junção entre os radicais gregos *psykhé* (alma) e *pathos* (doença, sofrimento), de modo que o termo psicopatia, na acepção originária, designava as enfermidades da alma (ou, de outro modo, as doenças mentais).

Explicam Gonçalves e Soleiro (2007, p. 227) que tal definição é de grande complexidade, uma vez que nascera como sinônimo de “loucura” ou “de índole criminosa”. Posteriormente, como forma de evitar a ambiguidade semântica entre problemas distintos, surgiram denominações mais específicas, tais como “perturbação de caráter” – definição deveras abrangente –, “perturbação de personalidade antissocial”, “perturbação de personalidade dissocial” e “sociopatia”. No entanto, tais nomenclaturas eram, igualmente, inapropriadas por representarem apenas características comportamentais associadas a elas.

Assim, na atualidade, psicopatia e loucura são vocábulos que indicam situações completamente distintas, reconhecendo-se, entretanto, que tal diferenciação somente ocorreu após grandes esforços dos pesquisadores, cujos principais nomes veremos a seguir.

A abordagem científica da temática ora discutida se inicia com as contribuições do psiquiatra francês Philippe Pinel, o qual, em 1801, estabeleceu diferentes espécies de alienações mentais, sendo elas: a “melancolia, a mania sem delírio, a mania com delírio, a demência e o idiotismo” (PINEL, 2007, p.174). Para Pinel, a mania sem delírio era uma espécie de alienação, na qual o paciente não possuía alterações em seu entendimento, raciocínio, julgamento ou memória; entretanto, o portador era pouco afetuoso, impulsivo e violento, embora ausente qualquer tipo de delírio que justificasse tal comportamento (PINEL, 2007).

No interstício entre os séculos XIX e XX, surgiram diversos teóricos que aprofundaram os estudos acerca dessa temática tais como: o americano Rush (1812), com a inclusão da insensibilidade congênita como característica dessa alienação; o inglês Pritchard (1835), atribuindo-lhes a insanidade moral; o alemão Koch (1888), definindo-a como uma anomalia de caráter e o alemão Kraepelin (1896-1915) que introduziu o termo “personalidade psicopática” utilizado na atualidade (SOLEIRO, 2007).

Não obstante as contribuições realizadas por esses psiquiatras, foi Cleckley que, em 1941, na obra “A Máscara da Insanidade”, sistematizou as principais peculiaridades existentes em seus pacientes, de modo a viabilizar seu diagnóstico.

Tais contribuições foram de grande importância, uma vez que deram subsídio ao psicólogo Robert D. Hare (HART, 2004) para a criação do *Psychopathy Checklist* (1980) e do *Psychopathy Checklist – Revised* (PCL-R, 1991, 2003), os quais, consistem em métodos que oferecem critérios universais para o diagnóstico da psicopatia.

A psiquiatra Hilda Morana (2004), responsável pela tradução e validação desta escala no Brasil, esclarece que, em virtude da ausência de meios semiológicos precisos e de recursos psiquiátricos fidedignos para constatar a frieza característica da condição de psicopatia, a escala Hare vem, através dos parâmetros destacados, balizar o diagnóstico a ser realizado pelo examinador e, por conseguinte, garante uma menor margem de subjetividade e de divergência no julgamento de pessoas em condições psiquiátricas análogas.

Por ser a “medida da psicopatia mais amplamente utilizada na atualidade” (HUSS, 2011, p.93) a escala Hare estabeleceu um método padrão para que os especialistas pudessem detectar esse transtorno e comparar seus resultados com outros estudos, proporcionando grandes avanços em relação ao entendimento desta condição. Tal feito não se fazia possível anteriormente, haja vista que cada pesquisa se fundava em critérios distintos de avaliação, dificultando a sistematização das eventuais descobertas. Ademais, os critérios constantes na tabela acima são bastante claros e objetivos, de modo a facilitar seu manuseio.

Por fim, destaca-se que a psicopatia está inscrita na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), sob o código F60.2, cuja nomenclatura utilizada pela Organização Mundial da Saúde (2015) é Transtorno de Personalidade Dissocial.

Ademais, segundo o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), atualmente, em sua quinta edição – publicado em 2013 e traduzido para a língua portuguesa em 2014 – os portadores de distúrbios de personalidade antissocial podem ser identificados com base nas seguintes características:

- 1) Egocentrismo; 2) Individualismo e antiética; 3) Ausência de empatia; 4) Ausência de relacionamentos íntimos, uma vez que são incompatíveis com seu estilo de vida parasita; 5) Eloquência e manipulação; 6) Ausência de culpa ou remorso; 7) Desonestidade e fraude; 8) Agressividade, irritabilidade e vingança; 9) Tédio e comportamento imprudente; 10) Impulsividade e ausência de planejamento a longo prazo; 11) Irresponsabilidade e descumprimento de acordos. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p.764)

O histórico supracitado demonstra, ainda que de modo sintético, que, a partir do século XIX, ocorreram diversos avanços que proporcionaram o entendimento das principais peculiaridades desses distúrbios de personalidade, possibilitando o diagnóstico desta condição e a consequente individualização de seus portadores. Tal alegação pode ser facilmente comprovada com a simples constatação de que esses sujeitos, antes vistos como “loucos” ou “criminosos”, são, na verdade, portadores de um transtorno de personalidade.

Todavia, não obstante o progresso existente nesta seara, no Brasil, tais avanços custaram a emergir. A título de exemplo, podemos citar o Decreto nº 24.559 de 1934, que dispunha sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas. Esse dispositivo legal, que fora revogado somente em 1990, ainda utilizava a terminologia “psicopata” para se referir a todo e qualquer doente mental.

Desta feita, ainda é comum nos depararmos com julgamentos em Tribunais, bem como com textos científicos, utilizando o termo “psicopatia” em alusão a toda enfermidade de natureza mental o que, por sua vez, dificulta a demonstração do objeto deste trabalho, qual seja a desconformidade da legislação penal brasileira em relação aos portadores do transtorno de personalidade antissocial.

Posto isto, realizadas as considerações iniciais acerca dos principais aspectos histórico-conceituais acerca da psicopatia, passa-se à análise dos avanços trazidos pelas Neurociências aos indivíduos acometidos por esses transtornos de personalidade.

### 3. A psicopatia à luz das Neurociências

Conforme visto no tópico anterior, concomitantemente à evolução dos conceitos de psicopatia, surgiram métodos para diagnosticar esse transtorno, sendo o principal o PCL-R (*Psychopathy Checklist – Revised*), criado pelo psiquiatra Robert Hare.

Tais métodos têm sido de grande relevância, uma vez que possibilitaram a caracterização de um grupo de indivíduos diferentes da coletividade; todavia, ainda que fossem criados parâmetros objetivos para a identificação desses indivíduos por meio dessas escalas, a forma, o funcionamento e as causas dessa anormalidade permaneciam uma incógnita dentre os pesquisadores da área.

Ademais, embora o *checklist* seja o instrumento “mais amplamente utilizado, em diversos países, no contexto forense” (MORANA, 2004, p.41), para diagnosticar o distúrbio, em virtude do predomínio da subjetividade do examinador na pontuação dos vinte quesitos que aferem a existência da psicopatia, a sentença judicial condenatória ou absolutória que, por ventura, for amparada nesse laudo será de grande fragilidade.

Assim, as neurociências teriam o condão de elucidar o entendimento dessa situação tão prejudicial à realização de juízos morais, de modo que, em conjunto com a tabela Hare, as avaliações médicas possuiriam uma margem de subjetividade reduzida e, por conseguinte, forneceriam um substrato probatório de menor refutabilidade para que o magistrado ampare seus julgamentos (GAZZANIGA, 2011).

A questão é que as neurociências poderiam auxiliar o diagnóstico da psicopatia. Nesse sentido, Morana salienta que os psicopatas são “tipicamente indivíduos manipuladores, eles podem tentar exercer um controle sobre sua própria fala durante a perícia, simular, dissimular, enfim, manipular suas respostas ao que lhe for perguntado” (MORANA, 2006, p.74).

Logo, se o avaliador não for perspicaz, o laudo médico aparado pelo PCL-R não refletirá a real gravidade em que se insere o paciente, de modo que “a mensuração dos processos cerebrais por neuroimagens deveria, pelo menos em teoria, fornecer um meio muito melhor para identificar os psicóticos” (GAZZANIGA, 2011, p.4). É possível, assim, que as neurociências sejam ferramentas capazes de garantir uma maior certeza no diagnóstico, bem como possibilitar um tratamento adequado aos portadores desses distúrbios de personalidade.

Destaca-se que a compreensão da neurobiologia das emoções se faz fundamental para a compreensão do transtorno de personalidade antissocial, uma vez que, para compreender “as razões da psicopatia é necessário tanto domínio da circuitaria neural que governa o comportamento interpessoal como também o entendimento das causas pelas quais esta circuitaria teria sido selecionada” (CALEGARO, 2010, p.138).

Tais estudos estão em constante desenvolvimento e, além das conquistas já citadas, acredita-se que, futuramente, serão implementadas inúmeras ferramentas – de bases neurocientíficas – para o diagnóstico da psicopatia. Essa afirmação é ratificada pela psiquiatra Ana Beatriz Barbosa (2010), a qual salienta que a neuroimagem é

uma técnica bastante precisa no diagnóstico da personalidade antissocial, embora, hodiernamente, sua utilização se restrinja à pesquisa.

Posto isto, passa-se à análise dos aspectos – ora conhecidos – atinentes ao funcionamento cerebral do psicopata. Para a revisão da literatura utilizou-se, como aporte teórico, artigos constantes nas bases de dados Scielo, Scopus e Pubmed, que relacionam psicopatia, neurociência e crime, bem como a literatura especializada no tema.

Cumprе salientar que, para a investigação a seguir, utilizaremos como referencial teórico a teoria funcionalista da consciência, a qual, segundo Tourinho (2012), a distinção conceitual entre o cérebro – estabelecido como uma estrutura física – e a mente, entendida como o conjunto de funcionalidades cerebrais. Nesse sentido, “nosso cérebro seria, para esta abordagem, uma espécie de ‘computador’ e nossa consciência um certo tipo de software, rodando em nosso cérebro” (TOURINHO, 2012, p. 530).

Tal teoria é de suma importância para este trabalho, uma vez que as principais doutrinas que abrangem esse tema são as teorias subjetivas, as teorias reducionistas materialistas e as teorias reducionistas funcionalistas.

Porém, se adotarmos um viés subjetivista, a análise neurobiológica do cérebro do psicopata seria inócua, uma vez que essa teoria parte do pressuposto de que os estados mentais conscientes “são estados intrinsecamente subjetivos (inanalisáveis, indecomponíveis, não relacionais etc.) e, portanto, irredutíveis a qualquer definição e explicação de caráter científico” (TOURINHO, 2012, p. 545). Logo, a perspectiva de demonstrar uma anormalidade funcional no cérebro dos portadores de psicopatia seria inviável ante a impossibilidade de estudarmos as diferenças neurobiológicas e as implicações no processo decisório desses indivíduos. Ou seja, o – suposto – conhecimento obtido não seria generalizável.

Já a teoria reducionista materialista estabelece que os “estados mentais sejam estados físicos do cérebro. Quer dizer, presume-se, nesta abordagem, que cada tipo de estado ou processo mental seja idêntico a algum tipo de estado ou processo físico cerebral” (TOURINHO, 2012, p. 545). Desta feita, propõe-se que a concepção de mente seja redutível à definição – material – de cérebro. Todavia, tal perspectiva vai de encontro à nossa linha de pesquisa, uma vez que, conforme veremos nos tópicos a seguir, adotamos a tese de que é possível que algumas de nossas decisões sejam tomadas de modo inconsciente, sem que tenhamos qualquer ingerência nesse processo decisório (SOON, 2008). Logo, caso defendamos a identidade mente-cérebro, essa possibilidade inexistiria, uma vez que, neste caso, o processo decisório e a respectiva consciência seriam únicos e concomitantes. Portanto, entendemos que a teoria reducionista funcionalista é a mais apropriada para os estudos em tela. Feito isto, passa-se à análise da neurobiologia das emoções aplicadas à psicopatia.

### 3.1. A neurobiologia das emoções

A concepção do cérebro como o centro das emoções advém da Grécia antiga. De fato, para Alcmeon de Crotona (500 a.C.), o cérebro é a sede da razão e dos

sentidos (CASTRO, 2011). Tal percepção foi adotada e posteriormente desenvolvida por Hipócrates (460 a.C.), que considerava o cérebro como “a sede do julgamento, das emoções e de todas as atividades do intelecto, assim como a causa dos transtornos neurológicos, tais como espasmos, convulsões e desordem da inteligência” (CASTRO, 2011, p. 802), distinguindo-se, portanto, dos teóricos que defendiam o coração como o centro do corpo humano, tais como Empédocles e Aristóteles, o qual “considerava o coração como sede da ‘alma’, das emoções e do intelecto” (CASTRO, 2011, p. 802).

Destaca-se que o cérebro era considerado por Aristóteles o segundo órgão mais importante do corpo humano, cuja função precípua seria a de regular sua temperatura (FINGER, 2000). Ademais, refutava a premissa encefalocentrista sob o argumento de que “animais primitivos têm a capacidade do movimento e da sensação, embora não possuam cérebros” (FINGER, 2000, p.36). Apesar das conjecturas aristotélicas, foi a obra *Timeu* de Platão que, retomando a perspectiva hipocrática (CANGUILHEM, 2006), foi a responsável por influenciar os principais teóricos sobre o assunto durante a idade média (CASTRO, 2011). Vejamos um trecho da obra que ratifica sua posição acerca das funções cerebrais, entendendo-se o cérebro como sede da *psykhe* (SIQUEIRA-BATISTA, 2012):

Para imitar o formato do universo circular, amarraram as duas revoluções divinas num corpo esférico, o qual, atualmente, chamamos de cabeça, sendo esta a parte mais divina e que governa tudo o que está em nós. Os Deuses então reuniram o resto do corpo à cabeça, a fim de que realize os movimentos por ela ordenados e lhe sirva como meio de transporte. (PLATÃO, 1992, p. 193) (tradução livre)

Com base neste breve histórico, podemos perceber que o funcionamento cerebral sempre foi alvo de indagações. Ademais, apesar da sucumbência da teoria cardiocentrista para a perspectiva encefalocentrista, a tese aristotélica influenciou inúmeros autores, tais como Shakespeare que, já no século XVI, ainda compartilhava do entendimento de que o coração possuía ingerência nas emoções. Vejamos o trecho de o Mercador de Veneza, no qual, segundo Finger (2000, p. 37), corrobora essa afirmação: “Diga-me onde nasce a fantasia: no coração ou na cabeça?”.

Tais questionamentos persistiram por séculos, até que na modernidade – e, de forma ainda mais prolífica, na contemporaneidade – se estabeleceram subsídios para estudos empíricos acerca da origem das emoções. Com efeito, no que concerne aos julgamentos morais e a respectiva área de processamento, temos, como paradigma, o caso de Phineas Gage (DAMASIO, 2012), 25 anos, empregado da companhia Rutland & Burlingt, cuja função era a de chefiar um grupo de homens no processo assentamento dos trilhos da ferrovia através de Vermont.

Apesar de jovem, era bem sucedido profissionalmente, sendo apelidado de “homem mais eficiente e capaz”, uma vez que possuía grande destreza física, astúcia e concentração – requisitos essenciais para o trabalho que exercia. Todavia, por um

descuido na explosão de uma rocha que impedia a passagem da ferrovia, Gage teve sua face esquerda e crânio atravessados por uma barra de ferro de um metro de comprimento e três centímetros de diâmetro que fora, por ela, propelida.

Segundo o Damásio (2012), apesar do acidente, a vítima se recuperou fisicamente e, sem qualquer sequela, de todas as lesões, tendo apenas perdido a visão do olho esquerdo. Porém, apesar de fisicamente normal, o jovem, que era responsável, trabalhador, metódico, honesto e equilibrado, tornou-se irresponsável, impulsivo, vulgar e irritadiço.

Tal alteração foi tão manifesta que os amigos do jovem diziam que “Gage não é mais Gage”. Ademais, pouco tempo após regressar para seu antigo emprego, foi demitido sob o argumento de que, apesar de fisicamente normal, seus empregadores “consideravam a alteração de sua mente tão acentuada que não lhe podiam conceder seu antigo lugar” (DAMASIO, 2012, p.19).

Esse caso foi de grande importância para o estudo das emoções, uma vez que, com os diversos avanços tecnológicos nas pesquisas neurológicas, confirmou-se a tese de que o cérebro é composto de sistemas especializados, os quais são formados por várias unidades interligadas que trabalham em contribuição com seus diversos componentes. Além disso, não são permutáveis, pois suas funções são estabelecidas de acordo com as respectivas alocações no sistema (DAMASIO, 2012).

Cerca de um século após a morte de Gage, por meio da reconstrução computadorizada de seu cérebro, constatou-se que a barra de ferro havia danificado a região dos córtices pré-frontais, a qual, atualmente, sabe-se ter participação na tomada de decisão, adequação social e controle emocional (DAMASIO, 2012).

Diversas pesquisas científicas no intuito de mapear a origem das emoções vêm sendo realizadas, de modo que Esperidião-Antônio e colaboradores (2008) promoveram uma revisão bibliográfica das principais obras sobre a temática ora discutida. Em seu trabalho, os autores sistematizaram as principais estruturas cerebrais, inclusive as desprovidas de relação com as emoções, e foram descritas as respectivas funções.

Trazendo as informações constantes nesta investigação para o estudo da psicopatia, é possível inferir que a dificuldade na realização de juízos morais, a agressividade, impulsividade, ausência de medo e problemas em relação à tomada de decisões estão fortemente relacionadas com as áreas pré-frontal, amígdala e hipotálamo (ESPERIDÃO-ANTÔNIO, 2008).

Tal alegação caminha em consonância com as ideias de James Fallon (2013), um neurocientista estadunidense que, acidentalmente, durante uma pesquisa acerca da presença de Alzheimer em sua família, descobriu que o funcionamento de sua mente era análogo ao de um psicopata. Explica o autor que, nos psicopatas, o sistema límbico apresenta um déficit de funcionamento, principalmente, nas regiões do córtex orbito frontal (COF), do córtex pré-frontal ventromedial (CPFVM), das amígdalas, da ínsula, bem como do cíngulo e dos córtices para-hipocámpais que, por sua vez, visam à conexão do córtex pré-frontal e a amígdala.

Resultados semelhantes foram descritos por Raine (2006, p.278), o qual destaca que “as principais áreas do cérebro que têm mostrado anormalidade em indivíduos antissociais incluem o córtex pré-frontal, o córtex temporal, o complexo amígdala-hipocampo, o corpo caloso e o giro angular”.

Os neurocientistas brasileiros Jorge Moll Neto e Ricardo Oliveira obtiveram conclusões semelhantes ao comparar o funcionamento cerebral dos portadores de psicopatia com os não portadores, quando submetidos à juízos morais. Nesse sentido, Oliveira-Souza destaca que:

[a]s imagens mostram que há pouca atividade nas estruturas cerebrais ligadas às emoções morais e às primárias e um aumento da atividade nos circuitos cognitivos. Ou seja: os psicopatas comunitários, assim como os clássicos, funcionam com muita razão e pouca emoção. (OLIVEIRA-SOUZA, 2004, p.1)

Outra constatação bastante interessante – realizada por Fallon (2013) – provém do fato de que, embora haja um funcionamento deficiente na região pré-frontal dos psicopatas, há, como compensação, um normal ou até extraordinário emprego da região dorsal, de modo que, sem o incômodo da consciência e empatia – descritos como *hot cognition* –, o planejamento frio e execução de comportamentos predatórios – descritos como *cold cognition* –, torna-se afinado e convincente. É desta forma que esses indivíduos conseguem ser concomitantemente frios, calculistas e eloquentes.

Raine (2013, p. 114), por sua vez, atribui a eloquência, a manipulação e a facilidade de comunicação dos portadores do transtorno de personalidade antissocial ao corpo caloso – área cuja finalidade é interligar as regiões cerebrais –, ao constatar que há um maior volume e quantidade desta estrutura nesses indivíduos. Assim, diferenciando esses indivíduos da maioria das pessoas, apõe que:

[o] grande responsável processamento de linguagem é fortemente lateralizado para o hemisfério esquerdo, em psicopatas, é mais uma mistura de ambos os hemisférios. Pode ser por isso que eles parecem ser tão hábeis em suas habilidades verbais, pois eles têm dois hemisférios – não um – que podem utilizar para o processamento da linguagem.

Outra peculiaridade neurobiológica dos portadores de psicopatia provém da diferença entre o padrão de funcionamento cerebral de alguns criminosos (FALLON, 2013) – tais como assassinos impulsivos – e o do portador de psicopatia, haja visto que, os primeiros, possuem, em regra, um déficit de funcionamento em áreas cerebrais pontuais; já nos psicopatas, todo um sistema relativo às emoções estava comprometido.

Ademais, Adrian Raine, em sua obra *A Anatomia da Violência* (2013), ao realizar a imagiologia cerebral de uma grande amostra de assassinos, posicionou-se em consonância com os dizeres de Fallon. Em seu trabalho, Raine destaca que a análise comportamental dos indivíduos tipicamente violentos não se pode restringir ao exame de imagem, uma vez que tal natureza pode ser proveniente de fatores sociais ou ambientais.

A título de exemplo, compara duas tribos indígenas arcaicas – os Kung Bushmen (deserto sul-africanos) e os Mundurucu (floresta amazônica) – as quais, em virtude, respectivamente, da escassez e abundância de alimentos, bem como da inospitalidade do primeiro, seus habitantes possuem traços de personalidade bastante distintos (RAINE, 2013). Na tribo Kung Bushmen os habitantes, via de regra, são cooperativos, altruístas, a caça é conjunta, diferindo, da tribo brasileira que – ante a disponibilidade de alimentos e a conseqüente facilidade de sobrevivência –, são competitivos, manipuladores e violentos, o que, por sua vez, favorece indivíduos com personalidade psicopática.

Raine toma o cuidado de analisar assassinos pontuais, assassinos em série, assim como se são provenientes de ambientes familiares desestruturados – “*bad home*” – ou estruturados – “*good home*” –, os quais, sem qualquer motivo aparente, optaram pela violência, bem como a transgressão das normas sociais – o que, segundo o autor seria, provavelmente, um comportamento advindo de um “mau cérebro” (RAINE, 2013).

Desta forma, a pergunta que se faz é a seguinte: os indivíduos com um “mau cérebro”, nos quais se incluem os portadores da psicopatia, gozam do livre arbítrio? É ético realizarmos critérios de culpabilização análogos aos das pessoas com funcionamento cerebral normal? Tais questionamentos serão abordados no tópico a seguir.

### 3.2. O livre arbítrio e o Direito Penal do autor

Inicialmente, cumpre salientar que as respostas das questões propostas no tópico anterior transcendem à seara das neurociências, uma vez que abrangem questões filosóficas como o livre arbítrio o que, por sua vez, é igualmente alvo de inúmeras discussões jurídicas.

No que tange ao aspecto jurídico, é importante salientar que no Direito brasileiro, para que uma pessoa seja punida pela prática de uma infração penal, faz-se necessária a existência de imputabilidade penal. Segundo Fragoso (1995, p.197) “imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”. Mirabete (2006, p.207) complementa essa definição nesse sentido:

Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade

psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade.

Com base nas considerações supracitadas, pode-se perceber que o conceito de imputabilidade penal se baseia em elementos que se relacionam com a sanidade mental, o entendimento da ilicitude, bem como a capacidade de o indivíduo se determinar em conformidade com esse entendimento.

Tal capacidade é uma concepção que tem significativa filiação teórica com a ideia de autonomia, temática bastante cara ao debate filosófico contemporâneo, cujo conceito – segundo Siqueira-Batista e Schramm (2013, p.195) – se aproxima das noções de “livre arbítrio, livre vontade, ou livre escolha”.

Nesse sentido, a prática de uma conduta perpetrada por um agente que não dispõe de entendimento acerca da ilicitude ou que seja incapaz de se autodeterminar em conformidade com esse entendimento, em tese, segundo o Direito Penal brasileiro, poderia, em último caso, inclusive não ser punível, se comprovada a ausência de autonomia/ livre arbítrio desse sujeito.

É esse o contexto em que o presente trabalho se insere, uma vez que, se comprovado, a partir das descobertas introduzidas pelas neurociências, que os psicopatas – em virtude de um funcionamento cerebral diferenciado – possuam limitações em sua autonomia, tais indivíduos, dependendo do caso, poderão até mesmo ser absolvidos pela prática de eventuais delitos.

Isso ocorre pois o Direito Penal brasileiro visa coibir as condutas ilícitas praticadas por agentes que, de forma livre e consciente, optaram por realizá-las. Assim, se comprovada a inexistência de livre arbítrio – ou severas limitações ao seu exercício – o indivíduo não poderá ser punido; caso contrário, o Direito deixará de punir o indivíduo, em virtude de uma conduta ilícita, passando a puni-lo, tão somente, pelo fato de ser portador de um sistema cerebral distinto do padrão estabelecido como o de normalidade, ou seja, pune-se o agente por ter uma “mente criminosa”, independente de sua capacidade de autodeterminação.

Tal sistema punitivo é conhecido por “Direito Penal do autor”, sendo repudiado pelo sistema penal brasileiro, uma vez que tem por escopo culpabilizar não os atos estabelecidos como ilícitos, mas sim os indivíduos, em virtude de sua potencial periculosidade. O sistema aplicado no Brasil é o “Direito Penal do fato”, no qual o juízo de reprovabilidade necessário à punição do agente é realizado sobre a conduta e não sobre o indivíduo.

Rogério Greco (2001, p.383) ressalta “que direito penal exclusivamente do autor é um direito intolerável, porque não se julga, não se avalia aquilo que o homem fez, mas, sim, o que ele é”. Ademais, em alusão à Claus Roxin, diferencia o Direito Penal do autor e o Direito Penal do fato. Vejamos:

(...) por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antisocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção. (ROXIN, p.176-177)

Mota (2013, p.1) elenca as peculiaridades dos sistemas que adotam o Direito Penal do autor. Vejamos:

Nesse sentido, o delinquente deveria ser punido ou neutralizado, porque, em sua pessoa, apresentava um perigo à sociedade. A punição era utilizada como meio de defesa social. Se se pudesse perceber que a pessoa era criminoso tão logo já se poderia castigar, sem ao menos esta cometer qualquer delito. Assim, surge o denominado tipo de autor no qual a criminalização é definida pela personalidade, não pela conduta. Nessa linha de pensamento, era possível punir a pessoa pelo que era, antes mesmo de ela praticar qualquer conduta que violasse algum bem jurídico protegido. A sanção é em cima do estereótipo do indivíduo e não do que ele realizou, mas também pode recair em cima de outros aspectos, como da prática sucessiva de crimes, por exemplo, quando, a partir daí, o indivíduo é considerado como se biologicamente tivesse nascido para cometê-los.

Assim, apesar de a questão acerca da inexistência do livre arbítrio ainda ser considerada controvertida, em virtude de sua incipiência, tais elementos podem ser trazidos para a temática da psicopatia, uma vez que, neste caso específico, existem inúmeros estudos que demonstram um funcionamento cerebral deficitário dos indivíduos acometidos por esse distúrbio em relação aos julgamentos morais, o que por sua vez, prejudica seu processo decisório e, por conseguinte, abstrai sua faculdade de se autodeterminar.

Logo, acredita-se que a punição do psicopata de modo análogo à dos demais jurisdicionados ou sua submissão a medidas de segurança ou de internação compulsória, tão somente, com base em um juízo abstrato de periculosidade, nada mais é do que uma reafirmação do enjeitado Direito Penal do autor.

Assim, diante dos elementos apresentados e à luz das novas perspectivas trazidas pelas neurociências, é imprescindível que haja um aprofundamento nos estudos acerca da eventual limitação de autonomia das pessoas acometidas pela

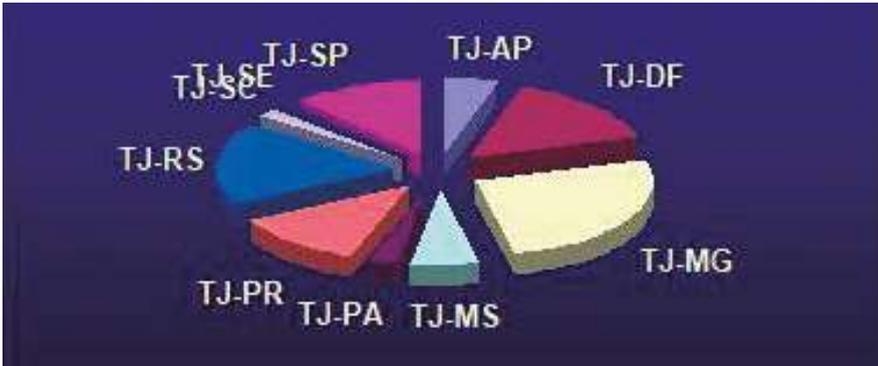
psicopatia, sob pena de se promover uma excessiva e discriminatória lesão aos direitos fundamentais desses sujeitos, ante sua condição diferenciada.

No estado da arte do Direito brasileiro, a psicopatia representa um limbo jurídico ainda a ser preenchido, visto que, ante a ausência de um conhecimento preciso acerca das limitações a que essa condição implica nos indivíduos que são por ela acometidos, a doutrina e a jurisprudência divergem acerca do enquadramento jurídico desses sujeitos. Bitencourt (2011, p. 1046) estabelece que o portador da personalidade psicopática deve ser tratado como semi-imputável, pois esses estados “afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la”. O autor conclui que sua culpabilidade é diminuída em virtude da dificuldade de “valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade”. Jesus (2011), por sua vez, não aprofunda o tema, restringindo-se a mencionar que esses indivíduos possuem a responsabilidade diminuída, a qual, por sua vez, caracteriza a semi-imputabilidade.

Em sentido oposto, Nucci (2011, p.310) esclarece que as personalidades antissociais “não são consideradas doenças mentais, razão pela qual não excluem a culpabilidade, por não afetar a inteligência e a vontade”. O autor alerta que, por ser uma situação limítrofe, tanto o juiz quanto o perito devem ter muita cautela em relação a esses indivíduos visto que “não chegam a constituir normalidade, já que se trata de personalidade antissocial, mas também não caracterizam a anormalidade a que faz referência o art. 26”.

Apesar da existência de divergências doutrinárias sobre o enquadramento legal da psicopatia, o maior problema – conforme será visto a seguir –, está nas decisões judiciais em que, diante do caso concreto, há uma manipulação de institutos jurídicos, a fim de maximizar o cárcere desses sujeitos e corresponder à comoção social com seus anseios de vingança.

Assim, realizou-se, através do banco de jurisprudências constantes no sítio “jusbrasil.com.br”, o levantamento dos julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça de todos os Estados brasileiros. Optou-se pela utilização da palavra chave “transtorno de personalidade antissocial”, haja vista que os termos “psicopata” e “psicopatia”, na maioria dos julgados, eram empregados em sentido amplo, referindo-se a toda e qualquer tipo de enfermidade mental ou ao apelido de uma das partes do litígio, de modo a prejudicar a investigação a que esse trabalho se propõe. Assim, inicialmente foram obtidos 108 resultados para a terminologia pesquisada, que se distribuem para os seguintes Estados: TJ-AP (5), TJ-DF (17), TJ-MG (28), TJ-MS (7), TJ-PA (3), TJ-PR (13), TJ-RS (19), TJ-SC (2), TJ-SE (1), TJ-SP (13).



Assim, procedeu-se ao estudo, por amostragem, dos julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, haja vista a existência de um número razoável de decisões sobre o tema, bem como em virtude da variedade de posições acerca do tratamento dado ao portador da psicopatia.

Em relação ao Distrito Federal, desconsiderando os resultados repetidos e sem pertinência com o tema, dos 17 resultados restaram 6, os quais, na Apelação Criminal nº 2004.01.1.015447-3, o juízo entendeu a psicopatia perturbação da saúde mental, de modo que o agente deveria cumprir a pena privativa de liberdade com a redução da pena, em virtude de sua semi-imputabilidade.

Na Apelação Criminal nº 2009 011002251-2, o tribunal se manifestou pela semi-imputabilidade do réu que cometera um ilícito tipificado como roubo, todavia, converteu sua pena em medida de segurança por tempo indeterminado sob argumento de que “o acusado é portador de psicopatia grave, de elevada periculosidade e que necessita de especial tratamento curativo, por prazo indeterminado, mediante internação em estabelecimento do qual não possa se evadir”.

Foi encontrado apenas um resultado afirmando a inimputabilidade do portador da psicopatia que, na Remessa de Ofício nº 2002.05.1.005819-9, constatou-se que o réu era portador do transtorno de personalidade antissocial e, por conta disso, teria “a diminuição das capacidades de entendimento e de autodeterminação”. O interessante deste julgado é que o Relator, sabendo do “limbo jurídico” existente acerca do prazo da medida de segurança, no qual, via de regra, os inimputáveis são submetidos a restrição de liberdade em caráter perpétuo, restringiu o prazo máximo desta medida à pena máxima em abstrato do homicídio cometido pelo réu, qual seja, 20 anos.

Já na Apelação Criminal nº 20070710031460, o réu – condenado em 26 anos e 3 meses pelo crime de atentado violento ao pudor em concurso com o crime de furto – teve sua tese de defesa, no qual alega sua inimputabilidade por ser portador da psicopatia, vencida. O tribunal argumenta, apesar de o incidente de insanidade

mental deixar certo que o réu é portador da psicopatia, tal transtorno de personalidade “não altera a culpabilidade” porque:

[s]eu autor entendia que praticava um ato ilícito (tanto que o fez às escondidas, subjugou e impediu a vítima de pedir socorro e/ou defender-se) e que mantinha o controle sobre seus impulsos e desejos que foram liberados no momento que julgou oportuno. Concluindo, trata-se de um indivíduo que mantinha íntegras as capacidades de entendimento e determinação em relação aos ilícitos que lhe são atribuídos. (fl. 24 – laudo)

Do mesmo modo, a Apelação Criminal nº 2001.01.1.099782-8 e a de nº 19.309/98, julgou que, apesar de ser portador do transtorno de personalidade antissocial, o réu teria a imputabilidade plena.

Cumpra salientar que essa compilação de julgados tem por finalidade demonstrar que não há uma unanimidade em relação ao enquadramento do portador da psicopatia nos critérios de imputabilidade. O que se observa é a aplicação de penas bastante severas às condutas perpetradas por esses sujeitos, de modo a afastá-los da sociedade – como é o caso dos três julgados acima em que se constatou a imputabilidade plena – ou a aplicação da medida de segurança, pelo máximo de prazo possível, visando à segregação desses indivíduos.

Além das situações supracitadas, ante a restrição do prazo máximo das medidas de segurança em trinta anos, os Tribunais vêm recorrendo à esfera cível para manter encarcerados os portadores de psicopatia. Assim, realizou-se outra pesquisa no banco de jurisprudências “jusbrasil.com.br” com as palavras chaves “transtorno de personalidade” e “interdição”, de modo que foram obtidos 26 resultados, nos Tribunais Superiores, sendo 2 no Supremo Tribunal Federal (STF) e 24 no Superior Tribunal de Justiça. Foram desconsiderados os julgados do STF por não guardarem pertinência com o tema deste trabalho.

Desses julgados, descontando os repetitivos e impertinentes, restaram quatro, que, por sua vez, ratificam a tese da possibilidade de interdição civil cumulada com a internação compulsória do portador da psicopatia. Entre eles está o *Habeas Corpus* nº 169.172, que versa sobre caso “Champinha” – objeto de grande repercussão nacional. Esse sujeito, aos dezesseis anos, praticou ato infracional análogo ao latrocínio e atentado violento ao pudor. Desta forma, por ser penalmente inimputável (menor de 18 anos), foi submetido à medida socioeducativa de internação em uma instituição para menores infratores.

Tal medida é resguardada pelo artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 –, o qual preconiza que “*em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos*”. Ademais,

após o cumprimento deste prazo, *adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida*”.

Todavia, ao término do período de internação, o Ministério Público Estadual ingressou com ação de interdição cumulada com a internação compulsória do jovem, a qual foi deferida sob argumento de que essa medida visa “*resguardar a vida do interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade*”. Alega que a interdição não tem caráter penal e nem é um prolongamento da medida socioeducativa anteriormente imposta, todavia, amparado por um laudo pericial que atesta a existência de um leve para moderado retardamento mental, bem como do transtorno de personalidade antissocial, ratifica o que fora decidido no acórdão impugnado:

O paciente, através de atitudes concretas, exauriu as suas tendências comportamentais nocivas a si próprio e às pessoas em geral, demonstrou que é realmente capaz de praticar as maiores atrocidades contra quem sequer conhecia, nenhum mal lhe fez, apenas teve a infelicidade de estar vulnerável em local desprotegido e ao seu alcance, ou seja, representa o paciente perigo iminente *erga omnes* e também corre o risco de acabar sendo gravemente ferido ou morto através de eventual reação bem sucedida de alguma de suas futuras vítimas.

Assim, atualmente, Champinha possui 28 anos e permanece internado, no que é chamado de Unidade Experimental de Saúde. Apesar de o julgador tomar os devidos cuidados em não demonstrar que o motivo para o rapaz ser mantido “protegido” em um hospital psiquiátrico não decorre do fato de ser portador do transtorno de personalidade antissocial, tal fator é determinante para o seu encarceramento.

Essa afirmação pode ser verificada através de um simples juízo de causalidade, de modo que, se “Champinha” tivesse cometido centenas de homicídios aos dezesseis anos, todavia, não fosse acometido pela psicopatia, é certo que, assim como inúmeros jovens que cometeram atos infracionais de maior gravidade, ele estaria solto após o cumprimento de sua medida socioeducativa. Logo, a manutenção da interdição decorre, tão somente, em um juízo abstrato de periculosidade.

Outrossim, observa-se que nos casos em que a medida de interdição civil é aplicada, tal aplicação sempre vem posteriormente ao “castigo”, nunca antes, de modo que, primeiro o indivíduo cumpre sua pena/medida socioeducativa integralmente e, somente após o cumprimento integral destas, que a medida na esfera cível é aplicada. Tal fato explicita que a perspectiva de julgador é, na realidade, a de em segregar esses indivíduos e não a de protegê-los, o que, em tese, seria a finalidade precípua do instituto da interdição civil.

O *Habeas Corpus* nº 135.271 comporta um caso bastante parecido ao de “Champinha”, no qual um adolescente cometeu dois homicídios, sendo submetido à

medida socioeducativa de internação e, ao término dos três anos previstos no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi interditado e internado compulsoriamente a pedido do Ministério Público.

Todavia, ao contrário do caso anterior em que o interditado também possuía um leve retardamento mental, nesse caso, o jovem era, tão somente, portador do transtorno de personalidade antissocial. Essa condição, segundo o laudo pericial anexado aos autos, faz com o paciente possa, “a qualquer momento, apresentar reações anormais com consequências gravíssimas na mesma magnitude dos atos infracionais praticados, sendo indicado tratamento psiquiátrico e psicológico em medida de contenção”. Deste modo, a periculosidade do portador de psicopatia é o único fator responsável por sua internação por prazo indeterminado. O mesmo ocorre no *Habeas Corpus* nº 130.155, em que o adolescente foi internado compulsoriamente, tão somente, por ser portador da psicopatia.

O quarto e último julgado é o Recurso Especial nº 1.306.687, no qual, o juízo *ad quo*, de forma acertada, negou o pedido de interdição cumulada com a internação compulsória de um portador de psicopatia, realizado pelo Ministério Público, com base no artigo 1767, I, do Código Civil brasileiro. O magistrado argumentou que o “instituto da interdição previsto neste diploma legal tem por finalidade auxiliar o interditando em seus atos da vida civil, nada tendo a ver com sua potencialidade de delinquir”. Além disso, sustenta que não é plausível encaminhar o interditando para um local destinado a deficientes mentais, pois, além de não ser o seu caso, tal internação é por prazo indeterminado. Por fim, conclui que o sistema penal brasileiro não admite tolher a liberdade de um indivíduo com base na potencialidade de vir a cometer um crime.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça reformou a sentença por considerar que o portador da psicopatia deve ter o enquadramento análogo ao dos “deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02)”, sendo, por conseguinte, passivo de interdição. Ademais, segundo a Relatora, a interdição – em hipóteses excepcionais, como é o caso dos psicopatas – não deve ser pautada, tão somente, na sua capacidade civil, de modo que os interesses do interditando devem ser compatibilizados com a proteção da coletividade. É deste modo que o Superior Tribunal de Justiça possibilita a restrição de liberdade dos portadores da psicopatia, na esfera cível.

Ressalta-se que, independente da natureza da constrição judicial que esses indivíduos vêm sofrendo, seja medida de segurança, medida socioeducativa de internação ou interdição civil cumulada com a internação compulsória, o fato é que, os portadores da psicopatia estão sendo mantidos encarcerados por prazo indeterminado, com base, tão somente, em uma potencialidade de delinquir.

Tais decisões teratológicas são inclusive ironizadas por Guilherme Nucci (2009, p.357), o qual discorre acerca desses procedimentos de interdição civil como meio de perpetuar a pena desses indivíduos, fazendo menção a um famoso caso de um homicida cometido pelo transtorno no Brasil alcunhado de “Chico Picadinho”. Vejamos:

A criatividade jurídica às vezes encontra soluções inesperadas. Para evitar a libertação do homicida conhecido por “Chico Picadinho”, face à aproximação do término da execução da pena privativa de liberdade, Promotores de Justiça da Capital (SP) pediram socorro ao Direito Civil: ajuizaram ação de interdição e, cautelarmente, requereram e obtiveram a internação judicial do homicida em casa de custódia e tratamento. A solução encontrada para o caso “Chico Picadinho”, ao que parece, poderá ser adotada em situações semelhantes. Pelo menos até o aparecimento de uma nova lei que também proíba a internação civil dos condenados que já cumpriram pena criminal. Ai, quem sabe, os penalistas solicitarão socorro ao Direito Comercial, depois ao Direito do Trabalho, ao Direito Tributário (...).

Tais medidas, de legitimidade controversa, são bastante perigosas, haja vista que, sob argumento de afastar o psicopata homicida da sociedade, realizou-se uma distorção jurídica para permitir seu encarceramento perpétuo, o que por si só já é eticamente indefensável.

O que se tem percebido é que a perspectiva de aplicar pena de privação de liberdade por tempo indeterminado – seja pela via da medida de segurança ou pela via da interdição civil – aos portadores desse transtorno tem sido progressivamente ampliada, de modo que, a distorção que foi criada para segregar um psicopata que cruelmente cometera crimes dolosos contra a vida, visando atender a comoção pública, tem sido utilizada de forma cada vez mais banalizada, como em casos de crime contra o patrimônio, conforme se verificou na Apelação Criminal nº 2009.011002251-2.

Diante disso, o que se teme é até que ponto serão utilizadas tais “racionalizações”, uma vez que a segregação se inicia com o homicida violento, passa para aquele que cometeu um roubo e, teme-se que passará a atingir todo e qualquer portador de psicopatia que cometa qualquer infração penal, bastando que durante a instrução penal, ele seja identificado como tal.

Assim, já havendo a possibilidade de afastar o indivíduo do convívio social sem maiores dificuldades apenas pela sua condição, o único óbice para mantê-los em “tratamento perpétuo” será o diagnóstico de transtorno de personalidade antissocial, o que, devido ao avanço das neurociências, é mais objetivo e eficiente.

#### 4. Conclusão

O presente trabalho não tem por objetivo exaurir a temática acerca da psicopatia. Busca, tão somente, demonstrar a complexidade da situação desses sujeitos frente às novas descobertas proporcionadas pelas neurociências.

Ainda há muito o que se descobrir acerca de neurobiologia das emoções, de modo que se esclareça a real interferência desse distúrbio na culpabilidade dessas

pessoas e que, por conseguinte, haja um tratamento adequado dessa condição no Direito Penal brasileiro.

A questão que ainda persiste é se esses avanços neurocientíficos servirão como um meio de auxiliar na garantia dos direitos fundamentais dessa minoria ou se, em sentido diametralmente oposto, contribuirão para incrementar o processo de segregação desses sujeitos, por meio de mecanismos como o enfeitado direito penal do autor.

## Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 764-765.

BARBOSA, Ana Beatriz. *Psicopatia é um modo de ser*. O Povo, 22 de maio de 2010. Disponível em: <http://abp.org.br/portal/clippingsis/exibClipping/?clipping=11793>. Acesso em: 26 maio 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Decreto 24559*, de 3 de julho de 1934. Diário Oficial da União – Seção 1 – 14/7/1934, Rio de Janeiro, RJ. p. 14.254. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24559impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559impressao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 20 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 135271*. MINISTRO SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 17/12/2013, T3 – TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870498/habeas-corpus-hc-135271-sp-2009-0082035-2-stj/inteiro-teor-24870499?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 169172*. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/12/2013, T4 – QUARTA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876561/habeas-corpus-hc-169172-sp-2010-0067246-5-stj/inteiro-teor-24876562>>. Acesso em 02 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 130155*. Relator: MINISTRO MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 04/05/2010, T3 – TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272263/habeas-corpus-hc-130155-sp-2009-0037260-7-stj/relatorio-e-voto-14304146?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1306687*. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/03/2014, T3 – TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244-776-9-stj/inteiro-teor-25054792>>. Acesso em: 02 maio 2019.

BUSATTO, Geraldo; ALMEIDA, Jorge Cardoso de; CERQUEIRA, Carlos Toledo; GORENSTEIN, Clarice. *Correlatos anatômico-funcionais das emoções mapeados com técnicas de neuroimagem funcional*. *Psicol.* vol.17. nº4. São Paulo: USP, 2006, p.135-157.

CALEGARO, Marco M. *Neurobiologia e evolução da psicopatia*. *Revista de Psicologia*, nº 2, 2010.

CANGUILHEM, Georges. *O cérebro e o pensamento*. São Paulo, vol. 8, nº 1, jun. 2006. Disponível em < [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-24302006000100006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302006000100006&lng=pt&nrm=iso) >. Acesso em: 02 maio 2019.

CASTRO, F. S., LANDEIRA-FERNANDEZ, J. *Alma, Corpo e a Antiga Civilização Grega: As Primeiras Observações do Funcionamento Cerebral e das Atividades Mentais*. 2011. p. 802. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722011000400021&script=sci\\_arttext#end](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722011000400021&script=sci_arttext#end). Acesso em: 10 maio 2019.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. *APR 2004.01.1.015447-3*. Relator: LUIS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 19/03/2009, 2ª Turma Criminal. Disponível em:< <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5427860/apr-apr-154472020048070001-df-0015447-2020048070001>>. Acesso em: 26 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *APR nº 20070710031460*. Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 17/04/2008, 1ª Turma Criminal. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6590403/apr-apr-31461820078070007-df-0003146-1820078070007/inteiro-teor-102050520> >. Acesso em: 26 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *APR nº 2009 011002251-2*, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 01/03/2012, 1ª Turma Criminal. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457935/apr-apr-992433020098070001-df-0099243-3020098070001-tjdf/inteiro-teor-110360423> >. Acesso em: 26 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *APR nº 2009 011002251-2*, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 01/03/2012, 1ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457935/apr-apr-992433020098070001-df-0099243-3020098070001-tjdf/inteiro-teor-110360423> >. Acesso em: 26 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *APR nº 1930998*. Relator: JOAZIL M GARDES, Data de Julgamento: 11/02/1999, 2ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3222216/apelacao-criminal-acr-1930998-df/inteiro-teor-101331937>>. Acesso em: 02 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *APR nº 20010110997828*. Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Data de Julgamento: 27/05/2004, 1ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4267721/apelacao-criminal-apr-20010110997828-df/inteiro-teor-101624184>>. Acesso em: 26 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *RMO n° 2002.05.1.005819-9*. Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Data de Julgamento: 30/06/2004, 1ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7299861/remessa-de-oficio-58196320028070005-df-0005819-6320028070005/inteiro-teor-102319626>>. Acesso em: 26 maio 2019.

ESPERIDIÃO ANTONIO, V.; MAJESKI-COLOMBO, M.; TOLEDO-MONTEVERDE, D.; MORAES-MARTINS, G.; FERNANDES, J. J.; ASSIS, M. B.; SIQUEIRA-BATISTA, R. *Neurobiologia das emoções*. Revista de Psiquiatria Clínica, vol. 35, 2008.

FALLON, James H. *The Psychopath Inside: A Neuroscientist's Personal Journey into the Dark Side of the brain*. New York: Penguin Group. 2013.

FINGER, S. *Minds behind the brain: A history of the pioneers and their discoveries*. New York: Oxford Press. 2000.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

GAZZANIGA, Michael S. *Neurociência no tribunal*. Scientific American Brasil. Ed. 108, maio. 2011. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/neurociencia\\_no\\_tribunal\\_4.html](http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/neurociencia_no_tribunal_4.html)>. Acesso em: 26 maio 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011.

HARE, RD. *Psychopaths: New Trends in Research*. The Harvard Mental Health Letter, 1995.

HART, S.D., COX, D.N., HARE, R.D. *Hare Psychopathy Checklist Screening Version (PCL:SV)*. MHS. 2004.

HUSS, Matthew T. *Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

KOENIGS M, YOUNG L, ADOLPHS R, TRANEL D, CUSHMAN F, HAUSE M *et al*. *Damage to the prefrontal cortex increases utilitarian moral judgments*. Nature. 446:908-11. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - parte geral*, 23ª ed. vol.1, São Paulo: Atlas. 2006.

MORANA, H. C. P. *Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

\_\_\_\_\_. *Psicopatas têm plena noção do que é certo e errado, diz psiquiatra forense*. G1, 08 de abril de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2011/04/psicopatas-tem-plena-nocao-do-que-e-certo-e-errado-diz-psiquiatra-forense.html>>. Acesso em: 23 maio 2019.

\_\_\_\_\_; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. *Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers*. Rev. Bras. Psiquiatr. São Paulo, vol. 28, supl. 2, p. s74-s79,

Oct. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)>. Acesso em: 26 maio 2019.

MOTTA, Alessandra Costa da Silva. *Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, nº 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13862&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13862&revista_caderno=3)>. Acesso em: 26 maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo de. *Psicopata: você conhece um*. *Época*, 21 de maio de 2004. Disponível em: [http:// http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG64487-6014,00.html](http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG64487-6014,00.html). Acesso em: 26 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*. Décima Revisão. Versão 2008. Volume I. Disponível em: <[www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2019.

PINEL, P. *Tratado médico-filosófico sobre a alienação mental ou a mania*. Porto Alegre: Editora da UFRGS. 2007.

PLATÃO. *Diálogos*. VI. (*Filebo, Timeo, Crítias*) Trad., intr. y notas de Maria A. Durán y Francisco Lisi. Madrid. Gredos. 1992.

RAINE, Adrian, and Yaling Yang. *The neuroanatomical bases of psychopathy. The handbook of psychopathy*. New York: The Guilford Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *The Anatomy of Violence: The biological Roots of Crime*. New York: Pantheon Books, 2013.

SIQUEIRA-BATISTA, R.; BATISTA, R. S.; SCHRAMM, F. R. As origens da Psykhe. In: Esperidião Antonio, V. *Neurociências: diálogos e interseções*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2012.

\_\_\_\_\_; SCHRAMM, Fermin Roland. *A Bioética e neurociências: os Designios da Moira*. vol. 195. Tempo Brasileiro, 2013.

SOEIRO, Cristina; GONCALVES, Rui Abrunhosa. *O estado de arte do conceito de psicopatia*. *Aná. Psicológica*. vol. 28, nº 1. 2010.

SOON, Chun Siong; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; HAYNES, John-Dylan; *Unconscious determinants of free decisions in the human brain*. 2008. Nature Publishing Group. Disponível em: <http://www.nature.com/natureneuroscience>. Acesso em: 20 maio 2018.

TOURINHO, C. D. C. A Filosofia da Mente Hoje. In: Esperidião, V. & Siqueira-Batista, R. (Org.). *Neurociências: diálogos e interseções*. vol. 1. 1ªed. Rio de Janeiro: Editora RUBIO, 2012.



# A Lei de Abuso de Autoridade: o tipo do art. 27 e a transição entre juízos de valor provisórios e definitivos

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O delineamento do indício. 2.1. Juízos de fato e de valor no processo de delineamento do indício. 3. A sindicabilidade do processo formativo do indício e o tipo do art. 27 da Lei nº 13.869/2019. 4. A necessidade de fundamentação da requisição e da instauração de investigação. Epílogo. Referências bibliográficas.

## 1. Aspectos introdutórios

A Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, dispôs sobre os crimes de abuso de autoridade, revogou o diploma normativo que até então tratava da temática, a Lei nº 4.898/1965, e ainda alterou outras leis. Ao tratar dos sujeitos ativos em potencial desses crimes, fez menção expressa aos membros do Ministério Público (art. 2º, VI), que podem ser enquadrados nos tipos penais ali previstos.

Antes de dispor sobre a tipologia das infrações penais que veicula, a Lei nº 13.869/2019 estabeleceu três elementares disjuntivas e uma excludente de ilicitude. As elementares foram veiculadas no §1º do art. 1º, exigindo-se, para a configuração do crime, que a conduta seja praticada (1) com a finalidade específica de prejudicar outrem; ou (2) com a finalidade de beneficiar a si mesmo ou a terceiro; ou (3) por mero capricho ou satisfação pessoal. A excludente, por sua vez, foi contemplada no §2º, sendo afastada a configuração do crime no caso de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, o que se mostra particularmente relevante para se evitar o surgimento do "*crime de hermenêutica*".

Na tipologia propriamente dita, além do elemento subjetivo do tipo, invariavelmente o dolo, acompanhado, ou não, do objetivo de alcançar uma finalidade específica, a Lei nº 13.869/2019 utiliza, em profusão, os denominados elementos normativos. É o que se verifica, por exemplo, com o seguinte tipo penal:

---

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

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Lê-se, no art. 27, *caput*, a menção “à falta de qualquer indício”. Nesse caso, é evidente o juízo valorativo a ser realizado pelo membro do Ministério Público ao analisar a presença de indícios para promover uma investigação. A questão a ser enfrentada diz respeito às situações em que o crime estará configurado, considerando a excludente de ilicitude do §2º do art. 1º, que afasta essa possibilidade na hipótese de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas.

Para identificarmos o real alcance desse preceito, é relevante analisarmos o processo formativo do indício, considerando os juízos de fato e de valor que lhe são característicos, e o seu potencial de sindicabilidade, em especial para fins de responsabilização penal.

## 2. O delineamento do indício

Na sistemática processual, o indício é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias. Na percepção de Nicola Framarino Dei Malatesta, o Mestre das Provas, trata-se de modalidade de prova indireta direcionada pelo raciocínio indicativo, à luz do princípio da causalidade<sup>1</sup>. O indício pressupõe a existência do fato indicante e do fato indicado, estando o último existencialmente vinculado ao primeiro.

O fato indicante consubstancia a coisa conhecida, aquela que deflagra o raciocínio do operador. A sua aptidão para provar a existência da coisa desconhecida, o fato indicado, é estabelecida pela natureza ou pelas regras de experiência, que permitem o surgimento da relação de causalidade entre o conhecido e o desconhecido. O fato indicante pode manifestar-se como fato interno da consciência ou fato externo do mundo: no primeiro caso, embora dê causa ao processo formativo da realidade, não se materializa nessa mesma realidade, o que permite a sua consideração à luz do elemento subjetivo do agir, mas compromete a sua eficácia probatória; no segundo caso, o do fato externo, tem-se uma “potência causativa”, presente na realidade, que pode estar associada a determinado efeito. A identificação do fato indicante é

<sup>1</sup> *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. I. Trad. de SILVERBERG, Waleska Giroto. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995, p. 213.

indispensável ao processo argumentativo de natureza probatória. A não ser assim, não se apresentará a relação de causalidade que culmina com o fato indicado.

### 2.1. Juízos de fato e de valor no processo de delineamento do indício

O processo intelectualivo direcionado ao delineamento do indício principia pelo conhecimento do fato ao qual possa ser atribuído esse *status*, o de prova indireta. Nesse momento, realiza-se um juízo de fato, por meio do qual a realidade é apreendida pelos sentidos. Serão realizados tantos juízos de fato quantos forem os acontecimentos que, *prima facie*, despertem a atenção do intérprete, ostentando alguma relevância jurídica. Juízos de fato dissociados da realidade podem estar ligados à falta de atenção ou de percepção, indicativos do erro, ou mesmo ao deliberado propósito de se criar algo inexistente, elemento característico do dolo.

A correção, ou não, do juízo de fato realizado é plenamente cognoscível e sindicável por um observador externo. Afinal, a sua funcionalidade básica é a de reproduzir a realidade, o que exige o uso dos sentidos, sempre sob os auspícios da razão.

O juízo de fato cede lugar ao juízo de valor na operação realizada no momento seguinte, na qual é delineada a relação de causalidade construída a partir do juízo de fato inicial. Essa operação é marcadamente experimental, de modo que os fatos disponíveis são avaliados como parte do processo seletivo de individualização do fato indicante, os quais buscam identificar aqueles que assumirão esse *status*. Essas avaliações promovem a construção mental das relações de causalidade possíveis, não se devendo descartar a possibilidade de termos múltiplas relações dessa natureza a partir de um mesmo fato inicial. Atrelada à relação de causalidade, tem-se a individualização do fato indicado. Tais operações estarão associadas a um juízo de valor por parte do intérprete, juízo este que pode variar em intensidade.

Diz-se que o juízo de valor, inerente às operações subsequentes à identificação do fato inicial, pode variar em intensidade por uma razão muito simples, associada ao próprio valor do indício.

O valor do indício, de acordo com Malatesta<sup>2</sup>, pode apresentar-se de duas maneiras: necessário, quando revela uma certeza a respeito de determinado efeito, indicativo de que os motivos convergentes a determinada tese superam por completo os divergentes, o que permite falar em uma relação de causalidade constante; e contingente, quando essa relação de causalidade caracteriza uma probabilidade, na qual os motivos convergentes superam os divergentes, mas não dão origem à primazia inerente à certeza.

É factível que o indício contingente não tem a mesma força probatória do indício necessário. Enquanto este último sempre estará associado a certo efeito, o caráter ocasional do primeiro, caso concebido de modo isolado, desacompanhado

<sup>2</sup> A *Lógica das Provas...*, p. 219.

de outra prova, não assegura a presença do efeito. Como essa presença não é certa, não há como se afirmar que ele realmente se projetou na realidade.

Como dissemos, no indício necessário é alcançado um juízo de certeza a respeito do fato indicado, o que bem demonstra que as divergências, caso existentes, tendem a manifestar-se em relação ao juízo de fato inicial, a exemplo da sua inexistência, não ao juízo de valor. Afinal, aquilo que pode conduzir à certeza está ontologicamente associado a pouca ou nenhuma força da divergência. Tivesse força a divergência, falaríamos, conforme o caso, em verossimilhança ou em probabilidade, não em certeza. Para que essa certeza seja alcançada, a intensidade da constatação, na maioria dos casos, tende a superar a da valoração, ainda que esta última seja inevitavelmente realizada.

Já no indício contingente, no qual o fato indicado se apresenta no plano da probabilidade, é evidente que o juízo de valor assumirá singular importância e as divergências tendem a ser potencializadas. Essas divergências se apresentam não só quanto à existência do indício propriamente dito como também em relação à sua utilização, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Embora o juízo de valor seja sindicável, o é em intensidade bem inferior àquela inerente ao juízo de fato. Enquanto este último se ajusta ao binômico *certo* ou *errado*, aquele mais se afeiçoa ao binômio *defensável* ou *indefensável*. Ainda que a indefensabilidade possa se aproximar do errado, com ele não se identifica. O errado é a antítese do paradigma de correção, que somente se apresenta, em toda a sua intensidade, no indício necessário, não no contingente. Neste último, tem-se a probabilidade, que tende a atrair a construção oferecida por Phillippe Heck a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com Heck, esses conceitos teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso<sup>3</sup>. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da ideia nuclear do conceito. Ao transpormos essa concepção para o plano do indício contingente, observamos ser perfeitamente possível termos uma zona de certeza a respeito de sua existência ou inexistência, e um halo conceitual, na qual há fundada dúvida quanto à sua essência e extensão.

Qualquer que seja o modo de interação entre os discursos axiológico e normativo, o juízo de valor não pode surgir e se exaurir em uma dimensão de puro subjetivismo, submetido, tão somente, ao imaginário do intérprete. É imprescindível que seja obtido a partir do contexto, sob pena de o agente transitar da *valoração* para o *arbitrio*. É justamente essa constatação que legitima a identificação de zonas de certeza negativa no processo de individualização do indício contingente, nas quais é argumentativamente indefensável a tese de que o indício efetivamente existe.

<sup>3</sup> *Gesetzesauslegung*, p. 173, *apud* ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico (*Einführung in das Juristische Denken*). Trad. de J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 209.

### 3. A sindicabilidade do processo formativo do indício e o tipo do art. 27 da Lei nº 13.869/2019

Ao direcionarmos nossa atenção ao tipo penal do *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, observamos que suas elementares estão presentes nas ações de “requisitar instauração” ou “instaurar” procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém. Embora pratique as ações do tipo, a conduta do agente somente será alcançada pela norma incriminadora quando configurado o seu elemento normativo, presente na expressão “à falta de qualquer indício” da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. Naquilo que se relaciona à atuação do Ministério Público, tem-se a apuração de infrações penais, embora a Instituição também possa requisitar a instauração de procedimento administrativo para apurar os ilícitos referidos na Lei nº 8.429/1992 (art. 22) ou mesmo instaurar procedimento dessa natureza no âmbito interno, em relação aos seus membros.

Avaliações a respeito da presença do indício, como é intuitivo, são realizadas em caráter eminentemente provisório pelo membro do Ministério Público, sendo factível a possibilidade de não serem chanceladas pelo Poder Judiciário, o que pode ocorrer *ab initio*, com o trancamento da investigação, via *habeas corpus* ou mandado de segurança, ou, em se tratando de ação já ajuizada, com o indeferimento da petição inicial, ou *ad finem*, por ocasião da prolação da decisão final pelo órgão jurisdicional competente. Essas ocorrências se apresentam diariamente, o que, a partir da vigência da Lei nº 13.869/2019, pode servir de estímulo à vindicta por aqueles que se vejam envolvidos nos atos funcionais a cargo da Instituição.

A avaliação a respeito da presença do indício há de se desenvolver no plano da racionalidade, estando alicerçada nos referenciais de argumentação, universalização e falibilidade.<sup>4</sup>

O discurso do membro do Ministério Público estará alicerçado em bases argumentativas de natureza livre, fruto da dinâmica social e do próprio processo de apreensão da realidade. Liberdade argumentativa não é o mesmo que indiferença ao entorno. O agente deve ser movido pela preocupação de compatibilizar o seu percurso valorativo com a preservação da “intersubjetividade”.<sup>5</sup> Em outras palavras, as conclusões alcançadas devem, tendencialmente, ser recepcionadas pelos demais componentes do grupamento quando todos os fatores relevantes, colhidos no contexto, sejam devidamente considerados e ponderados. Nesse caso, seria possível considerar que uma grande zona de convergência se formaria entre aqueles que realizassem o mesmo juízo valorativo.<sup>6</sup>

A penetração de juízos de valor no processo argumentativo exige, do operador do direito, a busca pelo enquadramento de suas decisões em certos paradigmas

<sup>4</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 428-431.

<sup>5</sup> Cf. POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2ª ed. New York: Harper Torchbooks, 1968, p. 44 e ss.

<sup>6</sup> Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 429.

universalizáveis. A ideia de universalização pode ser concebida sob a ótica dos objetos ou dos expectadores externos. No primeiro caso, aponta para um referencial de coerência, exigindo que o tratamento axiológico dispensado a certos objetos, à luz dos mesmos circunstancialismos, seja uniforme, sem qualquer fratura ou discriminação. No segundo, exige que os demais participantes do processo de comunicação normativa possuam uma identidade cultural que comungue dos mesmos valores prestigiados pelo intérprete. Esse tipo de atividade, que se enquadra sob a epígrafe mais ampla do discurso moral,<sup>7</sup> conquanto seja influenciada pelo subjetivismo do intérprete, não pode ser absorvida pela sua arbitrariedade.

Qualquer juízo de valor, por ser influenciado pela pré-compreensão do operador a respeito dos fatos da vida e pelos distintos aspectos afetos à sua formação, sempre poderá tangenciar a linha imaginária da falibilidade. Essa possibilidade torna-se ainda mais plausível nas situações em que o sistema é estruturado de modo que esse juízo de valor deva ser reavaliado por sucessivos juízos de valor, todos influenciados pelas características pessoais de cada operador, que pode ser um indivíduo ou um colegiado. Quando esses juízos de valor são realizados por ocasião do delineamento das normas jurídicas, é natural que a sua contínua construção contribua para a sedimentação da essência dos padrões normativos, inclusive daqueles de natureza principiológica, cuja abertura semântica é compensada por esse conhecimento adquirido. Nesse caso, a falibilidade tende a ser reduzida. Tratando-se de valorações fáticas, que apresentam especificidades em cada caso concreto, a falibilidade se apresenta em toda a sua intensidade. Afinal, enquanto as normas jurídicas formam comandos gerais, vocacionados à aplicação a inúmeras situações, nas valorações fáticas preponderam as peculiaridades de cada caso concreto.

Para a configuração do elemento normativo referido no *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, é imperativo que seja identificada a *"falta de qualquer indício"*. Parece correto afirmar que tanto estaremos perante essa falta quando não existir indício algum, como quando o indício existente não estiver vinculado àquele ilícito em particular, quer por dizer respeito a fato diverso, quer por estar relacionado a autor distinto. Outro aspecto digno de nota é o de que o enunciado linguístico *"qualquer indício"* também pode ser interpretado no sentido de partícula mínima de prova, quer direta, quer indireta.

O que se exige é que haja alguma justificativa no plano probatório para que a investigação seja instaurada em *"desfavor de alguém"*. Esse aspecto evidencia que, para fins de configuração da infração penal, a requisição ou a instauração da investigação deve ser direcionada a alguma pessoa, que é vinculada, ainda que em caráter preliminar e provisório, ao ilícito. Portanto, não há que se falar na configuração do tipo do art. 27 quando se tiver notícia da infração penal, mas a autoria for desconhecida, tendo a

<sup>7</sup> O universalismo, como realçado por Walker, parte da premissa de que a nossa melhor prática moral somente pode ser construída por meio de um processo social e em resposta a problemas afetos à organização coletiva [The burden of universalism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Org.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 53 (62)].

investigação o objetivo de elucidá-la. Essa situação é substancialmente distinta daquela em que uma pessoa é investigada com o objetivo de se descobrir se praticou alguma infração penal, cuja existência, até então, não era corroborada por “qualquer indício”.

A avaliação a respeito da presença de “qualquer indício” pode ser objeto de sindicância sob o prisma do juízo de fato. Em outras palavras, existe um fato ao qual possa vir a ser atribuído o *status* de fato indicante? A resposta a esse questionamento é suscetível de ampla e plena sindicância. No que diz respeito aos questionamentos subsequentes, vale dizer, se o fato cuja existência é reconhecida apresenta uma relação de causalidade com outro fato, o indicado, bem como se o fato indicado apresenta correlação probatória com o crime, o ilícito funcional ou a infração administrativa investigada, estaremos no plano do juízo de valor.

No âmbito do juízo de valor, incidirá a excludente do §2º do art. 1º, que afasta a configuração do crime no caso de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas. O processo formativo do indício exige justamente uma avaliação a respeito dos fatos conhecidos, que podem apresentar uma relação de causalidade com outros fatos, até então desconhecidos. Mesmo o indício contingente, que pode estar lastreado num juízo de valor “indefensável”, o que aponta para a sua imprestabilidade no caso concreto, será alcançado pela excludente de ilicitude. Esse foi o ponto de equilíbrio encontrado pela norma. Afinal, fosse permitida a criminalização da avaliação realizada pelos órgãos competentes, correr-se-ia o sério risco de o interesse público restar comprometido com a retração de sua atuação.

#### **4. A necessidade de fundamentação da requisição e da instauração de investigação**

Considerando o teor do elemento normativo do tipo do *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, é de todo aconselhável que tanto a requisição como a instauração de investigação sejam devidamente fundamentadas, indicando os elementos probatórios iniciais que as justificam.

Nesse momento, vem à tona a situação jurídica das narrativas encaminhadas às autoridades de maneira anônima, o que tende a crescer de modo proporcional ao fortalecimento do crime organizado. A Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, de 2003, dispôs, em seu art. 33, sobre a necessidade de serem adotadas medidas de proteção às pessoas que, de boa-fé e com motivos razoáveis, noticiem às autoridades competentes os ilícitos ali previstos. Trata-se, nesse caso, do *whistleblower*, indicando, em sua literalidade, o “soprador de apito”.

Diversamente do mero popular, que tem contato acidental com o ilícito e realiza as devidas comunicações à autoridade competente, o *whistleblower* costuma ser visto como um *insider*, que toma conhecimento do ilícito em seu lugar de atuação regular, mas não é um coautor em busca de benefícios pessoais, distinguindo-se, desse modo, do colaborador premiado. Sua posição jurídica tende a ser reforçada

na medida em que seja alcançada por medidas protetivas, direcionadas a si ou à sua família, inclusive no ambiente trabalhista, e lhe é assegurada uma recompensa.

No direito norte-americano, o oferecimento de recompensas dessa natureza remonta ao *False Claims Act*, de 1863, também conhecido como *Lincoln Law*, que cominava penalidades às pessoas e companhias que fraudassem programas governamentais e ainda assegurava ao colaborador uma porção, que normalmente variava entre 15 e 25%, dos valores recuperados.

No direito brasileiro, foi previsto na Lei nº 13.608/2018, cujo art. 4º dispôs que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”. A mesma sistemática fora introduzida no art. 4º, VI e VII, da Lei nº 10.201/2001, sendo prevista, além da garantia de sigilo, a premiação em dinheiro para a resolução de crimes. Este último diploma legal foi revogado pela MP nº 841/2018, que dispôs sobre o Fundo Nacional de Segurança e encampou o mecanismo no art. 5º, IX e X, tendo tido a sua vigência encerrada.

A mera narrativa anônima, desacompanhada de qualquer elemento probatório, não poderá justificar a realização de atos de investigação em “*desfavor de alguém*”. No entanto, parece não obstar apurações direcionadas à aferição da existência de fatos que possam ser considerados ilícitos e que não sejam imediatamente vinculados a uma pessoa em particular. Note-se que a excludente do parágrafo único do art. 27 é direcionada justamente às situações em que seja identificada a vinculação de uma pessoa ao fato objeto de apuração. De acordo com esse preceito, “*não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada*”. Como, tendencialmente, buscar-se-á obstar a investigação penal sob o argumento de que encobre o direcionamento a uma pessoa em particular, sempre que possível deve ser realizada a investigação preliminar sumária a que se refere o comando legal, que pode ser, inclusive, objeto de requisição do Ministério Público.

## Epílogo

O tipo penal veiculado pelo art. 27 da Lei nº 13.869/2019, a exemplo de qualquer norma incriminadora, tem por objetivo preservar o bem jurídico tutelado, não o de gerar um dano inverso para a coletividade, inviabilizando a proteção de outros bens jurídicos igualmente tutelados pelo sistema.

A atividade intelectual direcionada à identificação da presença de indícios que justifiquem a requisição ou a instauração de uma investigação, pelos órgãos públicos, em desfavor de outrem, transita do juízo de fato para o juízo de valor. Enquanto o juízo de fato é plenamente sindicável, pois associado à existência do fato ao qual se atribui relevância jurídica, o juízo de valor realizado nas operações subsequentes, associadas à identificação da relação de causalidade e à individualização do fato indicado, será insindicável por força da excludente de ilicitude do §2º do art. 1º do

referido diploma normativo, o que afasta a possibilidade de serem consideradas para fins de caracterização do ilícito penal.

### Referências bibliográficas

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico (*Einführung in das Juristische Denken*). Trad. de J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. I. Trad. de SILVERBERG, Waleska Giroto. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2ª ed. New York: Harper Torchbooks, 1968.

WALKER, Neil. The burden of universalism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Org.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 53 (62).



# Direito à cidade e mobilidade urbana: reinventando o modal bicicleta

Fabiana de Alcantara Pacheco Coelho\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A mobilidade urbana eficiente como espécie do direito à cidade. 3. O arcabouço jurídico-normativo do direito à mobilidade urbana no Brasil. 4. Movimentos civis e luta por uma mobilidade urbana eficiente nas últimas décadas. 5. Contextualização histórica da bicicleta e seu progressivo reconhecimento como modal de transporte. 6. A bicicleta e sua importância para a qualidade de vida e para a economia em geral no Brasil. 7. Conclusão. Referências.

## Resumo

Este trabalho tem por propósito pesquisar a mobilidade urbana brasileira, com enfoque no modal bicicleta. A mobilidade urbana é uma subespécie do direito à cidade, que pode ser definido como o aproveitamento equitativo dos recursos materiais e imateriais oferecidos pela cidade, norteados por princípios de sustentabilidade, democracia, solidariedade e justiça social. Na cidade forjada pelo capitalismo, especialmente nos países periféricos latino-americanos, a mobilidade urbana apresenta-se segregadora, estabelecida sob um aparato socioeconômico de profunda concentração de renda e exclusão social, em que aqueles que convivem perto das centralidades têm melhor acesso a diversos modais de transporte, enquanto os que vivem na periferia sofrem diariamente o peso da segregação em seu processo de mobilidade. Analisaremos os motivos que levaram o processo de estigmatização da bicicleta e o atual processo de desestigmatização, sob o enfoque de conceitos como cidadania, movimentos civis, revisões de paradigmas socioeconômicos e de tratamento do meio ambiente.

## Abstract

*This article has the purpose of researching the Brazilian urban mobility, focusing on the modal bicycle. Urban mobility is a subspecies of the right to the city, which can be defined as the equitable use of the material and immaterial resources offered by the city, guided by principles of sustainability, democracy, solidarity and social justice. In the city forged by capitalism, especially in Latin American peripheral countries, however, urban mobility is*

\* Mestre em Direito Público e Evolução Social na Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito e Letras (Português-Inglês). Servidora do Ministério Público do Rio de Janeiro.

*segregating, established under a socioeconomic apparatus with a deep concentration of income and social exclusion, in which those who live close to the centralities have better access to transport modes, while those living on the periphery suffer daily the burden of segregation in their mobility process. We will study the reasons that led the process of stigmatization of the bicycle and the current destigmatization process, under the focus of concepts such as citizenship, civil movements, revisions of socioeconomic paradigms and treatment of the environment.*

**Palavras-chave:** Direito à cidade. Mobilidade urbana. Modal de transporte. Bicicleta. Políticas Públicas. Financeirização da moradia.

## 1. Introdução

Neste artigo teremos a mobilidade urbana eficiente como tema, enfocando o uso do modal bicicleta. A mobilidade urbana é uma subespécie do direito à cidade e, para sua melhor compreensão, devemos primeiro, então, abordar então o que é este último direito.

Na Carta Mundial pelo Direito à Cidade de 2006<sup>1</sup>, que é um documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico sediado em Quito, este direito é definido como o “usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social”.

E assim continua o referido documento:

[é] um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado.

A expressão “direito à cidade”, com a configuração próxima a que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit a la Ville* (1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e ou meramente arquitetônicas.

Para Lefebvre e Harvey, o espaço urbano é produzido pelo social, assim como o indivíduo é reformulado subjetivamente por esse mesmo espaço num constante processo de trocas. Na perspectiva desse direito, o ser humano, reificado pelas forças econômicas sob o comando do aparato estatal, deve reassumir seu papel de sujeito

<sup>1</sup> Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

e retomar os espaços e funcionalidade urbanos que lhe pertencem, atingindo assim, na verdade, o resgate de sua própria natureza humana, relacional por essência.

A cidade existe por causa do homem e para o homem e não este para servir como vassalo à estruturação cruel e fria tal como se tem apresentado em geral por todo o mundo.

Contrariamente a este desiderato, a configuração da maioria das cidades, especialmente as de países periféricos latino-americanos como o Brasil, está estabelecida sobre um aparato socioeconômico de profunda concentração de renda e exclusão social, em que o espaço urbano e seus atributos são apenas usufruídos por parcela muito pequena da sociedade, enquanto milhares de pessoas sofrem as consequências da depredação do meio ambiente, segregação socioespacial e ausência de acesso aos equipamentos públicos.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acabam por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população. Nessa dinâmica, a cidade não é mais um direito e sim mais uma mercadoria.

A luta por revisão desses padrões segregacionistas, por todo o mundo, tem sido uma constante<sup>2</sup>, pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas e seus pertences locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embaraços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção cidadina, sejam elas materiais ou imateriais.

Com uma altíssima taxa de urbanização que alcança o patamar de 84,36% atualmente, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil apresenta grandes problemas de mobilidade urbana, que pode ser definida como a condição em que se realizam os deslocamentos das pessoas e cargas no espaço urbano, de acordo com o art. 4º, inciso II, da Lei nº 12587/2012<sup>3</sup>.

Vários outros fatores levam a essa mobilidade urbana ineficiente. Podemos citar a má qualidade do transporte público no Brasil, um estímulo desde a década de cinquenta a uma cultura eminentemente rodoviária, inclusive com redução de impostos do Governo Federal para incentivar a compra de automóveis, a concessão exacerbada de crédito ao consumidor para compra de automóveis e a falta de planejamento urbano e arquitetônico.

<sup>2</sup> Protesto no Brasil em 2013, denominado por Manifestações dos 20 centavos ou Jornada de junho de 2013.

<sup>3</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm)>. Acesso em: 12 out. 2019.

Neste panorama, um modal bastante já utilizado em cidades com menos de 60.000 habitantes, em que a prestação de serviço público de transporte coletivo é geralmente mais crítica, vem progressivamente sendo reconhecido nas políticas públicas de mobilidade urbana por todo o país: a bicicleta.

Diante da ideia de que os meios de transportes mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de mobilidade urbana, por um longo período acreditou-se, conforme consignado pela Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT) em seu Manual de Planejamento Cicloviário (2001, p. 3), que a bicicleta era uma “tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento”, o que, na verdade, revelou-se uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas, da revisão de parâmetros de proteção ao meio ambiente e de paradigmas sociais.

De fato, movimentos de luta pela inclusão da bicicleta no cotidiano e seu reconhecimento como modal de transporte, crises energéticas que buscaram modais menos poluentes como o Primeiro Choque do Petróleo ocorrido em 1973 e o acolhimento de uma visão multidisciplinar sobre a mobilidade urbana acabaram por se refletir nas políticas públicas, que passaram a incluir o modal na política urbana de planejamento de municípios, estados e União.

Apesar de progressivamente o quadro de uso da bicicleta nas cidades brasileiras estar aumentando, diversos empecilhos ainda se apresentam, tais como a falta de reconhecimento e respeito ao modal por parte de grande parcela de habitantes, ausência de infraestrutura satisfatória para o uso do veículo com diminuição de riscos aos ciclistas e demais munícipes, ausência de integração entre modais e o resquício de uma estigmatização da bicicleta como transporte de usuários “excluídos sociais” e, portanto, desmerecedores de respeito e atenção.

## **2. A mobilidade urbana eficiente como espécie do direito à cidade**

Para tratarmos de mobilidade urbana, devemos inicialmente tratar do direito à cidade, que não nasceu como direito, mas como movimento de luta da sociedade civil por melhores condições de vida no espaço urbano, espaço de concretização de embates sociais e de exercício de cidadania, ou seja, nasce como fenômeno sociológico.

As pautas desses movimentos sociais incluem o repúdio à depredação ambiental, à aceitação de que pessoas não tivessem acesso à moradia (os sem-teto), à exclusão de indivíduos de suas localidades por implementação de processos de gentrificação, ao desalojamento indevido de moradores por causa da financeirização da moradia sob o comando do Estado, à exclusão social dos menos favorecidos socialmente como pessoas de diferentes etnias, mulheres, crianças, idosos, por exemplo.

Bello e Ribeiro (2018) sustentam que, muito antes da Constituição da República Federativa de 1988 dispor sobre as cidades em breve capítulo sobre a Política Urbana

(arts. 182 e 183) e ainda de forma esparsa pelo texto constitucional<sup>4</sup>, já havia uma série de lutas civis pelo reconhecimento de uma vida digna na cidade por todo o mundo.

Para exemplificar estes movimentos sociais, podemos citar os *Écologistes*, movimento de ação radical francês que se dedicava aos embates por modo de vida urbano ecologicamente mais aceitável na década de 1970, movimentos revolucionários em Oaxaca, no México, em Cochabamba (2000 e 2007), em El Alto, Bolívia (2003 e 2005), a mobilização popular corporificada no Fórum Nacional pela Reforma Urbana (FNUR) nas décadas de 1980 e 1990, no Brasil, que culminou com a promulgação do Estatuto da Cidade em 2001 e o Fórum Social dos Estados Unidos, em junho de 2007, em Atlanta, movimento social que criou uma Aliança pelo Direito à Cidade com atuação em cidades como Nova Iorque e Los Angeles.

De movimento de trabalhadores fabris revolucionários desejosos de mudança, o processo de crescente urbanização mundial muda paulatinamente o *locus* de onde provêm os embates e anseios: a cidade e seus excluídos sociais, os trabalhadores urbanos, aqueles que não querem se adequar às condições de vida degradantes que os processos econômicos hegemônicos lhes tentam impor.

A expressão “direito à cidade”, com a configuração próxima à que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit a la Ville* (O Direito à Cidade, 1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e/ou meramente arquitetônicas.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acabam por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população.

A cidade, então, não é mais um direito e sim mais uma mercadoria. O cidadão passa a ser consumidor e, como sabemos, nem todos os consumidores têm acesso a todos os direitos sociais, também transformados em *commodities*: saúde, educação, mobilidade urbana, lazer, acesso a equipamentos públicos.

De acordo com Harvey (2014), o direito à cidade, de onde deflui o direito à mobilidade urbana, é um direito humano, subjugado por uma lógica de mercado liberal, em que o direito à propriedade privada e taxas de lucro estratosféricas suplantam o real acesso àquele direito, relegando a cidade e o bem-estar que ela possa oferecer a somente uns pouquíssimos detentores de capital.

Nas palavras do precitado geógrafo e antropólogo (2014, p. 81):

<sup>4</sup> Conforme o artigo 6º, *caput*; artigo 25, §3º; artigo 144, §10, I; e art.156, I.

[...] A qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria, assim como a própria cidade, num mundo em que o consumismo, o turismo e a indústria da cultura e do conhecimento se tornaram os principais aspectos da economia política urbana. A tendência pós-moderna de encorajar a formação de nichos de mercado – tanto hábitos de consumo quanto formas culturais – envolve a experiência urbana contemporânea com uma aura de liberdade de escolha, desde que se tenha dinheiro.

A própria configuração tomada pela cidade advém da utilização do produto excedente, o que a torna um *locus* ontologicamente de luta de classes, criando um laço inegável entre o desenvolvimento do sistema capitalista e o próprio processo de urbanização.

Neste cenário, surgem processos de gentrificação, financeirização da moradia e grande especulação imobiliária, em que os economicamente excluídos são obrigados a cada vez mais viver em bairros periféricos e não nas centralidades, o que acaba por impactar enormemente na mobilidade urbana, que também se elitiza e oprime os desprovidos de posses.

Sob a perspectiva do direito à cidade, desejamos exercer um poder coletivo sobre o processo de urbanização, inicialmente calcado na noção individualista da propriedade. A revisão da construção e do desfrute da cidade como um fenômeno exclusivo acessado por uma minoria que possui o excedente de capital é o mote de tectura desse direito, que impõe a revisão da cidade do capital para a progressiva construção da cidade das pessoas.

Uma nova pauta de reivindicação surge nesta luta pela cidade equitativa: a mobilidade urbana. À necessidade de circulação frenética para escoamento de fatores de produção, o trabalho, produtos, mercadorias e capital contrapõem-se à dificultosa mobilidade de grande parte das pessoas que vivem na cidade, pois a mobilidade eficiente também se torna uma mercadoria, acessível a poucos.

Com uma crescente urbanização, a luta por revisão desses padrões segregacionistas por todo o mundo tem sido uma constante<sup>5</sup>, pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embaraços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção cidadina, sejam elas materiais ou imateriais.

Por se tratar de um direito relativamente novo, de natureza coletiva, muitos estudiosos têm dificuldade em visualizar a mobilidade urbana como um tema também adstrito ao campo dos estudos do Direito, geralmente o analisando sob o prisma único da arquitetura e urbanismo, engenharia ou até mesmo da geografia.

<sup>5</sup> Protesto no Brasil em 2013, denominado de Manifestação dos 20 centavos ou Jornada de junho de 2013.

A multidisciplinaridade e os múltiplos enfoques que se podem aplicar à temática, no entanto, são incontestes. Na seara jurídica, com o crescente e expressivo processo de urbanização mundial, que, se estima, atingirá o patamar mundial de até 65% das pessoas vivendo em cidades até o ano de 2050, a mobilidade urbana é objeto de estudos, discussões em fóruns mundiais e elaborações normativas que influenciam nosso ordenamento jurídico, como alguns que serão citados a seguir.

Na Carta da Organização dos Estados Americanos, tratado multilateral datado de 30 de abril de 1948 e ratificado pelo Brasil em fevereiro de 1950, a modernização da vida rural, o estímulo a um crescente processo de industrialização com acesso ao direito de bem-estar material, o fornecimento da habitação adequada e condições urbanas que proporcionassem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna foram consideradas metas básicas a serem seguidas pelos Estados signatários, com base no art. 34, alíneas *d*, *e*, *k*, e *l*.

Na Carta Europeia de Garantia dos Direitos Humanos na Cidade, aprovada em Saint-Denis, França, em 2000, por sua vez, a preocupação com o deslocamento na cidade é expressa em seu preâmbulo. No art. 22, em seus itens, 1, 2 e 3, a Carta confere tratamento específico ao direito de circulação e à tranquilidade na urbe, atribuindo às autoridades locais o reconhecimento de que os cidadãos devem dispor de meios de transporte públicos acessíveis, fomentando-se ainda o uso de veículos não poluentes. Pedestres, segundo o texto em comento, devem ter áreas de circulação reservadas de maneira permanente ou em certos momentos do dia.

O Comitê das Nações Unidas, constituído por 18 especialistas em matéria de direitos humanos, criado em 1985 com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992, emitiu em 2004 as observações gerais sobre o direito à moradia ao analisar relatórios emitidos pelos Estados signatários, consignando que a moradia adequada é aquela que permita acesso a opções de emprego, levando em consideração que os custos de tempo e financeiros para chegar aos postos de trabalho e retorno à residência podem impor exigências excessivas às famílias mais pobres (item 8, *f*, das observações gerais).

Na mesma linha principiológica até aqui desenvolvida, em 2005 é aprovada a Carta Montrealense de Direitos e Responsabilidades, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 2006, elaborada por um grupo de trabalho composto por cidadãos denominado Laboratório da Democracia, sob a alçada do Presidente da Câmara Municipal e do Chefe do executivo municipal de Montreal, visando ao favorecimento de acesso às atividades e aos equipamentos coletivos de lazer, atividades físicas e desportos (art. 22, *c*) e favorecer os meios de transporte coletivo e outros transportes, limitando a circulação de carro no ambiente citadino (art. 24, *d*).

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, publicada em 2006, documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico de mesma data, após discussões em fóruns sociais nas cidades de Quito (2004), Barcelona (2004) e Porto Alegre (2005), em seu artigo XIII, dispõe sobre o direito ao transporte público e à

mobilidade urbana com ênfase ao transporte público acessível, a preços razoáveis, demonstrando ainda preocupação com as diferentes necessidades ambientais e sociais envolvidas na operacionalização desse direito.

Em 2009, o Comitê de Mobilidade Urbana da organização Cidades e Governos Locais Unidos (CGLU), na cidade de Stuttgart, na Alemanha e a organização civil *Cities for Mobility* (Cidades para Mobilidade) editaram um documento intitulado Agenda 21 para a mobilidade<sup>6</sup>, em que as tônicas para o tratamento do tema foram a inclusão social, o desenvolvimento da economia, ao mesmo tempo em que se visa à proteção do meio ambiente contra agressões desnecessárias.

Na América Latina, tem-se a Carta da Cidade do México pelo Direito à Cidade<sup>7</sup>, datada de julho de 2010, surgida a partir de debates entre diversas organizações sociais, civis, entidades governamentais e cidadãos. A iniciativa foi bem recebida também pelo Governo do Distrito Federal mexicano desde princípios de 2007, tendo sido realizados vários eventos públicos de discussão sobre o direito à cidade. Importante consignar que só a Zona Metropolitana do Vale do México tem mais de 20 milhões de habitantes, sendo umas das regiões mais povoadas do planeta.

Nesta iniciativa advinda de debates múltiplos populares, em clara demonstração do exercício pleno da cidadania, considera-se que uma cidade inclusiva preserva o direito à liberdade de circulação, resguardando, ainda, total acesso ao transporte público e mobilidade urbana (item 3.2.1). A criação de novas centralidades de atividades econômicas, políticas e de educação na malha urbana é levada em consideração para melhoria da mobilidade (item 3.3.5), bem como o fomento a modais de transportes não poluentes (item 3.3.5).

No Brasil, a Organização das Nações Unidas, através do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), realizou em 2010 o Fórum Urbano Mundial (FUM), sobre o tema “Direito à Cidade: Unindo o Urbano Dividido”, com mais de 18 mil participantes, na Zona Portuária da cidade do Rio de Janeiro. Tal fórum ocorre de dois em dois anos desde o ano de 2002 e a primeira edição foi realizada em Nairóbi, no Quênia, e teve como tema a urbanização sustentável.

O direito à cidade é o eixo para discussão e aperfeiçoamento de ações de políticas públicas neste fórum da ONU, divulgando-se ainda um relatório denominado “O Estado das Cidades no Mundo 2010/2011: Unindo o Urbano Dividido”<sup>8</sup>. Dados, artigos e informações escritos por acadêmicos, gestores e especialistas sobre o problema da rápida urbanização no planeta e modos de superá-los são compilados.

<sup>6</sup> Disponível em: < [http://i-nse.org/wp-content/uploads/Cities-For-Mobility\\_Agenda21.pdf](http://i-nse.org/wp-content/uploads/Cities-For-Mobility_Agenda21.pdf)>. Acesso em: 7 maio 2019.

<sup>7</sup> Disponível em: < <http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8584.html>>. Acesso em: 12 out. 2019.

<sup>8</sup> Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). Estado das Cidades do Mundo 2010/2011 – Unindo o Urbano Dividido. Fonte <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100408\\_cidadesdomundo\\_portugues.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf)>. Acesso em 17 abr. 2018.

O município do Rio de Janeiro apresentou no Fórum a “Carta do Rio de Janeiro sobre o Direito à Cidade”, em que reafirmou o reconhecimento do direito à cidade inclusiva, como um novo paradigma socioambiental em que a equivalência de oportunidades aos bens materiais e imateriais oferecidos seja ofertada a todos os habitantes temporários ou permanentes da cidade. Para este mister, de acordo com o relatório do Fórum (2010, p. 106), reafirmou-se a necessidade de políticas públicas articuladas por toda a sociedade civil e instituições governamentais.

No FUM, ainda se demonstrou franca preocupação com o tema mobilidade urbana em toda a América Latina, tratando-o como um dos maiores problemas nevrálgicos atuais. Enfatizou-se, no relatório (2010, p. 20), no item 26, que a população mais pobre é a que mais sofre com a carência de mobilidade urbana eficiente por geralmente residir em áreas desprovidas de centralidades e equipamentos públicos.

Outro ponto do documento (UN-Habitat, 2010, p. 50), tratado no item 11, foi a inacessibilidade das favelas no Brasil no que tange à mobilidade, reforçando-se que estradas de acesso deveriam ser construídas até mesmo para que houvesse acesso de veículos de socorro e outros serviços.

Todos os documentos até aqui citados demonstram que a temática da mobilidade urbana eficiente tem sido alvo de intensos debates mundiais, sobre os quais especialistas das mais diversas áreas de conhecimento, inclusive os da área jurídica, juntamente com governantes locais, organizações civis e cidadãos, estão mantendo intenso intercâmbio de informações, estudos e pesquisas, considerada a relevância do tema para o bem-estar do ser humano.

O processo interessante é que muitos dos documentos sobre os quais discorremos não advêm de iniciativas meramente legislativas, ou seja, como fruto da democracia indireta (sistema representativo). Muito pelo contrário, advêm de intensos debates entres cidadãos, especialistas e protagonistas públicos principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo. O paradigma participativo-direto de democracia tem sido amplamente utilizado no tema direito à cidade e à mobilidade urbana, dado o impacto direto das discussões na vida do cidadão em geral e a multiplicidade de enfoques sociais e técnicos que pode ser aplicada ao assunto.

### **3. O arcabouço jurídico-normativo do direito à mobilidade urbana no Brasil**

Muitos indivíduos são privados do acesso à mobilidade urbana por causa do elevado custo dos transportes públicos, o que acaba por impactar em sua educação, acesso a trabalho, saúde e até mesmo na manutenção de laços familiares quando são impossibilitados de visitar parentes por ausência de modicidade de tarifas.

---

<sup>9</sup> Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). *Report of the Fifth Session of the World Urban Forum*. Fonte: <<https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2016/07/wuf-5.pdf>>. Acesso em 17 abr. 2018.

Além disso, quando têm acesso ao transporte, padecem longas horas de viagem em razão de uma cultura eminentemente rodoviarista e individualista de mobilidade, ainda encontrada em muitas cidades brasileiras no arranjo do planejamento urbano.

Partindo desse cenário socioeconômico, estima-se que a população brasileira atualmente encontra-se precipuamente nas cidades, alcançando um índice de 84,36% de taxa de urbanização no ano de 2010, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>10</sup>.

O IBGE identificou 63 concentrações urbanas brasileiras com mais de 300 mil habitantes em projeto do ano de 2015<sup>11</sup> que tem como intento, além do estudo socioespacial de nosso território, ajudar nas escolhas das políticas públicas que serão implantadas, em alinhamento às necessidades dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável<sup>12</sup>.

Esta altíssima taxa de urbanização traz à baila a ideia de cidade como um imã atrativo de pessoas, “um campo magnético que atrai, reúne e concentra os homens”, que nos é apresentada por Rolnik (1995, p. 13), acabando por configurar a formação sociopolítica da cidade. Se por um lado a cidade atua como um imã, revela, por outro, uma característica paradoxal, que é a complexa segregação, reunião de medos e anomias deste território.

Este processo de crescimento das cidades brasileiras desenvolvido precipuamente no século XX, no entanto, foi implementado com muitos resquícios de características do período colonial e imperial, tais como concentrações de riquezas, poder e terra em nome de poucos favorecidos, bem como pelo coronelismo e pelo uso do direito como instrumento de reforço dessas idiosincrasias.

Nosso processo de urbanização corporativa gerou cidades com problemáticas bastante similares, como déficit crônico de moradia em condições de habitabilidade mínima, como saneamento básico, déficit de acesso à mobilidade urbana eficiente, à saúde e ao lazer.

É a cidade do capital e não das pessoas, que foi forjada segundo o aparato técnico e científico voltado para o escoamento do excedente do capital, voltada para o interesse das grandes corporações e que ainda se vale do aparato estatal para a consecução de seus fins. Nessa perspectiva urbanizadora, afirma Santos (2009, p. 10) que:

A cidade em si, como relação social e como materialidade, torna-se criadora de pobreza, tanto pelo modelo socioeconômico de que é suporte como por sua estrutura física, que faz dos habitantes das

<sup>10</sup> IBGE. *Censo demográfico 1940-2010*. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007, no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979. Acesso em 17 abr. 2019.

<sup>11</sup> IBGE. *Áreas Urbanizadas do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100639.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2019.

<sup>12</sup> Documentos estabelecidos pela Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2015, assim como da Nova Agenda Urbana, pactuada na III Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável – Habitat III, realizada em 2016.

periferias (e dos cortiços) pessoas ainda mais pobres. A pobreza não é apenas o fato do modelo socioeconômico vigente, mas, também do modelo espacial.

No campo normativo, desde a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, ou seja, há 31 anos, a preocupação do constituinte já era a garantia do bem-estar dos habitantes e a utilização do solo urbano em atendimento às funções sociais da cidade, em nítida oposição ao conceito de cidades segregadoras e disfuncionais, em que o perfil mercadológico capitalista, voltado para a acumulação de riquezas e especulação imobiliária altamente predatória, prepondera.

Inicialmente, nosso legislador constituinte originário<sup>13</sup>, conforme dispõem o artigo 21, inciso XX e o artigo 30, *caput*, referia-se ao acesso a transportes urbanos e coletivos, isto é, ao deslocamento de pessoas. Os transportes coletivos, no entanto, constituem-se apenas em uma das facetas de um conceito mais amplo que é o de mobilidade urbana, este que é definido pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 12.587/2012 como “a condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”.

A definição de mobilidade urbana confere um caráter sistemático e dinâmico ao trânsito, ao transporte coletivo, à logística de distribuição das mercadorias, à construção da infraestrutura viária, à gestão de calçadas e a outros temas correlatos aos deslocamentos que ocorrem no espaço urbano.

Nessa formulação conceitual adotada, a funcionalidade das políticas formuladas é permeada por questões socioeconômicas, sustentabilidade ambiental, uso do solo e suas implicações e de gestão pública.

Na esteira da preocupação mundial com o direito à cidade sustentável e adequada aos interesses das populações locais, entra em vigor o Estatuto da Cidade em 2001<sup>14</sup>, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição da República Federativa de 1988, expressamente referindo-se, em seu artigo 2º, inciso I, à garantia ao transporte como diretriz para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Apesar de o Estatuto da Cidade ter sido um grande avanço social à época, não contemplou especificamente a temática mobilidade urbana nestes exatos termos, limitando-se a consignar que as cidades com mais de 500 mil habitantes deveriam elaborar um plano de transporte urbano integrado, em consonância com o Plano Diretor ou nele inserido, como prevê o artigo 41, §2º, da Lei nº 10.257/2001.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 17 abr. 2019.

<sup>14</sup> Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso: 17 abr. 2019.

Para tanto, enfatizou através do artigo 2º, inciso II c/c artigo 3º, IV, a necessidade de uma gestão democrática e participação da população e associações representativas para a formulação, execução e planejamento de planos, projetos e programas que envolvam a mobilidade urbana.

Em 1º de Janeiro de 2003, cria-se o Ministério das Cidades<sup>15</sup>, durante o mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que foi um fato inovador nas políticas urbanas, sendo de atribuição deste ministério a elaboração das políticas de desenvolvimento, de habitação popular, de saneamento ambiental e de transporte urbano e participação na formulação das diretrizes gerais para a conservação dos sistemas urbanos de água<sup>16</sup>.

Maricato (2007) sustentou que a criação deste ministério supria um vazio institucional governamental da União no que tange ao trato integrado da política urbana e o destino das cidades. Para a autora, a visão atomista dos setores de moradia, habitação e mobilidade dificultava as análises e implementação desses direitos, especialmente por se considerar que mais de 84% da população brasileira vive em cidades atualmente.

Até a criação do referido ministério, a última política proposta de política urbana implementada pelo governo federal deu-se entre os anos de 1964 e 1985 durante o regime militar. Com a crise fiscal dos anos 80 e a derrocada do Sistema Financeiro de Habitação e do Sistema Financeiro do Saneamento, as políticas urbanas com esse viés foram relegadas a segundo plano, em normas dispersas e sem conexão aplicadas unicamente pela União, de acordo com Rolnik (2015).

No Ministério das Cidades, encontrava-se a Secretaria Nacional de Mobilidade Urbana (SeMob), que tem como missão “fomentar a implantação da política de mobilidade urbana com a finalidade de proporcionar o acesso universal à cidade, de forma segura, socialmente inclusiva e sustentável” (SEMOB, 2003, s.p.).<sup>17</sup>

Em 2012, após 17 anos de tramitação no Congresso Nacional, promulga-se a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro<sup>18</sup>, que institui as diretrizes a serem adotadas nas políticas públicas de desenvolvimento que envolvem a mobilidade urbana, o que foi um marco na gestão de políticas públicas, especialmente por se ter permitido a priorização do transporte coletivo e do transporte não motorizado sobre o transporte motorizado individual.

Em tal diploma legal, a mobilidade é expressa no artigo 4º, II, como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”, tendo

<sup>15</sup> Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/Legislacao/Leis/Lei10683depdf28052003>>. Acesso: 17 abr. 2019.

<sup>16</sup> Essas atribuições estão previstas no artigo 27, inciso III, alíneas a, b, c, d, e, f, da Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003.

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.cidades.gov.br/mobilidade-urbana>> Acesso em: 7 maio 2018.

<sup>18</sup> Lei nº 12587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes a Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

como uma das diretrizes, conforme dispõe o artigo 6º, II, “prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado”.

O Plano de Mobilidade Urbana (PMU) é o instrumento previsto no artigo 24, *caput*, da Lei nº 12.587/2012, para a efetivação da política nacional nela prevista, conferindo-se grande ênfase aos modos de transporte não motorizados para os deslocamentos, como dispõem os artigos 23, IV e 24, V, bem como o foco no planejamento do deslocamento a pé ou por bicicleta nos municípios sem sistema de transporte público coletivo ou individual.

Na Lei nº 12587/2012, a obrigatoriedade de elaboração do PMU é imposta às municipalidades com mais de 20.000 habitantes<sup>19</sup>, contrariamente ao que dispunha o Estatuto da Cidade, que previa este tipo de plano apenas para cidades com mais 500.000 habitantes, e, naquela lei, o plano é muito mais abrangente em seu conteúdo, abrangendo, além da própria infraestrutura viária e serviços, assuntos como os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo<sup>20</sup>.

Na mesma linha de crescente conscientização, o legislador pátrio edita a Emenda Constitucional de nº 82, em 2014, incluindo o direito fundamental à mobilidade urbana eficiente no parágrafo 10º, inciso I, do art. 144 da Carta Política de 1988, que trata da segurança pública.

A necessidade de que as políticas públicas de moradia, mobilidade, saneamento e meio ambiente sejam feitas de modo articulado e integrado na federação entre União, Estados e municípios, o que se intitulou de “governança interfederativa”, levou à promulgação em janeiro de 2015, do Estatuto da Metrópole<sup>21</sup>, com o intuito de trazer visão holística à gestão pública brasileira de origem essencialmente atomística, conferindo continuidade e funcionalidade às práticas de gestão adotadas entre os diversos entes federativos.

Nessa mesma toada, em setembro de 2015, o constituinte derivado alça o transporte à categoria de direito social, com a edição da Emenda Constitucional nº 90, que alterou o art. 6º da *Lex Mater*. O transporte, neste contexto, refere-se tanto à mobilidade de pessoas como o de cargas, na esteira do que dispõe o art. 1º da Lei nº 12587/2012.

Em 2015, o Ministério das Cidades, através da Secretaria com atribuição, edita o PlanMob, que se intitula um caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana nos municípios e cidades. Neste caderno, preconiza-se que a mobilidade deve ser analisada conjuntamente com o uso e a ocupação do solo, saúde e qualidade de vida das pessoas, isto é, o prisma que é conferido ao assunto é um prisma humanitário, e não o enfoque do capital.

<sup>19</sup> Art. 24, §1º.

<sup>20</sup> Art. 24 e incisos.

<sup>21</sup> Lei nº 12587, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências.

Cita-se, inclusive, a manifestação de junho de 2013, conhecida como Manifestação dos 20 centavos, em que a população se reuniu para reivindicar providências de serviços públicos coletivos de qualidade com tarifas módicas como um dos motes para criação do Plano de Mobilidade Urbana.

As várias mortes causadas no país em acidentes de trânsito (cerca de 43 mil óbitos por ano), bem como o excessivo tempo gasto com deslocamento médio em grandes capitais, prejudicando as condições de vida dos usuários de transporte públicos, assim como um crescente índice de poluição atmosférica e sonora também foram motivadores para a publicação do PlanMob.

Até mesmo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), associação civil, sem fins lucrativos, que exerce função delegada estatal por intermédio do Conmetro/Sinmetro, órgãos do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio publicou a norma ABNT NBR ISO 37120:2017 para análise do Desenvolvimento Sustentável de comunidades, em que criou indicadores para orientar e medir serviços urbanos e qualidade de vida.

Na NBR ISO 37120/17, como indicadores que compõem o desenvolvimento sustentável da comunidade, estão os de governança, transporte e planejamento urbano, a reforçar a importância dos tópicos para a classificação de uma cidade como sustentável, na esteira do que, inclusive, preconiza-se no Objetivo de nº 11 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas<sup>22</sup>.

#### **4. Movimentos civis e luta por uma mobilidade urbana eficiente nas últimas décadas**

A lógica mercantilista sobre a mobilidade urbana tolhendo o direito de ir e vir da população acabou por deflagrar movimentos civis nos últimos anos com essa temática.

A Revolta do Buzu<sup>23</sup>, protagonizada pelos estudantes do ensino médio, principalmente, jovens universitários e jovens do ensino fundamental, ocorrida em Salvador entre agosto e setembro de 2003, foi uma série de manifestações em resistência às condições indignas do transporte público na capital soteropolitana.

As principais reivindicações dos jovens na rua eram: 1- a manutenção do preço da tarifa do ônibus em R\$1,30, pois havia subido para R\$1.50 (a principal reivindicação); 2- a meia passagem nos finais de semana, feriados e férias; 3- a gratuidade na primeira via do cartão utilizado pelos jovens; 3- a revitalização do Conselho Municipal de Transporte e, por fim, a melhoria das condições dos transportes.

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015. Disponível em: <<https://naacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br>>. Acesso em 02 de ago. de 2019.

<sup>23</sup> Fonte: OLIVEIRA, Júlia Ribeiro de (Coord.) e CARVALHO, Ana Paula (Coord.). *A Revolta do Buzu – Salvador (BA): Manifestações dos estudantes secundaristas contra o aumento da Tarifa de Ônibus. Relatório das Situações-Tipo Brasil*. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: <[http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE\\_IPOLIS\\_revoltadobuzu\\_2007.pdf](http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2019.

Calcula-se que a série de movimentos reuniu 20 mil estudantes de colégios de diversas regiões da capital e da cidade vizinha, paralisando a circulação de carros e ônibus por quase 20 dias<sup>24</sup>, causando impacto nas atividades econômicas locais e na arrecadação das sociedades empresárias do ramo de prestação de serviço de transporte público rodoviário.

No movimento, restou bem consignada a importância extrema do acesso à mobilidade urbana eficiente para que os jovens pudessem ter acesso ao direito à educação, sendo a gratuidade de oferta de transporte público para estudantes de escolas públicas uma reivindicação tradicional dos movimentos estudantis no Brasil.

Salvador é tida como a capital do desemprego, segundo estudos do Dieese<sup>25</sup>, com inúmeras pessoas vivendo em processo de informalidade e em condições precárias de trabalho. Em 2016, o salário médio mensal dos trabalhadores formais é de apenas 3,4 salários mínimos e somente 28,7% da população têm ocupação, ou seja, 841.999 pessoas<sup>26</sup>. O terceiro maior gasto para uma família de baixa renda é com a mobilidade urbana, constituindo-se em 8,15% da despesa, valor este bastante impactante no orçamento mensal familiar<sup>27</sup>.

Um ponto digno de nota na Revolta do Buzu foi a resistência dos estudantes envolvidos a se associarem, no evento, a qualquer tipo de entidade formalmente organizada, mesmo que estudantil, pois, segundo Oliveira e Carvalho (2007, p. 8), “como pode ser observado em documentários e reportagens da época, a maioria dos estudantes associou a presença delas a partidos políticos, mecanismos de manipulação da opinião pública, disputa pelo poder e pela iniciativa das manifestações”.

Nesta manifestação observa-se claramente a crise da democracia representativa que está acontecendo em todo o mundo, mas que é um processo com maior visibilidade principalmente na América Latina, em que investigações como as operadas na Lava-Jato expõem as vicissitudes da corrupção severa que abundam aqui, assim como acusações de golpes de Estado na Venezuela e violentos protestos ocorridos no Paraguai<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 7 do supracitado relatório.

<sup>25</sup> A taxa de desemprego total da Região Metropolitana de Salvador aumentou de 25% para 25,5% da População Economicamente Ativa (PEA) em fevereiro de 2018. Estima-se hoje que sejam 510 mil pessoas desempregadas. Fonte: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa de Emprego e Desemprego. Mercado de Trabalho na Região Metropolitana de Salvador. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analiseped/2018/201802pedssa.html>> Acesso em: 30 out. 2019.

<sup>26</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Panorama da Cidade de Salvador. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/salvador/panorama>>. Acesso em: 30 out. 2019.

<sup>27</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Orçamento Familiares (POF) de 2004*. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/19052004pof2002html.shtm>>. Acesso em: 2 out. 2019.

<sup>28</sup> Protestos no Paraguai em 2017 foram uma série de manifestações ocorridas no país que teve início em 31 de março. Durante os protestos, o Congresso foi incendiado por manifestantes. As manifestações ocorreram após 25 senadores aprovarem uma emenda constitucional que permitiria ao atual presidente do país, Horacio Gomes, concorrer à reeleição em 2018, possibilidade vedada atualmente pela Constituição paraguaia. A emenda foi descrita pela oposição como “um golpe”. Vários Políticos e jornalistas, bem como a polícia e manifestantes foram feridos, incluindo um deputado de oposição. Um líder da Juventude Liberal, Rodrigo Quintana, foi morto após ser baleado em uma invasão à sede do Partido Liberal Radical Autêntico, em Assunção. Fonte: BBC News Brasil. *Entenda a crise que culminou com invasão e incêndio do*

O cidadão-consumidor deseja respostas rápidas e satisfatórias em termos de políticas públicas, o que encontra óbices na própria ideia da representatividade, sujeita a procedimentos mais morosos de legitimação de seus ideais de governança.

Essa visão mercadológica da cidadania esteia-se no fato de que reclamações e sugestões de clientes são prontamente atendidas, em regra, pelas sociedades empresárias, o que difere bastante das respostas aos reclamos obtidas no setor público, seja na celeridade, eficácia e presteza.

Partidos políticos são vistos e muitos assim se colocam como instituições voltadas ao lucro, buscando riqueza e glória na sociedade, ao invés de atenderem ao seu intuito originário de instrumento de operacionalização do direito de cidadania junto aos Poderes Públicos.

A compreensão da gênese desse processo de progressivo desgaste da democracia representativa na América Latina é assim descrita por Riffo, cientista política chilena, em entrevista a João Paulo Charleaux<sup>29</sup>:

É preciso lembrar que democracia e representação compõem uma aliança incômoda. Desde suas origens, a democracia era exercida de maneira direta, sem corpos políticos intermediários – ainda que fosse restrita aos homens livres, o que excluía escravos e mulheres. Já a representação, era exercida pelos monarcas, que enviavam seus representantes para distintos pontos do reino, para dar solução aos problemas do governo e para cobrar impostos. Foi a Revolução Francesa que uniu os conceitos de democracia e representação. Por isso, em alguns momentos da história moderna, há essa tensão entre democracia e representação (RIFFO, 2017, s.p.).

A República representativa, modelo forjado ao fim do séc. XVIII, dá claros sinais de esgotamento, tendo em vista a dissociação progressivamente gerada pela vontade popular real e o instituto da representação, baseada precipuamente em estruturas de poder verticalizadas.

A Revolta do Buzu acabou por receber grande apoio da população que encampou o movimento capitaneado pelos jovens estudantes soteropolitanos. De acordo com Oliveira e Carvalho (2007, p. 5), “os trabalhadores de maneira geral, professores, até mesmo alguns policiais e motoristas de ônibus reconheciam a importância do ato, mesmo diante do imenso transtorno causado na cidade”.

*Congresso do Paraguai*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39466675>> Acesso em: 30 out. 2019.

<sup>29</sup> Fonte: Nexo Jornal. *De onde vem a crise de representatividade dos partidos, segundo esta pesquisadora chilena*. Javiera Arce Riffo discute em São Paulo os entraves da democracia na América Latina e os meios de driblar a crise política, que não está restrita ao Brasil. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/04/03/De-onde-vem-a-crise-de-representatividade-dos-partidos-segundo-esta-pesquisadora-chilena>>. Acesso em 30 de out. de 2019.

Os jovens baianos são muito participativos em questões referentes à cultura, lazer, esporte e artes, todos direitos constitucionais, fazendo da escola seu primeiro *locus* de atuação institucional. Da série de manifestações chamada de Revolta do Buzu, resultaram oito candidaturas dos jovens participantes do movimento a cargos de vereança na cidade, inexistindo êxito, no entanto, nos pleitos.

Não houve após a série de manifestações na capital baiana, entretanto, atendimento do pleito principal de diminuição do valor tarifário, mas o movimento foi muito belo e expressivo socialmente, pois teve impacto na construção identitária dos jovens participantes, o que faz parte da construção da noção de cidadania.

Além disso, trouxe à baila a discussão sobre a necessidade de redução de tributos sobre valores das passagens (ISS, ICMS, CIDE, COFINS e PIS), bem como a grande influência para que houvesse manifestações em outros lugares do país, como a Revolta da Catraca em Florianópolis em 2004, e a própria criação do Movimento Passe Livre em 2005, durante o Fórum Social Mundial em Porto Alegre.

A Revolta da Catraca ou Guerra da Tarifa foi um movimento popular ocorrido na cidade de Florianópolis, em 2004, com 17 dias de protesto. Houve protestos de estudantes e população contra o reajuste das passagens de ônibus na capital de Santa Catarina, bem como o aumento de salário de vereador em 150% e da Prefeita em 275%.

O movimento foi considerado também, como a Revolta do Buzu, um movimento horizontal, sem líderes, que envolveu associações comunitárias e estudantes, não tendo sido arregimentado através da *internet*. O movimento iniciou-se com alunos do Colégio de Aplicação pulando grades e cercas do instituto, seguindo em marcha para o centro, fechando o terminal da Trindade.

De acordo com Vinicius (2005, p.14)<sup>30</sup>, estudantes e policiais militares reuniram-se no primeiro dia, com apoios recíprocos em diversos e importantes momentos. Ao longo do movimento o palco de embate foram as ruas e a estratégia era a ocupação, como a Avenida Paulo Fontes, com a rodovia SC-401, que é a principal ligação entre o centro da cidade e o norte da ilha de Florianópolis, bem como o bloqueio de terminais e a estratégia catraca-livre, que consistia em deixar a porta de trás dos ônibus abertas.

O movimento teve certo nível de organização e preparação e encontrou forte represália por parte do Poder Executivo, que determinou a repressão violenta com policiais com bombas de gás, chutes nos rostos dos estudantes, spray de pimenta e balas de borrachas. Ocorreram também várias detenções e indiciamentos<sup>31</sup>.

Ao fim, os manifestantes, principalmente os jovens, atingiram seu objetivo principal que era a revogação do aumento das tarifas, bem como conseguiram com que os vereadores fizessem um abaixo-assinado pedindo que a Chefe do Executivo municipal não sancionasse o projeto de aumento de salário que eles mesmos haviam aprovado. Fizeram renascer no povo catarinense a noção do poder da população unida para atingimento de conquistas sociais, o que foi confirmado por Vinicius (2005, p.60):

<sup>30</sup> VINICIUS, Leo. *A guerra da tarifa*. São Paulo: Fâisca, 2005, p. 14.

<sup>31</sup> VINICIUS, Leo. *A guerra da tarifa*. São Paulo: Fâisca, 2005, p. 35.

O movimento já foi uma vitória em si mesmo. E ainda conquistou a sua reivindicação central. Modificou o imaginário popular. Enfrentou as forças mais conservadoras da sociedade catarinense e lhe impingiu uma derrota. O povo daqui agora sabe que é possível conquistar o que se deseja através da mobilização e da ação direta. Isso se vê nas ruas.

Na esteira das Revoltas do Buzu e da Catraca, o Movimento Passe Livre (MPL) autodefine-se como “um movimento social autônomo, apartidário, horizontal e independente, que luta por um transporte público de verdade e gratuito” (MOVIMENTO PASSE LIVRE, 2005, s.p.)<sup>32</sup> para toda a população. Foi batizado na Plenária Nacional pelo Passe Livre, em janeiro de 2005, em Porto Alegre.

Apesar de apartidário, o MPL não refuta a participação de partidos no movimento, mas defende que a política deve transcender o simples ato de votar, abarcando a prática cotidiana do exercício da cidadania. Defende ainda a horizontalidade na participação, conclamando todos indistintamente a participarem do movimento.

O MPL dispõe que a gratuidade do transporte público deve ser entendida como o pagamento do transporte através dos impostos progressivos, analisando a capacidade contributiva de cada contribuinte, de forma que os mais pobres teriam as passagens custeadas pelos mais abastados.

A internet, no caso do MPL, é utilizada por grupos de trabalho que executam as deliberações plenárias tomadas em consenso, e, em último caso, por votação. Almeja-se a inclusão do elemento participação popular de forma intensa na gestão dos transportes coletivos.

O direito à mobilidade urbana, para o MPL, é tido como um dos corolários do direito à cidade, pois de acordo com o manifesto do movimento a “circulação livre e irrestrita é um componente essencial deste direito que as catracas – expressão da lógica do transporte como circulação de valor – bloqueiam.” (MARICATO, 2013, p. 7)<sup>33</sup>.

O movimento ganhou destaque na imprensa e a discussão sobre a tarifa zero veio ainda mais à tona em 2013, após as grandes manifestações ocorridas em junho no país, as Jornadas de Junho, com grande mobilização do MPL de São Paulo, buscando-se impedir o aumento das passagens de transporte coletivo na cidade. No fim deste mesmo ano, mais de 100 cidades brasileiras haviam reduzido a tarifa do transporte, em consequência das manifestações.

Sobre a magnitude das manifestações, Maricato (2013, p. 19) assim se consignou:

<sup>32</sup> Fonte: *Movimento Passe Livre*. Disponível em: <<https://www.tarifazero.org/mpl/>> Acesso em 05 de nov. de 2019.

<sup>33</sup> As Vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Erminia. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, Carta Maior. 2013, p.7.

Tomando as ruas, as Jornadas de Junho de 2013 rasgaram toda e qualquer perspectiva técnica acerca das tarifas e da gestão dos transportes que procurasse restringir seu entendimento aos especialistas e sua “racionalidade”, a serviço de cima. Ao reverter o aumento das passagens em mais de cem cidades do país, as pessoas deslocaram momentaneamente – e com impactos duradouros – o das barricadas, uma experiência de apoderamento que não se resume à ocupação física das cidades, mas estende-se à maneira como se organizam os transportes no país. É essa tomada de poder que assusta os gestores estatais e privados, que tentam agora reocupar o espaço que perderam para os trabalhadores urbanos.

Na cidade de São Paulo, especificamente, o MPL exerceu-se pressão vitoriosa de duas semanas sobre a revogação do decreto municipal que aumentou em R\$0,20 a tarifa, que só viria a acentuar a exclusão social já existente na mobilidade urbana.

Em todos os movimentos sociais de que se trata até agora, as tentativas de “ocupação da cidade” pelos cidadãos dela excluídos levaram a respostas de violência, pois esta forma de linguagem ainda é bastante utilizada como forma de controle pelos políticos locais. Vocábulos como “baderna, quadrilha, arruaceiros, criminosos e vagabundos” legitimam o discurso estatal e midiático para tentar interromper a rebeldia dos excluídos sociais contra o processo alijador que vivenciam diariamente: sem mobilidade urbana, sem educação, sem saúde, sem moradia, sem lazer.

A gestão dos fluxos e dos espaços citadinos pelos participantes dos movimentos é tônica comum. Devolve-se à cidade o seu próprio veneno diário: bloqueia-se uma avenida principal e, como nossa mobilidade urbana é essencialmente rodoviarista e individualista, com péssimo transporte coletivo, o caos está formado.

O estado do Rio Grande do Norte, em 2013, também foi palco do movimento Pau de Arara que ocupou as ruas de Mossoró, dirigindo-se à Câmara Municipal e à sede da chefia do Executivo local, o Palácio da Resistência.

Os protestantes, principalmente jovens estudantes, insurgiam-se contra um precaríssimo serviço de transporte público, ônibus sucateados, aumentos de tarifas abusivos, apesar de a União ter aberto mão de cobrança dos tributos PIS e COFINS para evitar aumento das tarifas, e lutavam pela efetiva aplicação do Plano de Mobilidade Urbana (já aprovado há dois anos) e integração das linhas.

A internet foi utilizada como principal veículo de comunicação e o movimento acabou por obter conquistas como passe para estudantes e projeto de lei voltado à adaptação para mobilidade nos ônibus, que foi arquivado infelizmente.

## 5. Contextualização histórica da bicicleta e seu progressivo reconhecimento como modal de transporte

Diante da necessidade de revisão de uma política essencialmente rodoviarista em termos de mobilidade urbana, a bicicleta está paulatinamente sendo objeto de novos olhares nos planejamentos das cidades no que concerne ao deslocamento de até oito quilômetros, ou seja, em curtas e médias distâncias<sup>34</sup>.

No que tange à educação do ciclista para uso do veículo e da população no respeito aos ciclistas, é válido ressaltar que o Código de Trânsito Brasileiro (CTB)<sup>35</sup> regula a circulação por meio de bicicletas, que pode ser feita nos bordos da pista de rolamento, quando não houver ciclovia ou ciclofaixa<sup>36</sup>, com preferência sobre os veículos motorizados. O ciclista que está desmontado empurrando a bicicleta, por sua vez, é equiparado ao pedestre em direitos e deveres<sup>37</sup> conforme disposto na referida lei.

Por ser tratado como veículo no CTB<sup>38</sup>, potencialmente causador de acidentes graves, há equipamentos obrigatórios que a bicicleta deve possuir, como campainha, sinalização noturna dianteira, traseira, lateral e nos pedais, bem como retrovisor do lado esquerdo<sup>39</sup>.

Existe ainda no CTB previsão de punição para com atitudes agressivas com o ciclista, tal como ultrapassagens por veículos motorizados que, nas expressões populares, se denomina de “tirar fino”, ou seja, deixar de guardar a distância lateral de um metro e meio ao passar ou ultrapassar a bicicleta<sup>40</sup>, sendo esta considerada uma infração média sujeita a multa. Da mesma forma, o ciclista não pode conduzir a bicicleta onde não seja permitido ou conduzi-la de forma agressiva, sendo esta uma infração média, sujeita a multa e a remoção do veículo<sup>41</sup>.

Considerado o primeiro veículo mecânico para transporte individual, a origem da bicicleta é um tanto controversa, alguns estudiosos atribuem o primeiro desenho deste modal, além de estudos sobre a transmissão por corrente, ao artista renascentista italiano Leonardo da Vinci (1452-1519). Tal desenho consta do *Codex Atlanticus*, uma coleção de documentos do polímata, constituído por doze volumes. Como se sabe, da Vinci era apaixonado por mecânica e anatomia, tendo produzido obras nas mais diversas áreas do conhecimento.

<sup>34</sup> Fonte: Revista Bicicleta. Reportagem “A Eficiência dos 8km” de André Geraldo Soares. Nesta mesma reportagem, o autor afirma que “95% dos municípios brasileiros têm população de até 100.000 habitantes, cujos perímetros urbanos não ultrapassam 8km de diâmetro. Desta forma, ressalvadas as condições topográficas e atmosféricas, qualquer ciclista, em condições físicas medianas, pode atravessar essas cidades em não mais do que 40 minutos. E estamos autorizados a conceber que apenas uma parcela diminuta da população necessita cruzar diariamente uma cidade de ponta a ponta.” Disponível em: <[http://revistabicicleta.com.br/bicicleta.php?a\\_eficiencia\\_dos\\_8\\_km&id=2781](http://revistabicicleta.com.br/bicicleta.php?a_eficiencia_dos_8_km&id=2781)>. Acesso em: 11 jan. 2019.

<sup>35</sup> Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2019.

<sup>36</sup> Art. 58, *caput*.

<sup>37</sup> Art. 68, §1º.

<sup>38</sup> Art. 96, inciso II, alínea a, item 1.

<sup>39</sup> Art. 105, VI.

<sup>40</sup> Art. 201.

<sup>41</sup> Art. 255.

Alguns estudiosos, por sua vez, contestam essa origem<sup>42</sup> e consideram o desenho incluído na compilação *Codex Atlanticus* uma fraude, atribuível a um monge italiano que teria incluído um trabalho seu na coleção de documentos do renomado artista italiano.

Um historiador chinês, por sua vez, chamado Xu Quan Long, alega que o primeiro invento que se assemelha com a atual ideia de bicicleta teria sido uma engenhoca de rodas construída pelo inventor compatriota Lu Ban, que nasceu há 2500 anos atrás<sup>43</sup> e era especialista em construção de artefatos de guerra.

Historicamente, a origem com mais substrato documental é a de que, em 1790, o conde francês Mede de Sivrac inventou o celerífero, um cavalo de madeira de duas rodas, que se empurrava com um ou dois pés. Muitos consideram, no entanto, que o real inventor do veículo foi o barão alemão Karl Friedrich Von Drais que construiu a draisiana em 1817, espécie também de celerífero, com a roda dianteira servindo de diretriz e gerando mobilidade através de um comando com as mãos, o que atualmente chamaríamos de guidão, o que lhe conferia equilíbrio e possibilidade de realização de curvas ao invento.

Não havia pedais no projeto da draisiana, o que levava os usuários a empurrarem a si mesmos com os pés. Tal objeto foi patenteado em 1818, em Baden e em outras cidades europeias, incluindo Paris, mas houve baixíssimo interesse pela industrialização do invento na Alemanha inicialmente.

Mais de setenta anos depois, passando-se neste ínterim pela invenção do velocípede pelo francês Pierre Michaux, com diversos melhoramentos técnicos tais como a inclusão de pedais sobre disco e repasse da tração para a roda traseira e o câmbio de marchas, criado por Johann Walch, da Alemanha, o quadro trapezoidal, por Huber, na Inglaterra, e, em 1891 e os pneus tubulares desmontáveis, por Michelin, na França, tem-se a bicicleta da forma aproximada com que a temos hoje.

Com a revolução industrial, que se iniciou no séc. XVIII e atingiu seu ápice no século XIX, nasce a primeira indústria de bicicletas denominada *Michaul and Company* em 1875 e o veículo torna-se uma constante na paisagem em Paris e em outras cidades europeias.

No Brasil, de acordo com o Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, em seu caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 24-25), não se pode precisar data exata de chegada do veículo ao nosso território e nem a localidade. Estima-se que a Capital do Império, entre os anos de 1859 e 1870, tenha recebido os primeiros exemplares, pois nela estariam concentradas as pessoas com maior poder aquisitivo e que mantinham relações com a Europa, em que haviam surgido várias indústrias que produziram as bicicletas.

<sup>42</sup> *The Leonardo da Vinci Bicycle Hoax*. Disponível em: <<http://www.cyclepublishing.com/history/leonardo%20da%20vinci%20bicycle.html#>> Acesso em: 21 de maio de 2018.

<sup>43</sup> *Was this the world's First-ever Cycle?* Disponível em: <<https://metro.co.uk/2010/03/24/was-this-the-worlds-first-ever-cycle-189288/>>. Acesso em: 21 maio 2019.

Alguns estudiosos sustentam, no entanto, que a bicicleta teria chegado ao Brasil no século XIX através de imigrantes europeus que vieram trabalhar na região sul do país. Em 1895, há registros fotográficos de clube de ciclistas em Curitiba<sup>44</sup> fundado por um grupo de alemães imigrantes.

SILVA (2014, p. 45-46) afirma que, quando da chegada do invento ao Brasil, símbolo de modernidade, no fim do século XIX e início do século XX, a bicicleta era usada por pessoas das mais diferentes classes sociais e tinha um certo status social. Com a chegada do bonde, calhambeque e, posteriormente, do carro, depois da Segunda Guerra Mundial, o modal, especialmente nas grandes capitais, foi alvo de estigmatização social e alijamento no que se refere aos planejamentos urbanos de transporte, essencialmente rodoviaristas.

De fato, estudos recentes conduzidos por Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.7), afirmam que “o ciclista brasileiro é de baixa renda, jovem e residente na zona rural” majoritariamente, “considerando-se zona rural a periferia de pequenas cidades ou uma região periurbana de transição nas grandes cidades”.

Em cidades pequenas e de médio porte a bicicleta foi muito utilizada para deslocamento por trabalhadores de indústrias e de pequenos estabelecimentos empresariais. Este fator deve ter contribuído também para o veículo ser visto como modo de locomoção de somenos importância por longo período nas políticas públicas brasileiras de mobilidade urbana, visto que um veículo utilizado por trabalhadores, especialmente com a chegada do automóvel no Brasil ao fim do século XIX e posterior processo de industrialização realizado aqui na década de 1950, sequer era considerado como modal de transporte efetivamente.

Segundo Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.5), curiosamente, estima-se que hoje o Brasil ainda tem mais bicicletas (50 milhões de unidades) que carros (41 milhões de unidades), mas somente 7% do total de viagens é feito por bicicletas, quando, na verdade, poderíamos atingir um patamar de 40% de viagens percorridas através deste modal.

De acordo com o Manual de Planejamento Cicloviário (2001), diante da ideia de que os modais mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de transporte urbano, por longo período acreditou-se que a bicicleta, por ser um veículo simples, era uma tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento, o que, na verdade, mostrou-se ser uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas e progressivas mudanças de paradigmas socioambientais.

De fato, esta estigmatização da bicicleta como veículo voltado unicamente para o uso das classes sociais menos favorecidas está progressivamente sendo vencida através de movimentos sociais de diversos usuários que acabam por também impactar a formulação de políticas públicas especialmente formuladas para fomentar o uso do modal.

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/colonistas/nostalgia/vida-equilibrada-96xh0wkunsgfmyun0z>> Acesso em: 22 maio 2019.

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.7) indicam que, por um “semianalfabetismo sobre mobilidade urbana eficiente” ainda há, é claro, resistência a este movimento, e, paradoxalmente, mesmo os usuários de baixa renda do modal, quando aumentam a sua renda familiar, tendem a aumentar a taxa de motorização, especialmente com a compra de motocicletas (processo denominado de *shifting*). Este fator indica que não necessariamente o uso da bicicleta está ligado atualmente à conscientização ambiental e de saúde, mas sim à deficiência de transporte público e segregação social.

Um dos fatores já experienciado na Europa que reverte esta tendência à motorização já é o oferecimento de redes cicloviárias integradas a outros modais, como trens e ônibus, por exemplo, o que também foi objeto de constatação na cidade colombiana de Bogotá e em Niterói, no Rio de Janeiro, com a integração entre o modal e o transporte aquaviário oferecido nesta última cidade através da construção do bicicletário Arariboia, ao lado da estação central das barcas<sup>45</sup>.

No que se refere à economia e conscientização socioambiental, o evento histórico conhecido como o Primeiro Choque do Petróleo ocorrido em 1973, em que os países do Oriente Médio diminuíram a produção de barris diante da conscientização da finitude do recurso não renovável, elevando o valor de cada barril de US\$2,90 para US\$11,65 dólares em apenas três meses, acabou por ocasionar uma necessidade de revisão das políticas de mobilidade urbana, estimulando-se o uso de novos modais que causassem impacto menor no meio ambiente.

Em 1976, a primeira política urbana consolidada da União sobre planejamento cicloviário é editada através do Manual de Planejamento Cicloviário da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT), baseada em análise de técnicos sobre a experiência de cidades sulistas que estimulavam o uso do modal. Tal manual foi reeditado em 1980 e também em 2001.

Curitiba foi uma das cidades analisadas no Caderno, pois, já em 1976, implantava uma embrionária rede cicloviária no interior de parques e em conexões entre alguns deles. Mesmo que não tenha ocorrido um planejamento técnico mais apurado, pois o projeto baseou-se apenas na elaboração de um anteprojeto geométrico unicamente, demonstrou-se que a cidade já fomentava a mobilidade urbana que não fosse somente a rodoviarista, regra no país à época.

Atualmente Curitiba é a cidade brasileira que tem o maior número de ciclistas no país, o que pode ser atribuído a diversos fatores como o desenvolvimento contínuo de políticas públicas para o desenvolvimento da estrutura cicloviária, clima e por também ainda apresentar, como a maioria das cidades brasileiras, problemas relacionados ao

<sup>45</sup> Quem usa diariamente as barcas na travessia para o Rio percebe o aumento de passageiros com bicicletas a bordo. E os números comprovam: levantamento da CCR Barcas mostra que o crescimento do trânsito de ciclistas e suas magrelas no trajeto Arariboia – Praça Quinze chegou a 125% nos últimos dois anos. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/em-dois-anos-numero-de-ciclistas-na-travessia-de-barcas-entre-niteroi-praca-quinze-cresceu-125-16501882>>. Acesso em: 15 set. 2019.

transporte público<sup>46</sup>. O principal motivo listado para utilização do modal na cidade foi o fato de ser considerado mais rápido e prático, segundo cerca de 36% de entrevistados na cidade no ano de 2018.<sup>47</sup>

Curitiba apresenta atualmente 207 km de vias cicláveis, utilizadas precipuamente para o deslocamento até o trabalho (60% das viagens). Cerca de 55% dos ciclistas contemplados na pesquisa supracitada consignaram que, se houvessem mais e melhores infraestruturas adequadas certamente usariam o modal de forma mais intensa.<sup>48</sup>

Joinville, nos idos da década de 70, também recebeu visita técnica por parte da GEIPOT, visto que, na época, possuía a fama de cidade com o maior uso de bicicleta do país, especialmente pela existência da Fundação Tupy, maior sociedade empresária da cidade. Esta indústria construiu um estacionamento coberto com 2400 vagas, com utensílios para uso dos mais de 5000 mil funcionários ciclistas, o que já demonstrava o pioneirismo sulista na acolhida da bicicleta e a necessária infraestrutura.

Nos termos do Manual de Planejamento Cicloviário (2001, p. 1), assim era a situação do uso do modal naquele momento:

[...] A política de transportes urbanos, em particular a cicloviária, é essencial para estruturar soluções autossustentáveis para as áreas urbanas. Esse veículo, até o presente momento, não recebeu, em nosso país, o tratamento adequado ao papel que desempenha como meio de transporte, nas áreas urbanas. No Brasil, poucos são os profissionais que se interessam em conhecer ou estudar o fenômeno do uso da bicicleta, mesmo sendo ela o único veículo cuja aquisição é acessível a todas as classes sociais. A falta de prestígio desse meio de transporte junto a autoridades e planejadores tem acarretado aos seus usuários um a situação de semimarginalidade.

Em 2001, a GEIPOT publica um Diagnóstico Nacional do Planejamento Cicloviário<sup>49</sup> com dados coletados desde o ano de 1999, o estudo mais completo da União à época sobre o uso da bicicleta, depois de várias pesquisas realizadas em quase 60 cidades do país. Inicialmente, os pesquisadores contemplaram visitas a 25 cidades e, considerando que várias outras demonstraram interesse na participação sobre o diagnóstico, mais municípios foram englobados para a análise.

Considerando a importância da bicicleta para a realização de milhares de deslocamentos para lazer, estudo e trabalho, a SeMob implementa, em 2004, um

<sup>46</sup> Fonte: Pesquisa Nacional sobre o Perfil do Ciclista Brasileiro, elaborado pela Associação Transporte Ativo em parceria com o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ta.org.br/perfil/ciclista18.pdf>> Acesso em: 4 jan. 2019.

<sup>47</sup> Fonte: Pesquisa supracitada, p. 31.

<sup>48</sup> Fonte: Pesquisa supracitada, p. 31.

<sup>49</sup> Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes. *Planejamento Cicloviário: Diagnóstico Nacional*. Disponível em: <<https://www.ciclocidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot>>. Acesso em: 22 maio 2019.

fórum para discussão do Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, visando à edificação de uma política sólida de expansão do transporte cicloviário no Brasil.

A transformação do espaço urbano e a redução das desigualdades sociais pelo uso desigual e injusto do solo, bem como a reformulação da ênfase dada ao transporte individual motorizado são motes para a elaboração de um Caderno de Referência para elaboração de um Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades, publicado em 2007.

Em 2007, o Ministério das Cidades publica o Caderno de Referência para a Elaboração de um Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades, pretendendo fomentar uma política de mobilidade urbana baseada em princípios como a inclusão social, sustentabilidade ambiental, gestão participativa e equidade no uso do espaço público.

Neste Caderno delinea-se um quadro da política de mobilidade urbana no Brasil à época, um panorama sobre o uso da bicicleta, bem como um roteiro para elaboração de projetos cicloviários nas cidades, inclusive com a integração do modal com os outros meios de transporte, o que aumenta o raio de abrangência de uso do veículo a médias e longas distâncias, assim como reduz custo dos deslocamentos, acabando por beneficiar a grande parcela da população de menor renda.

O Caderno ainda nos informa que a bicicleta é vista como o veículo dos “excluídos sociais”, sequer lhe sendo reconhecido o *status* de modo de transporte pela população à época em que editado o documento. Considerada invisível, por quase não ser poluente e por ocasionar quase nenhuma poluição sonora, teve sua importância nos deslocamentos diários da população desconsiderada e ofuscada pelo massivo uso do automóvel, tornado símbolo de *status social* por intensas propagandas e apoio governamental.

A pressão socioeconômica, no entanto, pela revisão do excesso de viagens motorizadas, seja por questões ambientais, financeiras ou sociopolíticas, relançou um novo olhar sobre o uso do modal, com a conseqüente revisão do desenho urbano para seu integral acolhimento. Segundo o caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 16), “a cidade não pode ser pensada como, se um dia, todas as pessoas fossem ter um automóvel”, o que levou, inclusive, a União a criar programas para fomento a projetos de sistema de deslocamento não motorizados (a pé ou por bicicleta).<sup>50</sup>

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 10) afirmam que a partir de 2004 houve um grande avanço em políticas públicas cicloviárias, especialmente com o fortalecimento de associações cicloativistas, como a União de Ciclistas do Brasil, fundada em 2007,

<sup>50</sup> “1- Programa de Mobilidade Urbana, através da ação Apoio a Projetos de Sistemas de Circulação Não Motorizados, com recursos do Orçamento Geral da União – OGU; 2- Programa de Infraestrutura para Mobilidade Urbana – Pró-Mob, através de modalidades que apoiam a circulação não motorizada (bicicleta e pedestre), para financiamento com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)”. In: *Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta – Bicicleta Brasil*. Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, 2007. Disponível em: <[http://www.intt.gob.br/repositorio/biblioteca/texto\\_relacionados/Livro\\_20Bicicleta\\_20Brasil.pdf](http://www.intt.gob.br/repositorio/biblioteca/texto_relacionados/Livro_20Bicicleta_20Brasil.pdf)> Acesso em: 21 maio 2019.

mas, em 2009, o governo federal recuou ao novamente retomar o estímulo a políticas públicas rodoviaristas, com políticas fiscais diferenciadas para compra de automóveis:

Há uma incompatibilidade de discursos de mobilidade entre o rodoviarismo e o cicloativismo. Esta disputa de discursos fica evidenciada no governo federal, com avanços para visão cicloativista a partir de 2004, com o Programa Bicicleta Brasil, e retrocessos a partir do ano de 2009 com fortalecimento da visão rodoviarista e estímulo econômico e fiscal para compra de automóveis pelo governo federal, com destaque para a diminuição do imposto sobre produtos industrializados (IPI). A concentração de esforços governamentais na promoção do rodoviarismo, do ponto de vista das políticas públicas, não pode ser justificada, uma vez que os modos ativos e coletivos de transporte motorizado compõem a maioria das viagens, como mostrado anteriormente (NOBRE, 2010, p. 15).

Com o “Programa de Aceleração de Crescimento 2” voltado para as médias cidades, em 2012, Belloto *et al.* (2014) sustentam que houve a formulação de 24 propostas, dentre 63 apresentadas, relativas à criação de ciclovias e/ou ciclofaixas como itens de investimento.

Apesar de haver investimentos financeiros dos diversos entes federativos em infraestrutura cicloviária, sob a pressão da sociedade civil também, a denominada “onda bike” também recebeu estímulo ao desenvolvimento por parte de entidades financeiras, disseminando estratégias de *marketing* ecológico, como símbolo de sustentabilidade.

Duas instituições financeiras foram pioneiras nestes projetos no Brasil: o Banco Itaú com o compartilhamento das “laranjinhas” e o Banco Bradesco também com as bicicletas do sistema denominado “ciclo sampa” e o estímulo ao cicloturismo local, através da separação de faixas cicláveis, nos fins de semana, em avenidas e parques municipais.

Tais projetos acabaram por dar maior visibilidade à bicultura, havendo, no entanto, sérios questionamentos sobre ferimentos às regras gerais de licitação e de malversação do espaço na cidade que seria conferido a um oligopólio formado pelas instituições financeiras, em mais um processo de “financeirização” do solo e a mercadoria espaço urbano<sup>51</sup>.

O fato de haver exploração da cidade, pertencente à coletividade, como a publicidade feita por meio de placas com o nome da sociedade empresária parceira, em troca de conservação de praças, canteiros e outros espaços públicos, quando se estão em jogo contraprestações muito mais lucrativas como o aluguel cobrado pelo

<sup>51</sup> Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado? Disponível em: <<http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

sistema de *bike sharing*, demonstra que há malversação do espaço público através de instrumentos normativos firmados pelo Poder Público.

Também é alvo de críticas a edição de decretos municipais casuísticos e genéricos para lidar com a exploração de publicidade em espaços públicos por partes destas instituições financeiras sob o fundamento de que pressões político-partidárias poderiam influir sobre a continuidade dos serviços, caso algum candidato eleito não fosse estimulador do sistema de compartilhamento de bicicletas.

A este fenômeno, Rolnik (2015, p. 225) chama de “novas formas de financiamento municipal”:

A literatura sobre o impacto do neoliberalismo nas políticas urbanas identificou a emergência do chamado “empreendedorismo municipal” como resposta local à erosão da base econômica e fiscal das localidades em função dos processos de reestruturação produtiva e ajuste fiscal. Os governos das cidades abandonaram a visão administrativa predominante nos anos 1960 em direção a uma ação “empreendedora” nos anos 1970 e 1980. De um lado, as cidades foram envolvidas por um ambiente geoeconômico marcado por caos monetário, movimentos especulativos do capital financeiro, estratégias globais de localização de corporações multinacionais e intensificação da competição entre localidades. Ao mesmo tempo, o retraimento de regimes de bem-estar e de transferências intergovernamentais impôs limites ao financiamento das políticas urbanas. Por outro lado, os programas neoliberais de desregulação, privatização do gasto público também penetraram na agenda dos governos locais, o que transformou suas políticas urbanas em verdadeiros laboratórios, com experimentos que vão do marketing de cidades a zonas especiais de promoção econômica, megaprojetos globais e organizações locais de desenvolvimento urbano.

Ações integradas da sociedade civil cicloativista, juntamente com as demais pautas de luta urbana como moradia, saúde e defesa do meio ambiente também são importantes catalisadoras de avanços na institucionalização das políticas cicloviárias.

Especialmente em relação à proteção do meio ambiente (art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988), as bicicletas são consideradas veículos de baixo impacto ambiental, e, de acordo com Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 13), emitem apenas “21kg de CO<sub>2</sub> por passageiro por quilômetro transportado”, enquanto um “carro sedan”, acrescido da infraestrutura rodoviária para sua locomoção, “emite 239kg de CO<sub>2</sub> por passageiro por quilômetro”.

Neste tocante, é um modal de transporte que vai de encontro às metas da Política Nacional de Mudança Climática, que visam à compatibilização do desenvolvimento

econômico-social com a proteção do sistema climático e à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes, conforme expressa a Lei nº 12.187/2009, em seu artigo 4º, incisos I e II.

Já em 2008, o Plano Nacional de Mudança de Clima elaborado pelo governo Federal (2008, p. 83) consignava que o estímulo ao uso do modal bicicleta através do projeto do Ministério das Cidades denominado de “Bicicleta Brasil” reduziria impactos ambientais no setor de transportes, devendo ser revertida a predominância rodoviária de mobilidade, de viagens motorizadas.

No final do ano de 2018, a Lei nº 13.724 institui o Programa Bicicleta Brasil, sob coordenação do denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de vinte mil habitantes, o que também representa um avanço no intuito de fomento da bicicultura<sup>52</sup>. A bicicleta foi legalmente reconhecida como “meio de transporte econômico, saudável e ambientalmente adequado”<sup>53</sup>.

Gize-se que o apoio previsto para inserção das bicicletas nas cidades com mais de 20 mil habitantes, torna-se uma obrigação no que tange às cidades com mais de quinhentos mil habitantes, em que deve haver obrigatoriamente a previsão da implantação de ciclovias e promoção do transporte cicloviário em atendimento ao que é exigido pelo art. 41 da Lei nº 10.257/2001, no que tange ao plano de transporte urbano integrado<sup>54</sup>.

O referido diploma legal, na verdade, acabou por reafirmar o fato de que, em cidades pequenas e médias, em geral, já há intensa utilização do modal em apreço, especialmente se consideramos a quase que inexistência de transporte coletivo urbano em várias cidades brasileiras.

De acordo com a Lei nº 13.724/2018, a União deverá apoiar os estados e municípios na construção de toda a infraestrutura cicloviária, bem como na instalação de bicicletários públicos e equipamentos de apoio ao usuário, promovendo ainda a integração do modal aos modais de transporte público coletivo<sup>55</sup>.

Os atores envolvidos neste processo de estímulo à implantação de infraestrutura cicloviária foram órgãos governamentais e organizações não governamentais com atuação relacionada ao uso da bicicleta como meio de transporte e lazer e por sociedades empresárias que atuem no setor produtivo ligado ao modal<sup>56</sup>, sendo que os dois últimos atuarão em regime de contratação ou parceria público-privada.

O dever de estímulo ao desenvolvimento de uma educação e conscientização sobre a mobilidade urbana também foi trazido a comento na lei em apreço, especialmente quando se instaura como uma das diretrizes à necessidade de

<sup>52</sup> Lei nº 13.724/2018. Institui o Programa Bicicleta Brasil (PBB) para incentivar o uso da bicicleta visando à melhoria das condições de mobilidade urbana. Arts. 2º e parágrafo único, inciso I, em especial.

<sup>53</sup> Art. 3º, inciso III.

<sup>54</sup> Art. 5º, parágrafo único da Lei nº 13.724/2018.

<sup>55</sup> Art. 3º, inciso I e II.

<sup>56</sup> Art. 4º, parágrafo 1º, incisos I, II e III.

“conscientização da sociedade quantos aos efeitos indesejáveis da utilização do automóvel nas locomoções urbanas” e ao objetivo de “implantar políticas de educação para o trânsito que promovam o uso da bicicleta e a sua boa convivência com os demais modais”<sup>57</sup>.

Como nenhum programa pode ser criado sem o devido substrato operacional econômico e financeiro, os recursos contemplados no caso foram parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, a ser ainda regulamentada, dotações específicas dos orçamentos de União, estados e municípios e Distrito Federal, bem como contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais<sup>58</sup>.

Infelizmente houve veto ao artigo da lei que reservava 15% dos recursos arrecadados com multas de trânsito, o que disponibilizaria cerca de 1 bilhão por ano ao programa<sup>59</sup>.

O veto baseou-se em argumentos eivados de retrocesso social, inicialmente consignando que não haveria relação de causas e efeitos entre o programa e a aplicação de multas. Exclusivamente atribui-se às verbas arrecadadas à sinalização, engenharia de tráfego e de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito (art. 320 da Lei nº 9503/97).

Ora, se o trânsito contempla a utilização de bicicletas<sup>60</sup>, consideradas veículos de passageiros, elas também estão regidas pelas disposições do Código de Trânsito Brasileiro e, conseqüentemente, as verbas arrecadadas deveriam ser utilizadas para os diversos aspectos de utilização do modal. No mínimo, o veto peca por desconhecer a noção de tráfego ou fingir que desconhece.

Além disso, como razão de veto, o Chefe do Executivo federal consignou que poderia haver um possível “enfraquecimento dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, com o comprometimento de valores destinados a cobrir os custos e despesas com rotinas e procedimentos relativos à atuação das infrações, podendo se acarretar insuficiência e conseqüente sensação de impunidade”.

Ocorre que, se não houver regulamentação no que concerne a parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, conforme previsto no Programa, uma das fontes de financiamentos já restará bastante prejudicada o que, em se tratando de Brasil, não é difícil, pois várias leis remanescem sem aplicação por falta de atuação regulamentadora do Poder Executivo.

<sup>57</sup> Art. 2º, parágrafo único, inciso VI e art. 3º, IV.

<sup>58</sup> Art. 6º, incisos I, II e III.

<sup>59</sup> Observemos que o artigo do projeto de Lei nº 83/2007, que mudava o código de trânsito justamente para prever essa destinação ao programa em questão também foi vetado.

<sup>60</sup> Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 9503/1997: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

## 6. A bicicleta e sua importância para a qualidade de vida e para a economia em geral no Brasil

Ao contrário do que inicialmente podemos pensar, a simplicidade e praticidade do modal bicicleta está cada vez mais sendo estudada no que tange a sua inserção na economia brasileira, em consonância com o que dispõe o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial no que concerne à valorização do trabalho humano, melhoras na condição de dignidade da nossa existência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e ajuda na busca do pleno emprego<sup>61</sup>.

Em recente estudo de julho de 2018, o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LABMOB/UFRJ) e a Associação Brasileira do Setor de Bicicletas (Aliança Bike) desenvolveram pesquisas acerca do mapeamento e monetização do complexo econômico representado pela bicicleta<sup>62</sup>.

Em relação aos gastos com mobilidade urbana, que, no Brasil representam em média quase 20% dos gastos da renda média mensal de uma família que vive na área urbana<sup>63</sup>, o estudo supracitado demonstrou que há grande economia pelo uso da bicicleta em análise de hábitos de deslocamento em cinco grupos familiares, que variam de rendas superiores a 20 salários-mínimos entre rendas de 1 a 2 salários-mínimos:<sup>64</sup>

A realização de estudo de caso com cinco famílias na região metropolitana do Rio de Janeiro estimou que a economia no orçamento de uma família de classe A que usa a bicicleta como meio de transporte no lugar do Uber, por exemplo, pode chegar a R\$10.032 ao ano. Também se verificou que R\$12.831,68 é a economia média no orçamento de uma família em que ao menos um dos membros trocou o carro pela bicicleta.

Ora, uma economia média anual de cerca de 12 mil reais em uma renda mensal familiar em lares mais abastados já é bastante significativa, mas num núcleo familiar de renda mensal de 1 a 2 salários-mínimos mensais tal média anual é extremamente representativa da importância da utilização da bicicleta para a mobilidade urbana.

<sup>61</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 170, *caput* e incisos, *verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego”;

<sup>62</sup> Fonte: Estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

<sup>63</sup> Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009. Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45130.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

<sup>64</sup> p.4.

Conforme havíamos inicialmente previsto, a bicicleta é mais utilizada por famílias de renda salarial mais baixa, pela falta de acesso financeiro e material efetivos à mobilidade urbana por outros modais, o que, no nosso entender, é uma situação extremamente vexatória em nosso país, corroborando a intensa exclusão social aqui presente.

Nestes domicílios, a bicicleta é a única opção existente para se locomover pelo território da cidade, juntamente com o deslocamento peatonal, o que está totalmente em dissonância com o que é preconizado com a Lei nº 12587/2012, no que tange à acessibilidade universal e à equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo<sup>65</sup>.

A bicicleta não deve ser vista como uma imposição, mas sim como uma opção saudável e menos poluente para deslocamentos de média e curta distância em condições climáticas favoráveis no dia a dia. Um ser humano jamais deveria ser obrigado a utilizar qualquer modal de transporte por falta absoluta de condições materiais para se valer de um modal mais eficiente ao contexto do deslocamento que pretende alcançar, pois isto fere inegavelmente a dignidade insita a sua condição<sup>66</sup>.

Em domicílios em que há mais condições financeiras, a bicicleta é utilizada como “opção de modal”, muitas vezes por desenvolvimento de uma conscientização ambiental e social sobre seu uso e pelos integrantes desta casa estarem mais perto das centralidades, em perímetros cicláveis de até 8 quilômetros, o que se coaduna, inicialmente, com a previsão de uso do modal nos estudos de mobilidade.

Como inicialmente inferíamos de nossa observação da realidade, estas foram também as conclusões alcançadas no estudo em comento<sup>67</sup>:

Entre os casos estudados, cabe observar que a participação semanal do uso da bicicleta tende a ser maior nas famílias de mais baixa renda do que nos estratos mais altos. Essa constatação está em consonância com outros estudos realizados sobre o uso da bicicleta como meio de transporte no Brasil, como é o caso da Pesquisa Perfil do Ciclista Brasileiro, realizada em 2015.

Os casos das famílias D e E, que apontaram não dispor de outro meio de locomoção senão a bicicleta, diferem dos demais casos na medida em que a utilização de modais alternativos é mais presente nos estratos mais altos.

A explicação mais plausível é o fato de que as três faixas de renda mais elevadas, tendo em vista também seus locais de moradia,

<sup>65</sup> Lei nº 12587/2012. Art. 5º, inciso I e III.

<sup>66</sup> Ver notícia do Jornal O Globo de 03/07/2017 denominada “Para economizar, professor da FAETEC percorre 70km de bicicleta para ir ao trabalho”, em que um professor, por falta de pagamento de seus vencimentos pelo Estado do Rio de Janeiro, pedala do município de Seropédica até a Escola Técnica em Nova Iguaçu. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/para-economizar-professor-da-faetec-percorre-70km-de-bicicleta-para-ir-ao-trabalho-21547962>>. Acesso em: 13 jan. de 2019.

<sup>67</sup> p. 91-92.

situados em áreas mais centrais, dispõem de maiores recursos financeiros e alternativas de transporte do que os dois domicílios menos favorecidos.

Além disso, é importante destacar que a bicicleta, para as famílias de mais alta renda, tende a simbolizar a opção por um estilo de vida determinado, *enquanto para os estratos mais baixos ela pode tratar-se de uma solução para os deslocamentos diários dadas as restrições orçamentárias e/ou de infraestrutura de transporte público dos locais em que residem.* (grifo nosso)

De fato, no Brasil, calcula-se que haja cerca de oito milhões e trezentos mil ciclistas (4% da população)<sup>68</sup> e o perfil apurado deste público no ano de 2018<sup>69</sup> é de geralmente homens que têm 25-34 anos, que concluíram o ensino médio e recebem até dois salários-mínimos, pedalam até 30 minutos até seu destino principal, que, na maior parte das vezes, é o trabalho (75.8% dos deslocamentos). Quase 83% dos entrevistados pedalam 5 dias ou mais por semana.

A motivação para começar a utilizar a bicicleta como modal de transporte foi preponderantemente a rapidez e praticidade (38,4% dos entrevistados), seguido de custo do transporte público (22,1%) e a preocupação com a saúde (25,8%).

A consciência ambiental ainda é relativamente baixa (3.5%) como motivação, dado que pode ser atribuível ao baixo nível de escolaridade apresentado pela média dos ciclistas. Além disso, a noção de solidariedade como limitadora da atuação de gerações atuais em relação ao meio ambiente e preocupação com as gerações futuras ainda é uma muito afastada de nossa realidade social, extremamente calcada no referencial individualista para o qual falta ainda falta o básico necessário à vivência minimamente aceitável.

Marques (2012, p. 3-8) assim dispõe sobre a temática da solidariedade em termos da proteção ao meio ambiente:

Além da preocupação em garantir as escolhas futuras, parece necessário superar o paradigma moderno sujeito-objeto, introduzindo uma concepção dialética homem-natureza de modo que o domínio e a exploração de um sobre o outro sejam substituídos por uma lógica sustentável, e, assim, o acesso equitativo aos recursos seja garantido para o futuro.

[...]

<sup>68</sup> Fonte: Estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019, p. 143.

<sup>69</sup> Fonte: Pesquisa Perfil do Ciclista 2018. Disponível em: <<http://www.ta.org.br/perfil/perfil18.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2019.

Numa perspectiva mais pragmática, o dever de ser solidário para com os outros em razão de sermos humanos, reflete a tentativa de alargar o que se entende por *nós*. Entretanto, é provável que a humanidade ainda não tenha reconhecido/aceitado a necessidade, ou até mesmo o dever moral, de ser solidária para com aqueles que não promovem benefícios diretos, sejam eles sujeitos existentes ou ainda não existentes. Torna-se, assim, necessária uma transição paradigmática.

Os dois maiores problemas apontados pelo ciclista brasileiro são a ausência de infraestrutura cicloviária (37,9% dos entrevistados) e a segurança no trânsito (40,8%). A motivação para pedalar seria maior com o aumento desta infraestrutura (47,6% dos entrevistados) e da segurança (30,3% dos entrevistados), ou seja, fatores como políticas públicas cicloviárias e educação sobre mobilidade urbana seguidas de penalidades civis mais severas e penais realmente aplicadas poderiam aumentar ainda mais o número de deslocamentos feitos por bicicletas.

A necessidade de interligação entre os modais também restou clara nas pesquisas, bem como a criação da necessária infraestrutura cicloviária, como estacionamento para a bicicleta, facilitando os deslocamentos dos ciclistas que integram os núcleos familiares analisados.

Em termos de benefícios, ou seja, dos impactos diretos e indiretos da economia da bicicleta, a utilização atual do modal evitou a emissão de 1925 milhões de toneladas por ano de emissão de gases poluentes para a atmosfera<sup>70</sup>, o que se alinha ao compromisso assumido pelo Brasil de maior proteção ao meio ambiente e da diminuição de emissão de gases causadores de efeito estufa<sup>71</sup>.

No que concerne ao direito à saúde<sup>72</sup>, diversos estudos comprovam que o ciclista geralmente tem melhor capacidade cardiorrespiratória, menor risco de doenças crônicas como o diabetes, infarto, derrame e alguns tipos de câncer, assim como evita quadros de obesidade e melhora casos de distúrbio do sono.

Em termos de saúde psíquica, ao ciclista ocorre aumento de autoestima, humor, percepção de vigor e qualidade do sono, diminuição do nível de ansiedade, além da

<sup>70</sup> Ver tabela 4 na p. 144 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

<sup>71</sup> Conferência de Estocolmo, em 1972, Primeira Conferência Mundial do Clima, em 1979, a Eco-92 ou Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, em 1992, a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, em 2002, a Rio+20 ou Conferência da ONU sobre o Desenvolvimento Sustentável, em 2012, Acordo de Paris, de 2015, ratificada pelo Brasil em 2016.

<sup>72</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196, *verbis*: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

diminuição da possibilidade de demência e doença de Alzheimer<sup>73</sup> e diminuição de episódios de depressão e até a cura desta.<sup>74</sup>

Teixeira (2013, p.30) demonstrou que exercícios aeróbicos regulares, em que se inclui o ciclismo, estão diretamente associados à melhora cognitiva, como fator de indução de neurogênese, “melhorando o desempenho em tarefas que requerem funções executivas, memória operacional e memória espacial”.

A bicicleta também cria diversos postos de trabalho no Brasil, participando de uma rede de atividades econômicas, seja na fabricação de bicicletas e de peças para importação e exportação, comercialização, reparos e aluguel. Estima-se hoje que o Brasil tenha 13.783 pessoas empregadas no varejo e que haja cerca de 99 estabelecimentos que prestam o serviço de aluguel de bicicletas, distribuídos em 24 capitais brasileiras<sup>75</sup>.

Como bem ressaltado no estudo da COPPE/UFRJ (2018, p. 9), uma correta análise da modal bicicleta deve ser multifacetária, sob pena de não o analisarmos da maneira merecida:

A concepção de economia da Bicicleta é vasta e envolve uma rede emaranhada de atividades econômicas. Trabalhar com a ideia de Economia de bicicleta vai além das simples considerações sobre as vantagens econômicas que sua utilização pode trazer ao orçamento doméstico de uma família, ao desenvolvimento local ou, ainda, ao bem-estar individual.

Considerando-se que somente realiza-se 7% de deslocamentos pelo modal, quando poderíamos realizar 40%, caso alcançássemos o patamar ideal, poderíamos ter um aumento considerável de postos de trabalho na dimensão cadeia produtiva referente ao modal.

Outra faceta abordada em termos econômicos é a dimensão das políticas públicas, seja na provisão de infraestrutura cicloviária para implantação de vias cicláveis, bicicletários e paraciclos, seja no compartilhamento de bicicletas públicas. As cidades com mais investimento em infraestrutura cicloviária por habitante são Rio Branco, Vitória, Brasília e Rio de Janeiro, sendo que São Paulo, curiosamente alcança o 11º lugar no ranking. O percentual dos investimentos na malha cicloviária

<sup>73</sup> Fonte: estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabiike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabiike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019. p.147.

<sup>74</sup> Ver reportagem do jornal Globo Esporte de 03 de nov. de 2013 denominada de “Estudante deixa remédios de lado e cura depressão com pedaladas, em que a estudante Larissa Paiva afirma ter sido curada da depressão pela prática de ciclismo. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/2013/11/estudante-deixa-remedios-de-lado-e-cura-depressao-com-pedaladas.html>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>75</sup> Fonte: p.3 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabiike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabiike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

é disparadamente maior na região sudeste (51%), seguido pelo Nordeste e centro-oeste com 17%, ambos<sup>76</sup>.

Com o estímulo do recém-aprovado Programa Bicicleta Brasil (Lei nº 13724/2018), de que já tratamos no tópico anterior, sob coordenação do então denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de vinte mil habitantes, haverá um incremento de políticas públicas e consequente investimento de milhares de reais, que geram empregos para a mão-de-obra empregada na construção de infraestrutura cicloviária.

No que tange a estacionamento para as bicicletas, este se revela um ponto altamente nevrálgico, pois, na maioria das cidades, ainda se observa que não foi reservado espaço para o modal, sendo acorrentado a postes e grades, perturbando a ordem urbanística e ainda podendo ser objeto de furtos. Este é, sem dúvida, um desafio a ser vencido pelas municipalidades, juntamente com os setores civis envolvidos neste processo de reconhecimento do respeito e espaço do modal em comento na sociedade.

Neste processo de instalação dos estacionamentos, também, há de se preservar o respeito ao deslocamento peatonal, bem como aos demais modais. Os modais de transporte não competem entre si, muito mais se completam e devem ser analisados em conjunto, para que haja integração entre eles. Além disso, há de se observar o espaço de deslocamento das pessoas com mobilidade reduzida, algumas dependentes de cadeiras de rodas, pois a cidade também lhes pertence.

Nesta mesma linha de raciocínio ora trazida à baila, também foi a conclusão do estudo da COPPE/UFRJ:

Da mesma maneira, embora a metodologia empregada não indique um panorama preciso e de escala nacional, é possível perceber que a Infraestrutura de Estacionamento ainda se mostra pouco incorporada às políticas públicas na maioria das cidades. Em muitas delas, a implantação de paraciclos e bicicletários ocorre pela via da iniciativa privada, sendo também utilizada como estratégia de marketing pelo argumento da imagem de sustentabilidade como fator que agregaria valor à marca de algumas empresas. Por outro lado, o estacionamento de bicicletas é realizado, muitas vezes, em locais inadequados, como postes e grades, onde a guarda da bicicleta é feita de forma improvisada. Com isso, apesar da demanda por paraciclos e bicicletários – garantindo segurança e incentivo ao uso da bicicleta –, o poder público investe pouco nesta infraestrutura em grande parte das cidades brasileiras, refletindo a falta de dados mais elucidativos sobre a temática.

<sup>76</sup> Fonte: p. 55 e 57 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: < [http://www.aliancabike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf) > Acesso em 12 de jan. 2019.

Outro ponto interessante, tratado como serviço público de transporte, foi o sistema público de bicicletas compartilhadas operado por sociedades empresárias do setor privado assim consideradas para o estudo, que hoje estão presentes em 13 capitais do país, com 951 estações e quase dez mil bicicletas, no Nordeste, e, sobretudo, na região Sudeste<sup>77</sup>.

Com a maior criação de infraestrutura cicloviária e maior fomento da bicicultura na sociedade, este sistema pode ganhar ainda maior expressividade, gerando empregos e favorecendo os cidadãos em seus deslocamentos diários.

Ainda no que se refere ao transporte urbano, também relativo ao deslocamento de cargas<sup>78</sup> no país, para a prestação de serviços, entrega de mercadorias e desenvolvimento de atividades profissionais, demonstrou-se no estudo a importância da participação da bicicleta para fins econômicos em áreas de concentração residenciais e de sociedades empresárias, ou seja, nas centralidades e subcentralidades.

Neste tipo de localidade, tal como o bairro de Copacabana no Rio de Janeiro ou o bairro de Bom Retiro, em São Paulo, o deslocamento motorizado por automóvel, motocicleta e caminhão só serve para congestionar mais as ruas, degradando a qualidade da vida urbana.

Para exemplificar, uma sociedade empresária do bairro Bom Retiro (SP) foi analisada, afirmando empregar 220 funcionários, ter 202 bicicletas e triciclos e ter 2.349 entregas. Uma outra sociedade de São Paulo afirmou ter obtido um faturamento de R\$3.000.000,00 no ano de 2017, gerando 124 empregos diretamente ligados à bicicleta<sup>79</sup>. A rapidez e praticidade do modal associada aos baixos custos de manufatura, foi, sem dúvida, o maior motivo para escolha na consecução das atividades operacionais (87,7% das pessoas jurídicas entrevistadas no bairro *in casu*).

Sendo o Brasil um país extremamente farto de belezas naturais, não se pode desconsiderar ainda seu potencial para o cicloturismo e a realização de eventos esportivos com a bicicleta.

Ainda que de forma incipiente, o estudo da Coppe/UFRJ aponta que segundo o Ministério do Turismo (2012) o cicloturismo foi incentivado em 53 municípios brasileiros, os quais receberam R\$20,2 milhões para a construção de ciclovias entre 2001 e 2011. O faturamento das empresas brasileiras só cresce e há potencial para muito mais.

<sup>77</sup> P. 65 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

<sup>78</sup> Art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 12587, de 03 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, *verbis*:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - Mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

<sup>79</sup> p.97 e 99 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

Já mapeadas, há atualmente 24 rotas<sup>80</sup> de cicloturismo no país, sendo uma das mais expressivas o Circuito de Cicloturismo do Vale Europeu, em Santa Catarina, englobando 09 municípios, numa rota percorrível em média, em 7 dias, com extensão de 287,1 Km com uma média de 2000 visitantes credenciados (estima-se um número maior de visitantes não credenciados).

A estrutura para o cicloturismo ainda é um pouco precária, mas em lugares em que esta estrutura já está mais consolidada, como a Europa, o segmento movimentou 44 bilhões de euros em 2012 e gerou empregos para 524 mil pessoas<sup>81</sup>. O Brasil deve, então, fomentar a bicicultura, criar infraestrutura cicloviária e aparelhar os envolvidos no turismo para lidar com o público cicloturista, de forma mais sistematizada, com informações compiladas pelo Ministério do Turismo.

A realização de eventos esportivos no país que envolvem a bicicleta também fomenta a criação de empregos, acesso a lazer e cultura e movimenta a economia em diversos locais, impactando sobretudo a rede hoteleira. No ano de 2016, por exemplo, segundo a Confederação Brasileira de Ciclismo, foram 203 eventos desportivos, com 37.555 participantes, 17 milhões de custos de eventos, cerca de 11 milhões de gastos de hospedagem e pensão e 28 milhões de reais movimentados<sup>82</sup>.

Este estudo sobre que ora nos debruçamos da COPPE/UFRJ tem, sem dúvida, valor inestimável para o desenvolvimento da bicicleta no país, ajudando a angariar o devido respeito e também a desestigmatizar o modal, considerado por muitos indivíduos, de somenos importância. Na verdade, na sua simplicidade ecologicamente e economicamente elegante, a bicicleta é um modal de alta aplicabilidade aos deslocamentos no país, de que dependem muitas pessoas pobres para se locomover, como observamos, e que diminui consideravelmente a poluição no país, além de criar diversos postos de trabalho.

Por ser muito mais barata e acessível, é claro, não interessa a muitos do setor econômico que seja fomentada, pois o automóvel rende muito mais lucros para o capitalismo e para o Estado, na sua ganância tributária. Como vimos, no entanto, paulatinamente esta mentalidade vem sendo superada, porque a cidade deve ser espaço das pessoas e não do capital. Assim, no que concerne à sua aplicabilidade em termos de deslocamento, a bicicleta deve ser estimulada, evitando deslocamento motorizados excessivos e poluentes.

<sup>80</sup> A saber: Ilha de Marajó (Pará), Jalapão (Tocantins), Sertão Nordestino (Piauí), Chapado do Araripe (Ceará), Rota do Descobrimento (Bahia), Chapada dos Veadeiros (Goiás), Serra da Canastra (MG), Estrada Real (MG), Caminho da Luz (MG), Serra da Mantiqueira (MG), Trilha Verde da Maria Fumaça (MG), Estrada Real (RJ), Volta do Desengano (RJ), Estrada Real (SP), Caminho do Sal (SP), Caminho do Sol (SP), Caminho da Fé (SP), Estrada Petrobrás (SP), Lagamar (Paraná), Estrada da Graciosa (Paraná), Vale Europeu (SC), Costa Verde e Mar (SC), Circuito das Araucárias (SC), Cascatas e Montanhas (RS), Vale dos Vinhedos (RS), Gramado-Canela (RS).

<sup>81</sup> Fonte: Reportagem "Mesmo com pouca estrutura, cicloturismo cresce no Brasil e no mundo". Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/arq-urb/mobilidade/mesmo-com-pouca-estrutura-cicloturismo-cresce-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

<sup>82</sup> Fonte: p.136 do estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabcike.org.br/assets/\\_docs/26\\_10\\_2018\\_19\\_14\\_economia\\_da\\_bicicleta\\_\(3\).pdf](http://www.aliancabcike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

## 7. Conclusão

Neste artigo, visei a desvelar a pecha que pende sobre a mobilidade urbana de sequer ser tratada como um direito, apesar de já estar inserida na Constituição da República Federativa do Brasil e outros diplomas legais há um bom tempo, além de demonstrar que atualmente, em vários documentos internacionais, sejam eles normativos ou não, tal tema constitui-se em objeto de debate e preocupação intensa, considerando a alta taxa de urbanização já alcançada em todo o mundo e a mobilidade decadente na maioria das cidades.

Abordei o tema de forma multidisciplinar, pois o enfoque sob o prisma único do direito, dissociado de outras ciências e abordagens, empobrece a visão do estudioso, o que pode ser consequência de se conferir uma suposta cientificidade ao Direito, tornando-o, entretanto, asséptico e afastado da realidade social, múltipla por essência. Um emaranhado de leis e verborragias com pouca efetividade, em que o ser humano, a quem se destinam as pesquisas nos vários ramos do conhecimento, encontra-se completamente esquecido.

Sob o enfoque da Teoria Crítica, observei que a cidade, especialmente as localizadas em países semiperiféricos, como o Brasil, é espaço de lutas, de segregação social, em que as benesses materiais e imateriais oferecidas, pertencem somente a poucos indivíduos, em detrimento de uma grande parcela de pessoas totalmente alijadas de qualquer processo de inclusão urbana.

Nesta senda, os novos atores de luta não são mais os trabalhadores das fábricas, a intensa urbanização e a intensa concentração de riqueza na mão de poucos, acaba por criar as cidades e seus novos oprimidos: aqueles que vivem neste espaço atrativo e ao mesmo tempo excludente chamado cidade.

A mobilidade urbana brasileira é calcada nas cidades espraiadas, em que a financeirização da moradia, ou seja, a transformação deste último direito em uma mercadoria altamente valiosa, expulsa as pessoas mais pobres para as áreas mais desprovidas de qualquer equipamento urbano. A cada nova valorização, a cada novo processo de gentrificação, mais são os desprovidos de capacidade econômica expulsos para os confins do espaço urbano, tornando a qualidade de vida mais decadente e indigna.

E um grande ciclo vicioso, então, é formado: sem condição de subsistência para morar em áreas mais centrais, providas da infraestrutura básica, mais o brasileiro se afasta da educação, da saúde, do acesso à educação, do acesso à família, do posto de trabalho, do acesso a ter acesso ao lazer na cidade, à cultura, à vida que não seja aquela descrita em “Morte e Vida Severina”.

Não se forma uma noção de cidadania, não há sentimento de pertencimento ao espaço, uma noção real de solidariedade, uma visão política como espaço de busca por conquistas sociais e avanços. Como se sente excluído em geral do seu direito básico de ir e vir, além de muitos outros, as pessoas contendem entre si, seja no trânsito, seja na arena do exercício dos destinos políticos, seja na vida. Se o espaço urbano é caro,

o meu quinhão virá primeiro, meu automóvel vai passar primeiro, nem que, com isso, haja desrespeito a pedestres e ciclistas, pois a terra, o solo urbano, não lhes pertence.

O impacto de busca por novos territórios lucrativos no pós-guerra para o capital, através da indústria automobilística, acabou por fomentar uma mobilidade urbana intensamente rodoviarista em nosso país, que é gerada também pelo espraiamento das cidades e que recria mais difusão da mancha urbana, um processo indesejado no planejamento urbano.

Num país de intensa exclusão social, como demonstrado neste artigo, muitos trabalhadores sequer recebem salários que cubram os gastos com transporte (hoje calculado em 20% dos rendimentos das famílias), sendo alijados do transporte coletivo, de tarifas caras e de condições precárias.

Várias questões influenciam para este transporte coletivo caro e ineficiente: o Poder Público se queda inerte e, não raro, através de administradores corruptos, se mancomuna, muitas vezes, com os grandes empresários do ramo para manter indevidos ajustes que acabam por impactar os valores das tarifas, o que pode ser exemplificado com a fraude na gestão pública no setor de transportes, com severas perdas socioeconômicas no Estado do Rio de Janeiro, apurada pela Assembleia Legislativa local em caso recente no Rio de Janeiro, resultando na prisão do então Chefe do Executivo, Sérgio Cabral.

Outro problema apontado é a inexistência de previsão de um programa como fonte de recurso para o setor de transportes, que existe em muitos países que têm uma boa mobilidade urbana, o que faz com que a população arque com os custos finais totais das tarifas e também das gratuidades em flagrante oneração excessiva.

Uma tributação draconiana de um serviço público essencial pela União e Estados também impacta sobremaneira a tarifa, o que já vem sendo muito questionado por movimentos civis ocorridos no Brasil.

O custo social dessa falta de mobilidade, é claro, grassa no território urbano: nos centros urbanos, não raro, conforme reportagens adunadas a este trabalho, trabalhadores informais dormem pelos chãos das ruas porque não podem economicamente retornar aos seus lares diariamente, acabando por ter sua convivência familiar destruída com o tempo, numa visão de Dante Alighieri sobre a desumanidade no trato do ser humano.

Diversos movimentos civis como a Revolta do Buzu, movimento Passe Livre, Revolta da Catraca insurgiram-se contra a lógica mercantilista conferida à mobilidade urbana brasileira nestas últimas duas décadas, trazendo à tona o quadro de infinita precariedade de acesso a este direito em todo o país. Apesar de os movimentos não terem atingido todas as reivindicações, alcançaram grande êxito, no entanto, em demonstrar que não estávamos inertes diante das barbáries assoladas contra os estudantes, trabalhadores e demais brasileiros em relação a nosso direito de ir e vir, ao nosso acesso ao espaço urbano.

Não podemos olvidar os impactos de uma mobilidade urbana precária na saúde emocional e física dos indivíduos, pois vários estudos demonstram que um deslocamento de mais de uma hora, em média, acaba por gerar estresse e outros problemas físicos, sobrecarregando o sistema previdenciário e de saúde do país.

O número de mortos em acidentes atribuídos à mobilidade essencialmente rodoviária também é gritante, especialmente em relação aos motociclistas, modal extremamente estimulado com estímulos fiscais nas últimas décadas.

Diante de todo este quadro ora descrito, sendo observadores das cercanias em nossos deslocamentos diários, percebemos que a bicicleta vinha progressivamente ganhando novos usuários na cidade em que resido.

Assim, os estudos aqui demonstraram que, na grande maioria de cidades pequenas e médias no país, este modal de transporte já era bastante utilizado, mais uma vez, gize-se pela precariedade do transporte coletivo e pela quase ausência de condições econômicas para pagamento do custo do transporte existente.

Revisões de paradigmas energéticos com as crises mundiais do petróleo, de paradigmas de proteção ao meio ambiente, de padrões urbanísticos, de retomada do espaço urbano para o ser humano e não para o capital, bem como também alterações de paradigmas referentes à mobilidade urbana em si, fizeram com que a bicicleta voltasse ao cenário de inclusão de planejamento urbano.

O modal, que alguns especialistas acreditaram que era fadado ao desaparecimento pelas novas tecnologias, é incluído em políticas públicas de mobilidade urbana por ser pouco poluente, econômico e acessível à maior parte das pessoas.

Para muitos brasileiros, este é o único modal de transporte com que podem contar para deslocamentos na cidade, como vimos no estudo de hábitos de família do Rio de Janeiro. Se não fosse a bicicleta, ficariam os componentes do núcleo familiar completamente tolhidos em termos de mobilidade.

Atualmente, movimentos civis cicloativistas impulsionam a edição de leis, que, para sua execução, sua aplicação no mundo fático, dependem de políticas públicas, ou seja, políticas sociais com metas organizadas, que devem ser reavaliadas e continuamente fiscalizadas.

Estas políticas inicialmente vinham precipuamente da União, detentora de maior capacidade informacional e até mesmo econômica. A União atua como fomentadora do desenvolvimento da estrutura cicloviária em Estados e, principalmente, nas municipalidades, que detêm menor capacidade econômica e informacional em regra.

No Brasil, conforme demonstrado, há intermitência no estímulo à aquisição de veículos automotores, em detrimento do transporte coletivo urbano e do fomento do deslocamento pelas bicicletas e pelo deslocamento peatonal.

Apesar desta intermitência, o número de políticas públicas para criação de infraestrutura cicloviária progressivamente aumenta, especialmente forçada por

movimentos civis cicloativistas, altamente engajados em obter respeito a um modal tão útil em nossa sociedade.

Consideramos que estamos no meio desse processo, avançando. Além da luta dos que pedalam diariamente em condições ainda inóspitas, seja por prazer, seja por falta de dinheiro para pagar a passagem ou ainda pela preservação da saúde, já temos diversos administradores públicos e estudiosos que apoiam a revisão deste rodoviarismo inerte e asfíxiante brasileiro.

Estamos, decerto, num “pedalar” sem volta rumo à ciclomobilidade.

## Referências

AG JORNALISMO CIDADE E DIREITOS HUMANOS. Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado? Disponível em: <<http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>>. Acesso em 15 set. 2019.

AIETA, Vânia Siciliano (Org.). *Direito da Cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito da Cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. Por Jaime Lerner e Arquitetos Associados. *Avaliação Comparativa das Modalidades de Transporte Público Urbano*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<https://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635109537433018893.pdf>> Acesso em: 4 jan. 2019.

BALBIM, Renato; KRAUSE, Cleandro; LINKE, Clarisse (Orgs.). *Cidade e movimento: mobilidades e interações no desenvolvimento urbano*. Brasília: Ipea; ITDP, 2016. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=28489&Itemid=406](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28489&Itemid=406)>. Acesso em: 14 de maio 2018.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco: rumo a uma modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23-60.

BELLO, Enzo; KELLER, René José. *Curso de Direito à Cidade: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

\_\_\_\_\_; PAROLA, Giulia; TOLEDO, Bianca Rodrigues (Orgs.). *Direito à Cidade: regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34937158/Direito\\_à\\_Cidade\\_regularização\\_fundiária](https://www.academia.edu/34937158/Direito_à_Cidade_regularização_fundiária)>. Acesso em: 12 de out. 2019.

\_\_\_\_\_. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2015. p. 49-61. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

\_\_\_\_\_; GODOY, Arion Escorsin de. Cidadania e acesso à justiça no espaço urbano: um estudo empírico da atuação da Defensoria Pública na luta pela moradia na cidade

do Rio de Janeiro. In: *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, vol. 3, p. 1-17, 2014. Disponível em: <<https://cidadaniacritica.files.wordpress.com/2015/09/artigo-enzo-arion-rtrj-2014.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

\_\_\_\_\_. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Cidadania no constitucionalismo Latino-americano*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

BELLOTO, José *et al.* *A cidade em equilíbrio: contribuições teóricas ao 3º Fórum Mundial da Bicicleta*. Curitiba: UFPR, 2014. Disponível em: <<http://www.ciclovida.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/10/Cidade-em-Equil%C3%ADbrio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BIANCO, Sérgio Luiz. O papel da bicicleta para a mobilidade urbana e a inclusão social. In: *Revista dos Transportes Públicos*, vol. 25, nº 100, p. 167-176, jul./set. 2003.

BOARETO, Renato (Org). *A bicicleta e as cidades: Como inserir a bicicleta na política de mobilidade urbana*. 2ª ed. São Paulo: Instituto de Energia e Meio ambiente, 2010.

BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa, 2003.

BRASIL. *Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, 24 de janeiro de 1997.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 de 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá providências. Diário Oficial da União, 17 de julho de 2001.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 29 de maio de 2003.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Diário Oficial da União, 4 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13089, de 12 de janeiro de 2015*. Institui o Estatuto da Metrôpole, altera a lei nº 10257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Plano Nacional sobre mudança do clima*, 2008. Disponível em m:<[http://www.mma.gov.br/estruturas/smccq\\_climaticas/\\_arquivos/plano\\_nacional\\_mudanca\\_clima.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/smccq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf)>. Acesso em: 13 de out. de 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (Org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Laura Dallari *et al.* (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Câmara Brasileira da Indústria da Construção. *Por uma nova cultura urbana: guia ilustrado*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://cbic.org.br/migracao/sites/default/files/cartilha\\_cii.pdf](http://cbic.org.br/migracao/sites/default/files/cartilha_cii.pdf)> Acesso em: 4 jan. 2019.

CARTA DA CIDADE DO MÉXICO. *O direito a construir a cidade que sonhamos*. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8584.html>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CARTA DE MONTREAL DE DIREITOS E RESPONSABILIDADES. Disponível em: <[http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/PAGE/CHARTER\\_MTL\\_FR/MEDIA/DOCUMENTS/CHARTER\\_PORTUGAISE.PDF](http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/PAGE/CHARTER_MTL_FR/MEDIA/DOCUMENTS/CHARTER_PORTUGAISE.PDF)>. Acesso em: 12 out. 2019.

CARTA EUROPEIA PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS NA CIDADE: Disponível em: <<http://lisboasolidaria.cm-lisboa.pt/451700/1,000182/index.htm>> Acesso em: 28 maio 2019.

CITIES FOR MOBILITY. *Agenda 21 for mobility*. Disponível em: <[https://www.uclg.org/sites/default/files/EN\\_480\\_agenda\\_21\\_for\\_urban\\_mobility\\_english.pdf](https://www.uclg.org/sites/default/files/EN_480_agenda_21_for_urban_mobility_english.pdf)>. Acesso em: 7 maio 2019.

COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz. *Cidades Cicláveis: Avanços e Desafios das Políticas Cicloviárias no Brasil*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/170307\\_td\\_2276.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/170307_td_2276.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2019.

COELHO JUNIOR, Euelinton; VILAS, Genivaldo Teixeira; PEREIRA DA SILVA, Karem Khetllen *et al.* Impactos positivos das implementações de ciclovias, ciclofaixas e faixas compartilhadas no município de São Paulo. Anais... In: *Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, XVII*, 2015. Disponível em: <<http://engemausp.submissao.com.br/17/anais/arquivos/220.pdf>> Acesso em 13 jan. 2019.

CORREA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Editora Ática. 1989.

DE SÁ, Thiago Hérick *et al.* Diferenças socioeconômicas e regionais na prática do deslocamento ativo no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 50, nº 37, 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/rsp/v50/pt\\_0034-8910-rsp-51518-87872016050006126.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsp/v50/pt_0034-8910-rsp-51518-87872016050006126.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2019.

DUARTE, Fábio; LIBARDI, Rafaela; SÁNCHEZ, Karina. *Introdução à mobilidade urbana*. Curitiba: Juruá, 2008.

EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES. *Manual de Planejamento Cicloviário*. 3ª ed. rev. e ampl. Brasília: GEIPOT, 2001. Disponível em: <<http://projects>>.

mcrit.com/tiete/attachments/article/291/Manual%20de%20planejamento%20ciclovi%C3%A1rio%20-%20GEIPOT%20-%202001.pdf >. Acesso em: 22 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Planejamento Cicloviário*: Diagnóstico Nacional. Disponível em: <<https://www.ciclodacidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot>>. Acesso em: 22 maio 2019.

FAGNANI, Eduardo. *Mobilidade urbana e subdesenvolvimento: soluções paliativas para problemas estruturais*. Unicamp: Instituto de Economia. n° 302. Campinas, 2017. Disponível em: <[www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3531&tp=a](http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3531&tp=a)>. Acesso em 16 set. 2019.

FARRET, Ricardo. *O espaço da cidade*. São Paulo: Projeto Editores Associados. 1985.

FLORES, Ramiro et al. *Ciclo-inclusión en América Latina y el Caribe*: guía para impulsar el uso de la bicicleta. Disponível em: <[https://publications.iadb.org/handle/11319/6808?scopope=123456789/1&thumbnail=true&rpp=5&page=1&group\\_by=none&etal=0#sthash.j7gAt6yv.dpuf](https://publications.iadb.org/handle/11319/6808?scopope=123456789/1&thumbnail=true&rpp=5&page=1&group_by=none&etal=0#sthash.j7gAt6yv.dpuf)>. Acesso em: 17 set. 2019.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*. V Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. *Transporte Urbano e Inclusão Social*: Elementos para Políticas Públicas. Texto para discussão n° 960. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4191](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4191)>. Acesso em 30 out. 2019.

GREENPEACE. *As lições da Política Nacional de Mudança do clima*. Brasília: Greenpeace, 2013. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/image/2013/Novembro/relatório%20pnmc%20final.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

HANSEN, Weobtaina Hansen. How accessibility shapes land use. *Journal of American Institute of Planners*, vol. 25, n° 2, 1959.

HARDING, Alan; BLOKLAND, Talja. What is Urban Theory? In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Urban theory: a critical introduction to power, cities and urbanism in the 21st century*. London: Sage, 2014. p. 1-22.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *The right to the city*. Disponível em: <<file:///C:/Users/facoelho/Downloads/David%20Harvey,%20The%20Right%20to%20the%20City,%20NLR%2053,%20September-October%202008.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

\_\_\_\_\_; MARICATO, Erminia; ŽIŽEK, Slavoj; DAVIS, Mike et. al. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

HIERNAUX, Daniel. Proyectos que dividen, ciudades que segregan. In: \_\_\_\_\_. *Ciudades latinoamericanas: Desigualdad, segregación y tolerância*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 253-276. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/CiudadesLatinoamericanas.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

HOW Amsterdam became the bicycle capital of the world. *The Guardian*, Londres, 5 maio 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/cities/2015/may/05/amsterdam-bicycle-capital-world-transport-cycling-kindermoord>>. Acesso em: 16 set. 2019.

IBGE. Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. (Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979).

\_\_\_\_\_. *Áreas Urbanizadas do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100639.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Sistema de Indicadores de Percepção Social*. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3097/1/Livro\\_Sistema%20de%20indicadores%20de%20percep%C3%A7%C3%A3o%20social%20%28SIPS%29\\_1%20ed.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3097/1/Livro_Sistema%20de%20indicadores%20de%20percep%C3%A7%C3%A3o%20social%20%28SIPS%29_1%20ed.pdf)>. Acesso em: 8 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Comunicado 128: a nova lei de diretrizes da política nacional de mobilidade urbana*. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120106\\_comunicadoipea128.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120106_comunicadoipea128.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Texto para discussão*. Planos de mobilidade urbana: instrumento efetivo da política pública de mobilidade? Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5274/1/td\\_2115.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5274/1/td_2115.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2019.

JENNINGS, Andrew *et al.* *Brasil em jogo: o que fica da Copa e das Olimpíadas*. São Paulo: Boitempo, 2014.

KELLER, Rene José. *Direitos emergentes e cidadania: as lutas sociais urbanas por emancipações no cotidiano do capital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARICATO, Ermínia. O Ministério das Cidades e a política urbana no Brasil: quais as ações do Ministério desde sua criação, os problemas e desafios enfrentados. *Revista AU - Arquitetura e Urbanismo*, nº 156. São Paulo: PINI, 2007. p. 64-65. Disponível em: <<http://www.revistaau.com.br/arquitetura-urbanismo/156/artigo44395-1.asp>>. Acesso em: 27 abr. 19.

\_\_\_\_\_. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito-UFC*, Fortaleza: 2012. p. 37-56. vol.32, nº 2, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

MOTA, Mauricio; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *O direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 89-161.

MUNICÍPIO DE NITERÓI. *Programa Niterói de Bicicleta: Relatório da contagem automática de ciclos/2017*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bx2KYyi3-dcZyCzjeyck47k1LZFckmYwP/view>>. Acesso em 8 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Programa Niterói de Bicicleta: Relatório Preliminar sobre as bicicletas na cidade de Niterói*. Disponível em: <[http://www.niteroidebicicleta.rj.gov.br/images/arquivos/Relatorios\\_pesquisas/20141207%20Relatrio%20Preliminar%20Sobre%20As%20Bicicletas%20Na%20Cidade%20De%20Niteri.pdf](http://www.niteroidebicicleta.rj.gov.br/images/arquivos/Relatorios_pesquisas/20141207%20Relatrio%20Preliminar%20Sobre%20As%20Bicicletas%20Na%20Cidade%20De%20Niteri.pdf)>. Acesso em: 8 maio 2019.

NIGRIELLO, Andreina. *O Valor do solo e sua relação com a acessibilidade*. Dissertação. COPPE/UFRJ, RIO DE JANEIRO, 1977.

\_\_\_\_\_. O impacto do sistema de transporte sobre o espaço urbano. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAU/USP*, São Paulo, vol. 1, nº 2, p. 47-54, 1992.

OLIVEIRA, Júlia Ribeiro de; CARVALHO, Ana Paula (Orgs.). *A Revolta do Buzu – Salvador (BA): Manifestações dos estudantes secundaristas contra o aumento da Tarifa de Ônibus. Relatório das Situações-Tipo Brasil*. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: <[http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE\\_IPOLIS\\_revoltadobuzu\\_2007.pdf](http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf)> Acesso em: 26 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em:<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

PADDINSON, Ronan; McCANN, Eugene. *Encountering the city – multiple perspectives on Urban Social Change*. Cities & Social Change: encounters with contemporary urbanism. London: Sage, 2014. p. 03-13.

PLANO DIRETOR DE NITERÓI. Lei nº 1157, de 29 de dezembro de 1992, modificada pela Lei nº 2123, de 04 de fevereiro de 2004, inciso V e VI do art. 221, alterados pela Lei nº 1594/97, Capítulos III, IV e VI do Título V, revogados com a promulgação dos Planos Urbanísticos das regiões das Praias da Baía (Lei nº 1967, de 04 de abril de 2002), Norte (Lei nº 2233, de 19 de outubro de 2005r) e Oceânica (1968, de 04 de abril de 2002). Disponível em: <[http://www.pgm.niteroi.rj.gov.br/leis/lei/Lei\\_n1157\\_Plano\\_Diretor\\_Alterado\\_pela\\_Lei\\_2123.pdf](http://www.pgm.niteroi.rj.gov.br/leis/lei/Lei_n1157_Plano_Diretor_Alterado_pela_Lei_2123.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2019.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Direito Humano À Cidade*. Coleção cartilhas de direitos humanos. 2ª ed. Curitiba: 2010. vol. 2. Disponível em: <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-à-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

PROGRAMA BRASILEIRO DE MOBILIDADE POR BICICLETA – BICICLETA BRASIL. *Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, 2007. Disponível em: <[http://www.intt.gob.ve/repositorio/biblioteca/texto\\_relacionados/Livro\\_20Bicicleta\\_20Brasil.pdf](http://www.intt.gob.ve/repositorio/biblioteca/texto_relacionados/Livro_20Bicicleta_20Brasil.pdf)> Acesso em: 21 maio 2019.

QUIJANO, Aníbal. Dependencia, cambio social y urbanización en Latinoamérica. \_\_\_\_\_. *In: Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 75-124. Disponível em: <<https://www.google.com/url?>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

\_\_\_\_\_. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2009.

SILVA, Ricardo Corrêa da. *A bicicleta no planejamento urbano: Situação e perspectivas da inserção da bicicleta no planejamento de mobilidade (no Brasil e em São Paulo)*. Programa de Pós-Graduação de Arquitetura e Urbanismo, São Paulo, 2014. Dissertação de mestrado (Área de Concentração: Planejamento Urbano e Regional). São Paulo: FAUUSP, 2014.

SMITH, Neil. *Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano*. GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, nº 21, 2007. Disponível em: <[HTTP://WWW.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688](http://WWW.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688)> Acesso em: 12 out. 2019.

SOLDANO, Daniela. La desigualdad social en contextos de relegación urbana. Un análisis de las experiencias y los significados del espacio (Gran Buenos Aires, 2003-2010). *In: \_\_\_\_\_*. *Ciudades latinoamericanas: Desigualdad, segregación y tolerância*. Buenos Aires, CLACSO, 2014. p. 27-55. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/ciudadeslatinoamericanas.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

TEDESCHI, Sebastian. Los conflictos urbanos en el territorio y el derecho en America Latina. *In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (orgs.)*. *A construção do direito urbanístico na América Latina*. Belo Horizonte: Gaia Cultural, 2016. p. 23-43. Disponível em: <<https://issuu.com/edesiofernandes/docs/construcao-direito-urb-americalatin>>. Acesso em: 12 out. 2019.

TEIXEIRA, Livia Clemente Motta. *Exercício físico, neurogênese e memória*. 2013. 107 f. Tese (doutorado em fisiologia geral). Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TERÁN, José Ángel. *Mobilidade urbana sustentável*. São Paulo: Scortecci, 2013.

VAINER, Carlos. Megaeventos, cidade de exceção e democracia direta do capital: reflexões a partir do Rio de Janeiro. *In: \_\_\_\_\_*. VAINER, Carlos; BROUDEHOUS, Anne

Marie; OLIVEIRA, Fabricio Leal de. (Orgs.). *Os megaeventos e a cidade: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2016. p. 19-46.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. São Paulo: Senac, 2012.

\_\_\_\_\_; *Transporte urbano nos países em desenvolvimento: reflexões e propostas*. São Paulo: Annablume, 2002.

VILLAÇA, Flávio. *Estatuto da cidade: para que serve?* Carta Maior. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Política/Estatuto-da-cidade-para-que-serve-%250D%250A/4/26206>>. Acesso em: 12 out. 2019.

WRI BRASIL. *Benefícios da bicicleta para a saúde*. Disponível em <<http://wricidades.org/conteudo/benef%C3%ADcios-da-bicicleta-para-sa%C3%BAde>> Acesso em: 09 de maio de 2019.

XAVIER, José Carlos. A nova política de mobilidade urbana no Brasil: uma mudança de paradigma. *Revista dos Transportes Públicos*, vol. 28, nº 111, p. 59-68, 2006.

# Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro<sup>1-2</sup>

*Elements for a theory of the structural process applied to Brazilian law*

Fredie Didier Jr.\*

Hermes Zaneti Jr.\*\*

Rafael Alexandria de Oliveira\*\*\*

## Sumário

1. Histórico do assunto. 2. Conceitos. 2.1. Problema estrutural. 2.2. Processo estrutural. 2.3. Decisão estrutural. 3. Características. 3.1. Características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade. 3.2. Características

<sup>1</sup> Este artigo constitui, em grande medida, uma revisão do entendimento manifestado pelos autores no artigo "Notas sobre as decisões estruturantes", que compõe a coletânea *Processos estruturais*, organizada por Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim, publicada pela Editora Juspodivm (Salvador), atualmente em sua 2ª edição (2019), e que também foi publicado em *Civil Procedure Review*, vol. 8, nº 1, 2017 ([www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)). A revisão, com refinamento analítico, de nossa compreensão e o incrível avanço doutrinário brasileiro sobre o tema foram as razões que nos motivaram a reescrever esse artigo.

<sup>2</sup> Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia, e do grupo de pesquisa "Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo", vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo, ambos cadastrados no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053) e [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429). O Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) é financiado pela FAPES - Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado do Espírito Santo, sendo esta obra um veículo de divulgação das informações e pesquisas feitas pelo Grupo em relação ao Caso Samarco (Desastre do Rio Doce). Ambos os grupos são membros fundadores da "ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

\* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Professor-visitante da Pontifícia Universidad Católica del Perú, Professor-colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Advogado e consultor jurídico.

\*\* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino/IT. Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre/I. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

\*\*\* Mestre em Direito Público Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado/JusPodivm. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

essenciais: o problema estrutural, a implementação de um estado ideal de coisas, o procedimento bifásico e flexível e a consensualidade. 4. Procedimento. 4.1. Flexibilidade intrínseca e consensualidade. 4.2. As duas fases do processo estrutural: o *standard* do processo falimentar. 4.3. Algumas técnicas de flexibilização do procedimento no processo estrutural. 4.4. Adoção do procedimento comum do CPC, com trânsito de técnicas. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

O presente artigo apresenta os conceitos de problema estrutural, processo estrutural e decisão estrutural como um desenvolvimento da teoria dos processos estruturais (*structural injunctions*), propõe uma classificação das características essenciais e das características típicas, mas não essenciais, do processo estrutural, e trata do seu procedimento, com a proposta de aplicação do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 2015.

## Abstract

*This essay presents the concepts of structural problem, structural process and structural decision, as a development of the structural injunctions doctrine, proposes a classification of the essential characteristics and typical, but non-essential, characteristics of the structural process, and deals with its procedure, with a proposal to apply to these proceedings the common procedure provided for the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure.*

**Palavras-chave:** Problema estrutural. Processo estrutural. Conceito. Características. Procedimento.

**Keywords:** *Structural problem. Structural process. Structural injunctions. Concept. Characteristics. Procedure.*

## 1. Histórico do assunto

A noção de processo estrutural surgiu nos Estados Unidos, a partir do ativismo judicial que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970<sup>3</sup>. Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de atuação do Poder Judiciário<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

<sup>4</sup> Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, "a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de *hermenêutica jurídica*. Ademais, ainda engatinha na arte *pragmática* de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica

Tudo começou em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*<sup>5</sup>.

Isso foi apenas o início.

Segundo Owen Fiss, “o sistema de Ensino público foi o objeto do Caso Brown, mas com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agências de bem-estar social”<sup>6</sup>. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidos determinados valores constitucionais.

Outro bom exemplo são os casos *Holt v. Sarver*, por meio dos quais todo o sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, foi judicialmente impugnado, em demandas que visavam à reforma completa do sistema penitenciário e que serviram de base para outras demandas similares, deflagradas posteriormente, em 1993, contra quarenta outros estados norte-americanos<sup>7</sup>.

A partir dessas situações pontuais, passou-se a designar como decisão estrutural (*structural injunction*) aquela que buscasse implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos<sup>8</sup>.

---

para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, vol. 212, outubro/2012, p. 46).

<sup>5</sup> FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

<sup>6</sup> Tradução livre, no original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state” (FISS, Owen. “Two models of adjudication”, cit., p. 761).

<sup>7</sup> VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 505.

<sup>8</sup> Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados *litígios de difusão irradiada*: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário

Por isso, o processo em que ela se constrói passou a ser chamado de processo estrutural<sup>9</sup>. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas<sup>10</sup>.

## 2. Conceitos

É natural que, partindo do histórico sobre o assunto, se pretenda vincular a noção de processo estrutural aos casos em que se discutem questões altamente complexas, relativas a direitos fundamentais e em que se busca interferir na estrutura de entes ou instituições ou em políticas públicas.

Mas a verdade é que, embora seja esse o ambiente em que se pode colher o maior número de exemplos de processos estruturais, a noção de processo estrutural pode ser destacada dessas características.

O conceito de processo estrutural pressupõe o de problema estrutural. Trata-se, este último, de conceito-chave. Vejamos.

### 2.1. Problema estrutural

O *problema estrutural* se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação).

Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas.

---

da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente” (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (Coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 97-98).

<sup>9</sup> LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015, p. 563.

<sup>10</sup> FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761.

Pode ser que o problema estrutural venha a gerar situações ilícitas e cada situação isolada mereça um tratamento pelo ordenamento jurídico; pode ser inclusive que se vislumbrem graus mais ou menos graves de ilicitude ligados ao problema estrutural (ilicitude estrutural).

O que queremos frisar é que o problema estrutural não necessariamente se assenta na noção de ilicitude e, quando eventualmente nela se assenta, não se confunde, ele mesmo, com as situações ilícitas que dela advêm. O seu tratamento não é a partir da noção de ilicitude, muito embora ela possa ocorrer e quase sempre ocorra.

Há um problema estrutural quando, por exemplo: (i) o direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade; (ii) o direito à saúde de uma comunidade é afetado pela falta de plano de combate ao mosquito *aedes aegypti* pelas autoridades de determinado município; (iii) o direito de afrodescendentes e de indígenas é afetado pela falta de previsão, em determinada estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dessa comunidade; (iv) a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária são afetadas pela falta de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas.

Mas os problemas estruturais não se restringem àqueles vivenciados na esfera pública, ou que se ligam aos direitos fundamentais ou às políticas públicas, como a enumeração dos exemplos acima pode sugerir.

As ações concursais – como, por exemplo, a falência e a recuperação judicial – também se baseiam em problemas estruturais. Elas partem de uma situação de desorganização, em que há rompimento da normalidade e do estado ideal de coisas, e exigem uma intervenção (re)estruturante, que organize as contas da empresa em recuperação ou que organize os pagamentos devidos pela massa falida. Essa desorganização pode advir do cometimento de ato ilícito, como no caso da falência, ou não necessariamente, como no caso da recuperação judicial<sup>11</sup>.

A dissolução de uma sociedade ou o fechamento de uma unidade fabril podem configurar um problema estrutural.

Imagine que se trate de uma empresa com marcada importância para a economia local, que empregue diversos trabalhadores e gere renda para inúmeras famílias. Basta lembrar as situações em que há o fechamento de unidades de montadoras de veículos automotores e a preocupação das autoridades com a desmobilização do efetivo operacional. O fechamento de uma unidade fabril não é,

---

<sup>11</sup> Felipe Vieira Batista também vê a recuperação judicial como um processo estrutural: “Embora a Lei nº 11.101/2005 exija que a petição inicial indique as causas da crise, o objetivo não é imputar o referido fato a um determinado sujeito processual e/ou lhe impor qualquer tipo de reparação ou sanção pelo ocorrido – não há litígio afirmado. A perspectiva é outra, de natureza muito mais prospectiva: pede-se a intervenção/reforma estatal no sentido de viabilizar/facilitar a resolução de um problema social grave por meio de uma negociação de um plano de reestruturação da atividade (e não com a imposição de uma forma de reparação e/ou sanção)” (BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017, p. 118).

necessariamente, um ato ilícito, mas é uma situação que pode romper com o estado de coisas tido como ideal, com ampla repercussão na vida de certa comunidade, a exigir uma intervenção reestruturante.

Outro exemplo no âmbito privado é dado por Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, permitindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entre outras coisas, efetivar suas decisões mediante intervenção na empresa (art. 96), inclusive formulando pedido de autorização judicial para intervenção e administração total da empresa (art. 107, §2º)<sup>12</sup>.

Como bem constata Matheus Souza Galdino, “é possível falar em graus de estruturalidade conforme a amplitude dos efeitos da reestruturação promovida”<sup>13</sup>. O autor nos oferece uma excelente metáfora para demonstrar esses graus de estruturalidade do problema:

Uma árvore cujos frutos são venenosos pode receber uma tutela inibitória por um processo com baixo ou nenhum grau de estruturalidade, que permitiria colher os frutos e encaminhá-los para um descarte seguro. Certamente outros frutos apareceriam no outono seguinte e o mesmo procedimento poderia ser adotado, às vezes, por meio de outro processo. Um grau mais alto de estruturalidade seria o que tivesse por objetivo não apenas colher os frutos, mas cortar os galhos da árvore. Nesse caso, possivelmente, durante um tempo, não nasceriam novos frutos, ao menos até que novos galhos brotassem e deles surgissem frutos. O raciocínio seguinte já é previsível. Um processo que vise cortar o tronco da árvore teria um grau de estruturalidade ainda maior, possivelmente inferior apenas se comparado ao processo que corta a árvore pela raiz, o qual em nossa metáfora possuiria um grau máximo de estruturalidade<sup>14</sup>.

O conceito de graus de estruturalidade está ligado, portanto, à mesma lógica que permite falar em graus de ilicitude. Frisamos: o problema estrutural não se confunde com a situação de ilicitude; ele pode ser e quase sempre é mais amplo e seu tratamento depende de uma visão mais ampla do que aquela ligada ao ilícito.

O importante é notar que, existindo esse estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Há necessidade de intervenção

<sup>12</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 403-404.

<sup>13</sup> GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 138.

<sup>14</sup> GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 139.

para promover uma reorganização ou uma reestruturação da situação<sup>15</sup>, como nos casos em que há necessidade de mudança na estrutura de ente público, de organização burocrática etc. Essa intervenção normalmente é duradoura e exige um acompanhamento contínuo.

## 2.2. Processo estrutural

O *processo estrutural* é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal<sup>16</sup>.

O melhor caminho para chegar à definição de processo estrutural é a adoção de um raciocínio tipológico<sup>17</sup>: o processo estrutural apresenta certas características típicas, mas, para que seja definido como processo estrutural, não há necessidade de que todas essas características estejam presentes.

Para exemplificar o raciocínio tipológico, pense no trabalho do médico no diagnóstico de uma determinada enfermidade: ele examina as características (sintomas) apresentadas pelo paciente, compara essas características com aquelas que são típicas de certas doenças e chega a uma conclusão; muitas doenças se revelam por meio de características (sintomas) típicas, mas não é preciso que todas elas estejam presentes para que se chegue ao diagnóstico daquela doença – nem sempre, por exemplo, o paciente sente dores de cabeça e, ainda assim, o seu diagnóstico pode ser o de *gripe*, porque a dor de cabeça é uma característica (sintoma) típica, mas não essencial da gripe.

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade,

<sup>15</sup> GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 705.

<sup>16</sup> Para Edilson Vitorelli, “o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369). Como se vê, Vitorelli apresenta conceito mais fechado de processo estrutural, enfatizando tratar-se de processo coletivo (característica que, para nós, é típica, mas não essencial), voltado para a reestruturação de uma instituição pública ou privada (enquanto nós enfatizamos o propósito de reestruturação de um estado de desconformidade, sem vinculá-lo necessariamente a uma instituição pública ou privada), em razão de esta ter incorrido em alguma violação à norma (enquanto para nós o estado de desconformidade não é, necessariamente, um estado de ilicitude).

<sup>17</sup> Com amplas considerações: GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 125 e seguintes.

ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas<sup>18</sup> (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

O processo estrutural também apresenta algumas características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade. Essas características serão analisadas mais adiante.

O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas<sup>19</sup> – um sistema educacional livre de segregação, um sistema prisional em que sejam asseguradas a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde universal e isonômico, e, também, por exemplo, a preservação da empresa recuperanda. Nesses casos, busca-se remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade.

Tomando por base a lista de exemplos dos problemas estruturais enunciada no item anterior, podemos dizer que são exemplos de processos estruturais aqueles deflagrados por: (i) demanda que visa à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, por meio de um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade; (ii) demanda que visa assegurar o direito à saúde e que, considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, pugna seja estabelecido impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais; (iii) demanda que, buscando salvaguardar direitos de minorias, pede que se imponha a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos

<sup>18</sup> Matheus Galdino, em excelente trabalho, constata que o processo estrutural se caracteriza por dar mais relevância à compreensão teleológica dos fatos do que à relação causal. Embora seja importante compreender o estado de coisas atual a partir de uma análise pautada na *causalidade* – investigar os fatos da vida que geraram aquele estado atual de desconformidade (relação entre causa e efeito) –, no processo estrutural é mais relevante investigar o estado de coisas ideal, aquele que se quer implementar no futuro, projetando o caminho que deve ser percorrido para alcançá-lo (relação entre meio e fim) (GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 685-694).

<sup>19</sup> Nesse mesmo sentido: GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 698-704.

povos africanos ou dos povos indígenas; (iv) demanda que pretende resguardar a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária e, para tanto, pleiteia a adoção de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas.

### 2.3. Decisão estrutural

Por fim, a *decisão estrutural* é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim *reestrutura* o que estava desorganizado.

Essa decisão tem conteúdo complexo.

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontica de uma *norma-princípio*.

Segundo, ela *estrutura* o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontica de uma *norma-regra*.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais<sup>20</sup>.

No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas “condições” para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, entre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país<sup>21</sup>. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais, inclusive a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implementar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica.

Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção nº 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora

<sup>20</sup> Tratando dos métodos de condução dialógica que podem ser adotados pelo Supremo Tribunal Federal e lembrando que, em alguns dos casos que serão citados aqui, o STF não fez uso desses métodos, SARAIVA, Carolina Barros. “Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 209 e seguintes.

<sup>21</sup> STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe: 24.09.2009.

dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão *judicial*, era preciso superar essa situação de omissão e, em face disso, determinou-se, entre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei nº 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações devidas, “enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”<sup>22</sup>.

A decisão proferida pelo STF na ADPF nº 378, relativamente ao rito do processo de *impeachment* (Lei nº 1.079/1950), pode ser considerada como mais um exemplo de decisão estrutural. Nos termos do acórdão:

[p]or maioria, os ministros entenderam que cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar o Senado a abrir o processo, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples. Fixaram também que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição, e que o afastamento do cargo de presidente ocorre após o processamento da denúncia pelo Senado<sup>23</sup>.

Em todos esses casos, embora não houvesse necessariamente um estado anterior de ilicitude, havia um estado anterior de desconformidade – ausência de definição precisa dos marcos que deveriam ser analisados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas; ausência de regulamentação específica do direito de greve dos servidores civis; ausência de definição precisa das etapas e das atribuições do processo de *impeachment* –, que se buscou substituir por um estado ideal de coisas, em que essas indefinições fossem superadas.

### 3. Características

#### 3.1. Características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade

Como visto acima, o processo estrutural apresenta certas características típicas, mas não essenciais. Quer isso dizer que tais características *sugerem* que se trata de um processo estrutural, mas não necessariamente precisam todas estar presentes para que o processo seja considerado estrutural – o processo estrutural pode existir sem elas.

(i) A *multipolaridade* é uma característica típica do processo estrutural. Para Sérgio Cruz Arenhart, “o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de

<sup>22</sup> STF, MI 708, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe: 30.10.2008.

<sup>23</sup> Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611> > Acesso em: 23 dez 2015.

diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”<sup>24</sup>.

Nesses casos, a lógica binária do processo individual – que contrapõe os interesses de dois polos (autor e réu), sob a premissa de que esses interesses são sempre antagônicos e de que os interesses dos litisconsortes que eventualmente ocupem cada um desses polos são sempre convergentes – dificilmente se aplica aos processos estruturais. Neles, pela natureza estrutural do problema, é comum que haja multiplicidade de interesses envolvidos, que se polarizam a depender da questão discutida: um mesmo grupo de pessoas pode alinhar-se aos interesses de outro grupo quanto a determinada questão, mas não quanto a outras.

Imagine uma ação civil pública em que o Ministério Público pretenda impor a determinada concessionária de rodovia federal o dever de realizar múltiplas obras na malha rodoviária e no seu entorno, exatamente como previstas no contrato de concessão firmado uma década antes. Imagine que, se implementadas nos exatos termos previstos no contrato, essas obras terminariam por segregando um bairro inteiro, que floresceu nos últimos 10 anos ao redor de certo trecho da rodovia; a implantação de *guard rails* na rodovia, que corta o bairro ao meio, associada à inexistência, no projeto inicial do contrato, de vias de acesso para veículos, de passarelas para pedestres e de retornos, tudo isso terminaria por impedir – ou, ao menos, por tornar muito difícil – o trânsito de moradores locais de um lado para o outro, segregando famílias e vizinhos.

Embora o Ministério Público seja, por lei, legitimado a dar voz à vontade coletiva, é bem possível que haja, entre o Ministério Público que formulou a demanda e a comunidade do bairro em questão, severa dissintonia de interesses; e entre eles e a concessionária, outras tantas divergências; e ainda entre eles, a concessionária e a agência de regulação (no caso do exemplo, a ANTT), mais tantas discordâncias. São inúmeras as questões potencialmente envolvidas com inúmeras possibilidades de acomodação dos diversos interesses.

No entanto, como dito acima, a multipolaridade não é uma característica essencial do processo estrutural, nem tampouco é uma característica determinante. É possível que o processo seja estrutural e seja bipolar – isto é, envolva apenas dois

<sup>24</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 800.

polos de interesses; também é possível que, a despeito da multipolaridade, o processo não seja estrutural<sup>25</sup>.

(ii) Como consequência disso, tampouco é característica essencial do processo estrutural que seja ele *coletivo*. “Coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”<sup>26</sup>.

Embora normalmente o processo estrutural seja coletivo, por discutir uma situação jurídica coletiva, é possível que um processo que veicule demanda individual esteja pautado num problema estrutural e tenha que, por isso, ser tratado como processo estrutural<sup>27</sup>. Isso acontece especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência, que se caracteriza quando o mesmo fato pode “afetar a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas”<sup>28</sup>.

Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei nº 10.098/2000<sup>29</sup>, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei.

Essa é tipicamente uma ação individual, mas que tem inequívoca natureza estruturante. Sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade, por uma permanente inobservância da legislação que impõe se promova a acessibilidade desses lugares. Há um ambiente de ilicitude que precisa de

<sup>25</sup> Sofia Temer também reconhece a multipolaridade como característica do processo estrutural, mas lembra que “a multipolaridade não está limitada a litígios classificados como ‘complexos’ ou ‘não tradicionais’ [...]. Pelo contrário, a estrutura multipolarizada pode ocorrer em qualquer processo, mesmo os que versem sobre conflitos ‘tradicionais’, ou seja, os ditos processos ‘por excelência’” (TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 168).

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Conceito de processo jurisdicional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, vol. 229, p. 273.

<sup>27</sup> Em sentido contrário, entendendo que o processo estrutural é necessariamente coletivo, VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369. No mesmo sentido, admitindo que “muitas demandas estruturantes são formalmente individuais (bipolares), não obstante seu objeto não possa ser adequadamente resolvido mediante mecanismos e procedimentos tradicionais de resolução de conflitos”: TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. *Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 189. Marcela Ferraro também entende que, em alguns casos, “o direito é individual, mas a violação mostra-se estrutural e a carga policêntrica é tanta que não se deve tratar a questão individualmente, o processo individual é inadequado” (FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 145).

<sup>28</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 333 do CPC-2015. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 958.

<sup>29</sup> Lei que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

intervenção (re)estruturante, porque desse novo e ideal estado de coisas depende a satisfação do direito do indivíduo autor.

Há, pois, um problema estrutural para o qual se exige uma decisão que projete e implemente um novo e ideal estado de coisas<sup>30</sup>.

Outros casos em que a demanda é, a princípio, individual também podem ter natureza estruturante, como a pretensão da profissional mulher por tratamento isonômico dentro de determinada empresa, ou como a pretensão do detento não católico por assistência religiosa específica ou por respeito aos seus costumes (alimentares, por exemplo) dentro do estabelecimento prisional.

Observe que, nesse exemplo, tem-se ação individual cujo resultado pode ter alcance coletivo. A promoção da acessibilidade requerida pelo indivíduo autor naturalmente não vai servir apenas a ele, mas a tantos quantos utilizem os mesmos espaços nos quais pleiteou houvesse a intervenção estruturante.

Foi exatamente esse tipo de ação, dita *pseudoindividual*<sup>31</sup>, que foi cogitada no art. 333, I, do CPC, que tratava da possibilidade de conversão, pelo juízo de primeiro grau, de ação individual em ação coletiva, mas cuja redação recebeu veto presidencial.

(iii) A *complexidade* é outra característica típica do processo estrutural. Complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções<sup>32</sup>. O número de soluções possíveis é a medida da complexidade do processo.

É comum que o problema estrutural possa ser resolvido de diversas formas: estabelecida a meta a ser alcançada (o novo e ideal estado de coisas), diversos são os meios com os quais normalmente se pode implementá-la. Exatamente por isso,

<sup>30</sup> Para André Ribeiro Tosta e Felipe Barreto Marçal, “tratar uma demanda individual como estruturante (ou criar um processo estruturante a partir de demandas individuais) quando diga respeito a uma violação sistêmica a determinados direitos traz mais esperanças e mais vantagens do que a litigância pontual ou ‘a conta-gotas’, especialmente para fins de macrojustiça e de análise dos impactos globais das medidas aplicadas” (TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. *Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 194).

<sup>31</sup> WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, vol. 139, p. 29-35. A verdadeira ação pseudoindividual, no entanto, é aquela proposta como se fosse individual, mas que na verdade se trata de ação coletiva, pois veicula pretensão coletiva em vez de uma pretensão individual. O autor afirma uma situação jurídica que é coletiva, embora ele a considere individual. É o caso de indivíduo que pede a decretação de inconstitucionalidade de lei ou pede para invalidar integralmente edital de concurso público – se pedisse para que a lei ou o edital não incidissem em sua esfera jurídica, apenas, a ação seria individual. Não sendo caso de ação popular (para o qual o indivíduo é legitimado), está-se diante de flagrante *ilegitimidade ativa*.

<sup>32</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23 e p. 67.

Edilson Vitorelli sugere que os litígios estruturais sejam enquadrados na categoria dos litígios irradiados<sup>33</sup>, assim entendidos aqueles que “envolvem um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo”<sup>34</sup>.

Observe que a noção de complexidade está fortemente relacionada à noção de multipolaridade: a diversidade de interesses envolvidos tende a multiplicar as possibilidades de tutela. Percebe-se claramente que neste tipo de situação há elevada conflituosidade interna entre os grupos atingidos e até mesmo dentro do próprio grupo.

Embora predominem exemplos de processos estruturais de indiscutível complexidade e conflituosidade, esse atributo não é essencial à sua identificação. O fato de, eventualmente, o problema subjacente não admitir um número tão diverso de soluções não afasta a possibilidade de se tratar de problema estrutural – e, pois, de que o processo em que se o discuta seja, também ele, processo estrutural. A questão pode ser clara do ponto de vista jurídico e complexa do ponto de vista fático. Pode ser clara do ponto de vista jurídico e fático e de difícil implementação por envolver uma mudança cultural.

Já falamos anteriormente que é possível identificar diferentes graus de estruturalidade do problema. Há certos estados de desconformidade que exigem uma intervenção menos intensa do Judiciário – como a necessidade de que determinado ente público reveja a aplicação dos critérios de regulação de leitos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), ou que revise o valor do teto para pagamento de procedimentos de saúde classificados como de média e alta complexidade (chamado de Teto MAC) realizados por instituições filantrópicas, sem que se mostre necessário maiores incursões no âmbito do sistema de saúde.

Não é a maior ou menor complexidade que define o processo como estrutural, embora esse indicador contribua sensivelmente para a sua identificação.

### **3.2. Características essenciais: o problema estrutural, a implementação de um estado ideal de coisas, o procedimento bifásico e flexível e a consensualidade**

Eis o que nos parece ser essencial à caracterização do processo estrutural: (i) o fato de nele se discutir um problema estrutural; (ii) o fato de ele buscar a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema estrutural; (iii) o fato de ele precisar desenvolver-se num procedimento bifásico; (iv) a intrínseca flexibilidade do procedimento; e (v) a consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo.

<sup>33</sup> VITORELLI, Edilson. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 274.

<sup>34</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 536.

As características “i” e “ii” já foram tratadas. Vejamos, agora, no próximo item, as características “iii”, “iv” e “v”.

## 4. Procedimento

### 4.1. Flexibilidade intrínseca e consensualidade

É absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais. Como constata Jordão Violin, “variando o objeto da ação, variam também as adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem da vida. A tutela do direito à saúde, à habitação ou à erradicação do trabalho infantil, por exemplo, exigirá medidas diversas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas”<sup>35</sup>.

Em razão disso, podemos afirmar que existe – e deve existir – certa *flexibilidade intrínseca* ao procedimento pelo qual se desenvolve o processo estrutural.

Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o *standard* do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, 1º, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC).

Além disso, a *consensualidade* tem especial importância nesse tipo de processo.

A possibilidade de ajustar negócios processuais (art. 190, CPC) é potencializada nos processos estruturais em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Se a solução negociada é sempre preferível num processo individual de natureza bipolar, em que normalmente são facilmente identificáveis os interesses contrapostos, tanto mais se pode dizer quando há múltiplos interesses envolvidos – convergentes ou divergentes, a depender da questão em foco – e múltiplas possibilidades de solução do problema. No processo estrutural, o apelo à consensualidade é ainda mais exigível.

Daí a importância, para o processo estrutural, das técnicas de negociação quer quanto ao objeto do processo em si quer quanto à adaptação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais.

<sup>35</sup> VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 502-503.

## 4.2. As duas fases do processo estrutural: o *standard* do processo falimentar

Não existe um procedimento especial para ações que visam à reestruturação de situações de desconformidade permanente e generalizada. Mas existe um *standard* histórico, que bem pode ser utilizado como base para a organização do processo estrutural: o processo falimentar.

Como visto, na falência se discute um problema estrutural, uma situação de desconformidade que exige uma intervenção (re)estruturante; a solução para esse problema foi estruturada num processo que se desdobra em duas fases bem delineadas: *a*) a primeira fase, de definição da existência do problema estrutural (certificação do estado de falência); e *b*) a segunda fase, de adoção de medidas para a estruturação dos pagamentos da dívida da massa falida.

Esse desenho bem pode ser adotado em outros tipos de processo estrutural. Vejamos.

### 4.2.1. Primeira fase: constatação do estado de desconformidade e decisão estrutural que estabelece uma meta a ser atingida (um novo estado de coisas)

A *primeira fase* do processo estrutural deve ser dedicada à constatação da existência de um problema estrutural. O seu propósito é, uma vez constatado o problema, estabelecer a meta a ser atingida – o estado ideal de coisas.

A instrução probatória deverá, neste momento, limitar-se a apurar a existência desse estado permanente/generalizado de desconformidade – a prova por amostragem<sup>36</sup> e a prova estatística<sup>37</sup> são fundamentais para isso.

É importante que se façam, ainda, adaptações no procedimento para que se possa mais bem trabalhar o problema estrutural. Entre elas, é preciso atenuar a regra da congruência objetiva externa, admitindo-se até mesmo possibilidade de alteração do objeto do pedido; é preciso promover uma abertura do processo à participação de terceiros, garantindo maior legitimidade democrática; é preciso otimizar a produção probatória, adequando-a para o problema em pauta, que não raro pressupõe a investigação de múltiplas questões de fato, muitas vezes difusas ou indeterminadas.

Abordaremos esses temas mais adiante.

A primeira fase do procedimento se encerra com a decisão estrutural, caso se constate o estado de desconformidade afirmado. Essa decisão, como já visto, tem conteúdo programático, ao estabelecer uma meta a ser atingida (o estado ideal de coisas).

Essa decisão pode estabelecer, desde já, os meios para a reestruturação almejada, que será buscada na segunda fase do processo estrutural, caso o juiz

<sup>36</sup> Para aferir, por exemplo, se o ente público vem respeitando as regras de acessibilidade nas construções e reformas de prédios públicos; é desnecessário aferir essa circunstância em *cada um* dos prédios públicos existentes, bastando que essa demonstração seja feita por amostragem.

<sup>37</sup> Para aferir, por exemplo, o número de pacientes que deixaram de ser atendidos nos estabelecimentos de saúde vinculados ao SUS e a proporção desse quantitativo em relação ao total da população local.

tenha condições de defini-las nesse momento. Mas também é possível que esses meios sejam definidos em momento posterior, caso o juiz sinta a necessidade de, por exemplo, na segunda fase, consultar *experts* sobre os caminhos que podem ser trilhados para alcançar a meta estabelecida.

O que marca esse momento processual é que, como quer que seja, a decisão estrutural não exaure a função jurisdicional. Ela apenas dá início àquela que, provavelmente, é a fase mais duradoura do processo estrutural, marcada pela participação efetiva do juiz (e, naturalmente, das partes e de outros sujeitos) para a implementação do novo estado de coisas.

#### **4.2.2. Segunda fase: implementação da meta estabelecida na decisão estrutural**

A *segunda fase* do processo estrutural se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural. Em contraposição à primeira fase, que seria a da certificação do resultado a ser alcançado, essa segunda fase seria a da execução das medidas necessárias ao alcance desse resultado projetado.

Isso, porém, não significa dizer que não haja cognição nessa segunda etapa: tão ou mais importante do que identificar a meta a ser atingida (fim) é identificar e implementar os mecanismos (meios) adequados ao seu alcance.

Como bem identificado por Matheus Galdino, as consequências de um processo que produz, como resultado, uma decisão que certifica uma norma-princípio são:

a) a decisão em tal processo exigirá uma posterior cognição sobre os comportamentos a serem efetivados pelos seus destinatários a fim de alcançar o estado de coisas nela previsto; b) a instrução no processo se volta para a avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim-objeto mediato do processo) e os efeitos das condutas necessárias ao seu alcance (meios); e, c) o resultado do processo, dado seu conteúdo normativo primeiramente complementar e preliminarmente parcial, permite que se busque uma harmonização entre vários estados de coisas<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> GALDINO, Matheus Souza. *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 705.

#### 4.2.2.1. Definição do tempo, modo e grau de reestruturação, do regime de transição e da forma de avaliação/fiscalização das medidas estruturantes

Para que essa segunda fase se desenvolva com êxito, é preciso que a decisão estrutural estabeleça, ao menos: (i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição, conforme art. 23 da LINDB; e (iii) a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes.

Vejam os.

(i) Quanto à primeira delas, é preciso considerar o caso concreto para aferir qual o *tempo* adequado à reestruturação pretendida.

A decisão estrutural, dado o contexto em que se apresenta, não é daquelas que se costuma implementar rapidamente, porque a reestruturação de um estado de desconformidade exige, normalmente, tempo de maturação, não apenas para que a reestruturação seja efetiva, mas também para que seja duradoura. Assim, o esperado é que a implementação do estado ideal de coisas demore a acontecer.

Nada impede que determinadas medidas mais urgentes sejam implementadas imediatamente, ainda que de modo paliativo – como a construção de um acesso provisório para o portador de necessidade especial até que as adequações arquitetônicas permanentes sejam concluídas, como um alojamento provisório para determinados detentos, enquanto não ultimadas as obras de reforma do estabelecimento prisional de origem, ou como o abrigo de famílias atingidas por desastre ambiental, com pagamento de benefício pecuniário provisório, até que seja possível assentá-las definitivamente em novo espaço.

Em relação ao *modo* como a implementação da meta estabelecida deve ser feita, o juiz pode ser, ele próprio, o *gestor* da reestruturação, ou pode cercar-se de profissionais devidamente habilitados, que possam auxiliá-lo adequadamente – medida de grande utilidade, considerando que o juiz nem sempre dispõe de conhecimento e tempo necessários à implementação desse tipo de decisão.

O art. 99 da Lei nº 11.101/2005<sup>39</sup> (Lei de falências) prevê, por exemplo, a possibilidade de nomeação de um administrador judicial, que possa auxiliar o juiz

<sup>39</sup> “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no §1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da

na recomposição do estado de conformidade (inciso IX), e ainda a possibilidade de o juiz determinar, “quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência” (inciso XII).

O art. 107, §2º, da Lei nº 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência) autoriza que o juiz nomeie um interventor para administrar a empresa nos casos em que houver recusa de cumprimento de decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Finalmente, quanto ao *grau* de reestruturação, tudo vai depender da gravidade do estado de desconformidade que ensejou a decisão estrutural.

Para Edilson Vitorelli:

[à] medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão<sup>40</sup>.

Uma das principais características da decisão estrutural é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos<sup>41</sup>. Isso impõe a necessidade de revisão de diversos conceitos, como, no caso de decisão que vise à reestruturação de ente público ou a implementação de política pública, a ideia de insindicabilidade do mérito administrativo pelo Judiciário por força da separação dos Poderes.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da *‘separação dos*

---

falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência”.

<sup>40</sup> LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*, cit., p. 579-579.

<sup>41</sup> Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 764).

*Poderes'*, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público<sup>42</sup>.

Como consequência disso, é preciso também repensar a ideia de que o Judiciário não pode imiscuir-se na análise do chamado "mérito administrativo". Segundo Eduardo José da Fonseca Costa:

[q]uando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de "mérito" da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida<sup>43</sup>.

Para Marco Félix Jobim, "quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro<sup>44</sup>." Para o autor, "o ativismo judicial utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores"<sup>45</sup>. Bem vistas as coisas, o ativismo não é do juiz, mas da lei e da Constituição (e até mesmo, muitas vezes, dos estatutos normativos das instituições a serem reestruturadas) ao estabelecerem qual a finalidade a ser alcançada. O reconhecimento do problema estrutural direciona todos os esforços para a promoção deste estado ideal de coisas que é um comando jurídico para ajustar a situação constatada ao ordenamento jurídico.

Para assegurar que as providências para implementação do estado ideal de coisas sejam cumpridas no tempo, modo e grau desejados, o magistrado pode valer-se de medidas executivas típicas ou atípicas (arts. 139, IV, e 536, §1º, CPC), sobre as quais falaremos a seguir.

<sup>42</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 397. Também nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.

<sup>43</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, vol. 212, outubro/2012, p. 29.

<sup>44</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 104.

<sup>45</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 96.

Os amplos poderes conferidos ao juiz por estes dispositivos do CPC fundamentam uma nova forma de enxergar a efetividade das decisões judiciais. Pode-se assim afirmar que o CPC – lido a partir das suas normas fundamentais – é aplicável diretamente aos processos estruturais. Os demais diplomas normativos citado servem para exemplificar normativamente condutas que podem ser adotadas pelo juiz, mas não limitam sua atuação<sup>46</sup>.

Pode também valer-se do estímulo à consensualidade para exortar os sujeitos parciais do processo a, cooperativamente, entabular negociação quanto ao tempo, modo e grau da reestruturação a ser implementada, realizando reuniões e/ou apresentando propostas nos autos<sup>46</sup>.

(ii) Quanto à necessidade de criar um regime de transição, aí se tem uma providência essencial a ser adotada, uma vez que o processo estrutural, por essência, busca implementar uma *transição* entre estados de coisas<sup>47</sup>.

O poder de o órgão julgador criar uma “justiça de transição” entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria, para alguns, implícito<sup>48</sup>, decorrente do princípio da proteção da confiança<sup>49</sup>.

O art. 23 do Decreto-lei nº 4.657/1942, acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, consagrou *expressamente* esse dever – que passa a ser um dever de qualquer órgão decisor (administrativo, jurisdicional ou controlador):

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.

<sup>46</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 545.

<sup>47</sup> Matheus Galdino, fazendo referência à lição de Georg H. von Wright, menciona a expressão “pTq” – em que “p” corresponde ao estado de coisas anterior (estado de desconformidade), “q” corresponde ao estado de coisas posterior (estado ideal de coisas) e “T” corresponde à transição de um estado para outro. Para ele, essa é a “expressão que, sem exageros, pode ser considerada a expressão geral do objeto dos processos estruturais” (GALDINO, Matheus Souza. *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 699-700).

<sup>48</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 521, com amplas referências. O autor arremata: “Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521.)

<sup>49</sup> Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.

(iii) Por último, quanto à necessidade de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes, também aqui pode ser útil a nomeação de um gestor específico ou de um comitê. Aplicam-se aqui também as técnicas previstas na Lei nº 11.101/2005 (lei de falências) e na Lei nº 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência), quanto à possibilidade de o juiz nomear um administrador ou interventor judicial<sup>50</sup> para fiscalizar a implementação da reforma projetada.

Jordão Violin lembra que os casos *Holt v. Server*, que ajudaram a implementar a reforma no sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, contribuíram significativamente para, nas suas palavras: popularizar a figura do *special máster* ou *visiting committee* – um auxiliar do juízo colocado dentro da estrutura que se pretende reformar. Sua função é observar as práticas cotidianas e avaliar o empenho do demandado em cumprir a decisão judicial. Assim, é possível conhecer os fatos, desenvolver planos de ação e monitorar o cumprimento da decisão de maneira mais rápida e efetiva do que se essas tarefas dependessem da provocação e da atividade probatória das partes<sup>51</sup>.

Outras medidas podem ser adotadas, como a exigência de que sejam entregues relatórios periódicos, a designação de audiências periódicas para oitiva de testemunhas e a realização de inspeções judiciais. O importante é perceber que essa segunda fase, que visa à implementação da meta fixada na decisão estrutural, exige amplas discussão e atividade probatória.

Um exemplo notável de processo estrutural é o da chamada ACP do Carvão<sup>52</sup>.

Em 1993, o Ministério Público Federal propôs a ação civil pública nº 93.8000533-4 contra um grupo de mineradoras e a União, na Justiça Federal de Criciúma/SC, com o objetivo de compelir os réus a implementar um projeto de recuperação ambiental da área degradada pela atividade minerária.

A sentença condenou os réus a apresentar esse projeto de recuperação em 6 meses e a implementá-lo em 3 anos, mediante

<sup>50</sup> Nesse mesmo sentido: VIOLIN, Jordão. "Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas". In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 548.

<sup>51</sup> VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 527.

<sup>52</sup> Esse caso é muito bem detalhado e explorado em ARENHART, Sérgio Cruz. "Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão". *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, nº 2, versão eletrônica.

multa coercitiva. A decisão final somente transitou em julgado em 2014, mas desde 2000 já tramitava pedido de cumprimento provisório formulado pelo MPF.

A execução da ordem de recuperação ambiental passou, de 2000 a 2019, por quatro fases distintas, contou com a nomeação, pelo juiz, de grupo de apoio técnico para acompanhamento e fiscalização das providências de implementação da meta, experimentou os benefícios da consensualidade, tendo sido firmados 19 acordos para implementação do plano de recuperação até 2020, e sua execução pode ser acompanhada pela *internet*, por meio de *site* desenvolvido especificamente para a publicização das providências já adotadas para implementação do plano de recuperação ambiental estabelecido como meta<sup>53</sup>.

#### 4.2.2.2. Decisões em cascata

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*<sup>54</sup>:

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase *'principiológica'*, no sentido de que terá como principal função estabelecer a *'primeira impressão'* sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da *"decisão-núcleo"*, ou para a especificação de alguma prática devida.<sup>55</sup>

O art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Este dispositivo trata da tradicional ampliação do *thema in decidendum* e deve ser lido à luz da natureza flexível indispensável ao processo estrutural.

<sup>53</sup> <<http://acpcarvao.com.br/login/index.php>> Acesso em 30 dez 2019.

<sup>54</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225, p. 400.

<sup>55</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro", cit., p. 400.

Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência<sup>56</sup>. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.

Um exemplo interessante é a ação civil pública nº 0150735-64.2008.8.26.0002, em que o Município de São Paulo foi instado a resolver o problema do déficit de vagas em creches municipais para crianças com idade de zero a 3 anos. Inicialmente, a decisão judicial estabeleceu como meta (novo estado de coisas) a criação, até o ano de 2016, de 150.000 vagas. Até o ano de 2016, apenas 106.743 vagas haviam sido criadas, o que levava à conclusão de que ainda precisariam ser criadas 43.257 novas vagas. Sucede que, após nova análise do estado de coisas existente em 2016, chegou-se à conclusão de que seriam necessárias não mais 150.000 vagas no total, mas sim 191.743 vagas até 2020<sup>57</sup>. Esse novo estado de coisas, já distinto daquele estabelecido como meta quando da prolação de decisão estrutural, passou, a partir de então, a presidir a atuação do órgão jurisdicional, por influência da dinâmica dos fatos e sua repercussão no processo.

A segunda fase do processo estrutural é marcada por uma sucessão de atos que visam, como dito, à implementação da meta estabelecida. Mas nada impede que essa meta seja revista. O procedimento somente se encerra quando se entender ter sido implementado o estado de coisas almejado.

### **4.3. Algumas técnicas de flexibilização do procedimento no processo estrutural**

#### **4.3.1. Atenuação das regras da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda, com possibilidade de alteração do objeto**

É preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa (art. 141 c/c art. 492, CPC), que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda.

<sup>57</sup> O exemplo foi citado por: GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 702.

<sup>58</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.

Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação.

A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo<sup>59</sup>.

Como consequência disso, também é preciso atenuar a regra da estabilização objetiva da demanda (art. 329, CPC), permitindo-se até mesmo que haja alteração do objeto, desde que assegurado o contraditório prévio e substancial.

Lembremos do exemplo da ação civil pública em que o Ministério Público pretendeu que a concessionária de rodovia cumprisse à risca o contrato de concessão, segregando um bairro que floresceu no entorno da rodovia. Constatando-se que se trata de pretensão contrária ao interesse da comunidade que, supostamente, estaria sendo substituída no polo ativo pelo Ministério Público, seria possível cogitar da alteração do objeto para contemplar os interesses efetivos do título do direito discutido.

A flexibilidade da congruência objetiva e da estabilização da demanda supõe que a interpretação do pedido (art. 322, §2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Numa ação coletiva que diga respeito, por exemplo, aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais.

É fundamental admitir, nos processos estruturais, certa “plasticidade da demanda”<sup>60</sup>.

Assim, basta ao autor formular pedido genérico de conformação do estado de coisas sobre o qual se afirme a desconformidade – que, por exemplo, o juiz providencie garantir a vida, a integridade física e a dignidade da população carcerária de determinado estabelecimento prisional, que determine seja o empreendimento de usina hidrelétrica implantado em conformidade com as normas vigentes, que

<sup>59</sup> Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, nº 2, versão eletrônica.

<sup>60</sup> A expressão é de Marcella Ferraro, que defende que a petição inicial, nos processos estruturais, deve ser interpretada como um “esboço da demanda” (FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 144 e 153).

determine a adequação do sistema de ensino público municipal, para assegurar que crianças de determinada idade sejam acolhidas em creches em tempo integral etc.

Idêntico raciocínio se aplica ao pedido que, tendo sido formulado de modo estrito, pode ser ampliado a partir do núcleo da pretensão, que envolve o reconhecimento do problema estrutural. Narrado o problema estrutural e uma vez identificada a necessidade de ajuste, ele pode ser feito por provocação do juiz ou mesmo consensualmente, respeitado o contraditório e a boa-fé. Assim, se o preso demanda a proteção de sua integridade física individual, se o proprietário rural que será atingido pela barragem demanda em relação à proteção de seus direitos ou se surge uma demanda individual que revele a falha no sistema de ensino público no garantir o acesso ao ensino pré-escolar, estes mesmos casos poderiam ser levados em consideração para fim de adequação da tutela estrutural.

O tempo, o modo e o grau, o regime de transição e a forma de avaliação e fiscalização devem ser delineados em momento posterior; não precisam, necessariamente, ser objeto de pedido da parte.

#### **4.3.2. Legitimidade democrática pela abertura do processo à participação de terceiros**

O processo estrutural deve ser mais aberto à participação de terceiros.

Em razão da complexidade e da multipolaridade que normalmente marcam os processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amici curiae* e a designação de audiências públicas<sup>61</sup>. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais.

Marco Félix Jobim destaca que “o fio condutor de uma teoria do litígio estrutural passa pela legitimidade democrática de determinadas decisões judiciais”<sup>62</sup>. Uma das formas de assegurar essa legitimidade democrática da decisão estrutural é dar voz aos inúmeros atores ou grupos que possam ser eventualmente atingidos, independentemente de qual seja o título sob o qual eles venham a ingressar no processo.

É possível cogitar, como defende Marcella Ferraro, uma provocação específica dirigida pelo juiz a certos grupos ou entidades, e ainda uma chamada pública, a fim de que a participação seja – ou possa ser – a mais ampla possível<sup>63</sup>. Essa chamada pública e a própria participação dos sujeitos ou grupos interessados podem ser viabilizadas

<sup>61</sup> No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Policital Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, vol. 249, p. 26.

<sup>62</sup> JOBIM, Marco Félix. “Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 648.

<sup>63</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 159-160.

com o auxílio da *internet*, de meios eletrônicos e de ferramentas de tecnologia, com o objetivo de aumentar a publicidade e a transparência<sup>64</sup>.

Como visto mais acima, a fase de implementação do plano de recuperação ambiental estabelecido na chamada ACP do Carvão pode ser acompanhada pela *internet*, mediante acesso ao *site* especialmente desenvolvido para propiciar, com transparência, a fiscalização por qualquer interessado<sup>65</sup>. Na Argentina, existe um *Centro de Información Judicial*, com acesso disponível também pela *internet*<sup>66</sup>, onde se pode colher notícias sobre as atividades dos tribunais do país, inclusive sobre a implementação da decisão proferida no chamado “caso Mendoza”, um processo estrutural que visa à descontaminação do rio Riachuelo<sup>67</sup>.

A abertura do processo à participação de terceiros não pode, no entanto, se tornar um empecilho à solução do problema estrutural.

Como forma de evitar que a ampla participação se torne, ela própria, um problema, podem ser adotadas providências como a delimitação do centro de atuação permitido a cada sujeito, com identificação das questões sobre as quais ele pode falar ou com restrição de sua atuação a determinado ato ou fase do procedimento<sup>68</sup>. Outra possibilidade é a eleição de “porta-voz” com atribuição de falar sobre determinado interesse, evitando a proliferação de manifestações num mesmo sentido e substituindo-as por uma só manifestação concertada entre os titulares do interesse<sup>69</sup>.

#### 4.3.3. Atipicidade dos meios probatórios

Considerando que a discussão do tema envolve, muitas vezes, uma multiplicidade de questões de fato, é preciso, nesses casos, que se adote um modelo probatório diferenciado, com utilização de importantes meios atípicos de prova (art. 369, CPC).

No processo em que se pretenda, por exemplo, estabelecer um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade, como forma de concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, não se vai fazer perícia em *cada* via, logradouro, prédio ou equipamento público. No processo em que se pretenda resguardar a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária,

<sup>64</sup> MARÇAL, Felipe Barreto. “Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório”. *Tecnologia jurídica & Direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 459.

<sup>65</sup> <<http://acpcarvao.com.br/login/index.php>> Acesso em 30 dez 2019.

<sup>66</sup> <<https://www.cij.gov.ar/inicio.html>> Acesso em 30 dez 2019.

<sup>67</sup> LAMÉGO, Gustavo. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito. Salvador: Univerdade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 72.

<sup>68</sup> TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 280.

<sup>69</sup> TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*, cit., p. 286-287.

mediante a adequação dos prédios em que essas pessoas se encontram encarceradas, não há necessidade de vistoria em *cada* cela de cada estabelecimento prisional.

Nesses casos, podem e devem ser utilizados, além dos meios típicos de prova, outros meios probatórios, como a prova por amostragem, a prova estatística, a prova *prima facie*, a prova indiciária, dentre outros<sup>70</sup>.

#### 4.3.4. Atipicidade das medidas executivas. Delegação de atividade executiva para entidades de infraestrutura específica (EIE): *Claims Resolution Facilities*

Enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”<sup>71</sup>.

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV<sup>72</sup>, com o art. 536, §1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

Uma das possíveis técnicas que podem ser utilizadas para dar cumprimento a decisões estruturais é a criação de entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos (*claim resolution facilities*)<sup>73</sup> – isto é, terceiros responsáveis pela implementação, total ou parcial, da decisão judicial ou da autocomposição, muito embora tenham natureza privada ou mista.

Exemplos: a) a Fundação Renova, a entidade constituída a partir do termo de ajustamento de conduta firmado entre as empresas Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Billiton com a União, Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e suas autarquias; o TAC firmado em 2002 entre a Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG,

<sup>70</sup> Para Sérgio Cruz Arenhart, “a complexidade do caso, muitas vezes, torna inúteis as ‘provas tradicionais’, dado que elas se referem à demonstração de fatos pontuais, ocorridos no passado. Os litígios complexos, a seu turno, porque normalmente carecem de resposta que se projete para o futuro, também demandarão, muitas vezes, análises que probabilidades futuras ou – mesmo quando examinam o passado – imporão a avaliação de um plexo de situações, a fim de aferir de forma adequada a ocorrência de alguma infração” (ARENHART, Sérgio Cruz. “A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 10, nº 1, 2019, p. 663).

<sup>71</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, cit., p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (Idem, *ibidem*, p. 35).

<sup>72</sup> JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (Coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 230-232.

<sup>73</sup> A partir daqui, tem-se versão alterada, resumida e simplificada do texto publicado por um dos autores do volume 4 deste *Curso* conjuntamente com Antonio Cabral: CABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 287.

o MPF, o Estado de Minas Gerais e a Fundação Estadual do Meio Ambiente, com a intervenção de outras entidades, para mitigar os impactos socioambientais decorrentes da implantação da Usina Hidrelétrica de Irapé. O TAC previa medidas que caberiam à própria CEMIG, mas também estipulava que a empresa deveria firmar convênio com a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais – EMATER, que seria responsável por dar suporte técnico e executar inúmeras outras medidas, como as de reassentamento dos atingidos. Além disso, previa-se destinação de “verba temporária de manutenção”, a ser gerida por associações criadas em cada reassentamento, de acordo com um plano pré-definido; b) projetos realizados por grupos privados a partir da provocação de entidades públicas para resolver questões como os deslizamentos, inundações e desalojamentos em função das chuvas no Rio de Janeiro; c) a contratação pelo grupo Oi, no curso do processo de recuperação judicial, de uma fundação para criar uma plataforma digital a fim de viabilizar a mediação com milhares de credores em todo o país.<sup>74</sup>

Essa prática não é nova no direito comparado. Nos EUA, há pelo menos duas décadas, tem sido frequente a constituição das chamadas *claims resolutions facilities*.

Elas têm um potencial transformador na prática da tutela dos problemas estruturais, e significam uma nova forma de pensar diversos institutos do direito processual: são uma nova modalidade de participação de terceiros no processo; podem ser constituídas por convenções processuais (arts. 190 e 200 do CPC) ou por delegação de funções jurisdicionais por atos conjuntos (art. 69 do CPC), dois temas que estão nas últimas fronteiras de pesquisa acerca das fontes das normas processuais e das funções da jurisdição no mundo contemporâneo.

Também representam uma nova forma de gestão e organização do processo e podem revelar-se especialmente úteis nos litígios estruturantes. Podem ainda ser consideradas uma espécie de medida indutiva e de apoio para que se obtenha a implementação, cumprimento ou satisfação dos direitos coletivos (arts. 139, IV, 297 e 536 §1º, CPC). Talvez por tudo isso, as *claims resolution facilities* causam um certo estranhamento.

#### 4.3.5. Atipicidade da cooperação judiciária

A cooperação judiciária nacional é organizada a partir da premissa de que os atos e instrumentos da cooperação são atípicos.

Isso significa que a interação entre órgãos judiciários, para que um coopere com o outro para a prestação do serviço jurisdicional, pode realizar-se de inúmeras maneiras.

<sup>74</sup> Trata-se da plataforma de acordo da recuperação judicial do Grupo Oi, criada para mediação dos credores cujos créditos ainda fossem ilíquidos, bem assim para receber incidentes de habilitação e impugnações. Confira-se em: <<https://www.credor.oi.com.br>> Acesso em: 30 dez 2019.

Os processos estruturais são ambientes extremamente propícios para o uso das técnicas de cooperação judiciária. Processos estruturais complexos e multipolares dificilmente chegarão a bom termo sem o manejo desse instrumental<sup>75</sup>.

Dois exemplos são úteis.

a) A técnica de centralização de processos repetitivos (art. 69, §2º, VI, CPC) é bem-vinda nos processos estruturais.

Sabe-se que, num processo estrutural, fixam-se metas a serem atingidas a médio e longo prazos. Ocorre que, em determinados contextos, um litígio estrutural pode ensejar o ajuizamento de inúmeras demandas individuais que, inclusive, venham a interferir na execução dos planos estabelecidos no processo estrutural; por outro lado, essas demandas individuais não estruturais não têm a aptidão de pôr fim ao litígio estrutural. Por isso, a centralização desses processos pode ser meio apto a viabilizar a implementação das metas estabelecidas nos processos estruturais, pois o julgamento dos processos não estruturais relacionados à questão não seria feito em descompasso com o plano estabelecido no processo estrutural<sup>76</sup>. E mais: é meio de garantir isonomia<sup>77</sup>, pois se evita o tratamento distinto a quem busque o Judiciário em relação a quem tente a satisfação de seu direito por outras vias.

b) A cooperação judiciária pode dar-se entre órgãos que se relacionam em vínculo hierárquico. Em tais casos, a cooperação judiciária pode ocorrer pela *delegação* de um poder do órgão hierarquicamente superior ao órgão a ele vinculado.

A cooperação por delegação costuma ser feita pelo instrumento da *carta de ordem* e para a prática de atos de instrução (art. 972, CPC, p. ex.), comunicação ou execução. Permite-se ao STF, por exemplo, delegar atribuições para a prática de atos processuais relacionados à execução dos seus julgados (art. 102, I, “m”, CF/1988). Essa delegação deve ser feita a juízes de primeira instância<sup>78</sup> e pode dizer respeito à prática de atos executivos.

<sup>75</sup> Perceberam o ponto TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.195-196.

<sup>76</sup> LAMÉGO, Gustavo Cavalcanti. LAMÉGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. 2019. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019 p. 76-79; MARÇAL, Felipe Barreto. Deveres Cooperativos do Magistrado no Processo Estruturante: da cooperação com as partes à cooperação com outros órgãos (judiciários ou extrajudiciários), por meio de atribuição de competências e delegações. In: *Civil Procedure Review*, vol. 10, p. 77-99, 2019.

<sup>77</sup> GALDINO, Matheus, Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação (Mestrado – Direito). Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2019, p. 122; LAMÉGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*, cit., p. 78; TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. “Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB”. *Processos Estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). 2ª ed., rev., atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 197-200.

<sup>78</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

A partir do CPC-2015, a delegação pode ocorrer por qualquer instrumento e para a prática de qualquer ato de cooperação, não apenas atos instrutórios, de comunicação ou executórios.

É possível conceber, ainda, a delegação para a prática de número indeterminado de atos.

O caso da ADPF nº 347, em que o STF foi chamado a decidir sobre o estado dos presídios brasileiros, pode ser um bom exemplo. A solução do problema implicará uma mudança estrutural do sistema penitenciário brasileiro; o STF pode delegar aos juízos de execução penal a função de concretizar a sua decisão, estabelecendo as diretrizes gerais e preservando o poder de fiscalizar as medidas, para não perder o controle – no fim das contas, é delegação da execução de suas decisões, já autorizada constitucionalmente (art. 102, I, “m”, CF/1988)<sup>79</sup>.

#### 4.4. Adoção do procedimento comum do CPC, com trânsito de técnicas

O procedimento comum do CPC pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural. Isso se dá porque o CPC lançou mão de um procedimento padrão bastante flexível, caracterizado, entre outras coisas, por<sup>80</sup>: (i) prever, em diversos dispositivos, a possibilidade de adaptação às peculiaridades do caso concreto (p. ex., arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º, CPC); (ii) admitir a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou durante o processo; (iii) permitir o fracionamento da resolução do mérito da causa (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); (iv) admitir a cooperação judiciária (arts. 67 a 69, CPC); (v) permitir a celebração de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC); (vi) autorizar a adoção, pelo juiz, de medidas executivas atípicas (arts. 139, IV, e 536, §1º, CPC).

Mas não é só isso.

O art. 327 do CPC admite a “cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. O §2º desse dispositivo prescreve que:

[q]uando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

<sup>79</sup> SARAIVA, Carolina Barros. “Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; e JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 239-240; LAMÉGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*, cit., p. 67-69.

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65-67.

Como se vê, a parte final do §2º do art. 327 admite que o procedimento comum seja adaptado para que nele seja inserida e utilizada a técnica processual diferenciada prevista em procedimento especial. A doutrina vem enxergando nesse dispositivo uma espécie de “portal” que permite o chamado “trânsito de técnicas” dos procedimentos especiais para o procedimento comum, e vice-versa.

O §2º do art. 327 do CPC é, enfim, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais. Nesse sentido, é possível que o juiz determine, por exemplo, apresentação de réplica pelo impetrante do mandado de segurança, fazendo aplicar ao procedimento daquela ação constitucional o disposto nos arts. 351 e 352 do CPC e reforçando, assim, o contraditório (arts. 9º e 10, CPC) e a possibilidade de correção de vícios processuais, em concretização ao princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC).

Mas é preciso dar mais um passo. É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível. Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade.<sup>81</sup>

O art. 1.049 do CPC confirma esse entendimento.

No seu *caput*, prescreve que “sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código”. No parágrafo único, prescreve que “na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver”.

O parágrafo único do art. 1.049 está em consonância com o §2º do art. 327 do CPC, que permite que se incorporem ao procedimento comum técnicas de procedimentos especiais que com ele não sejam incompatíveis<sup>82</sup>.

As técnicas de flexibilização previstas expressamente em certos dispositivos, a consensualidade e a possibilidade de utilização de técnicas processuais previstas

<sup>81</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 73.

<sup>82</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 75-76.

em procedimentos especiais tornam o procedimento comum do CPC um circuito propício para a tramitação de processos estruturais.

## 5. Conclusão

Como conclusão, pensamos que é possível estabelecer um conceito de processo estrutural a partir do conceito de problema estrutural, assim entendido o estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal.

Processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

Além disso, o processo estrutural também apresenta algumas características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade.

Não há como estabelecer previamente qual deve ser o procedimento observado no processo estrutural, mas, em qualquer situação, esse procedimento deve ser bifásico, como ocorre no processo falimentar: a *primeira fase* do processo estrutural deve ser dedicada à constatação da existência de um problema estrutural e o seu propósito é, uma vez constatado o problema, estabelecer a meta a ser atingida – o estado ideal de coisas –, encerrando-se com a prolação da chamada decisão estrutural; a *segunda fase* do processo estrutural se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural.

O procedimento bifásico do processo estrutural é marcado por sua *flexibilidade intrínseca* e pela *consensualidade*.

A flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das

medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, §1º, CPC) e a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC).

O procedimento comum do CPC pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural, em razão das técnicas flexibilizadoras previstas no ordenamento e da possibilidade de haver um trânsito de técnicas entre o procedimento comum e os procedimentos especiais previstos no próprio CPC e na legislação extravagante.

São essas as principais propostas apresentadas neste artigo para um tema que ainda está em desenvolvimento. Esperamos que elas possam estimular e ampliar o debate.

### Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *In: Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 10, nº 1, 2019.

\_\_\_\_\_. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In: Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versão eletrônica.

\_\_\_\_\_. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, vol. 287.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, vol. 212, outubro/2012.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 333 do CPC-2015. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, vol. 229.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

FISS, Owen. Two models of adjudication. *In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Policital Control. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, vol. 249.

JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. *In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LAMÊGO, Gustavo. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito. Salvador: Univerdade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015.

\_\_\_\_\_. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

MARÇAL, Felipe Barreto. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. *In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de*

(Coord.). *Tecnologia jurídica & Direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TEMER, Sofia Orberg. Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, vol. 139.

# Fundos de investimento em participações – empresas em recuperação judicial

Jorge Lobo\*

“O Direito de Insolvência constitui um dos ramos essenciais para promover o desenvolvimento econômico”.<sup>1</sup>

## Resumo

O modelo secular de liquidação dos bens do ativo do devedor para pagar os seus credores fracassou em todos os países. Para substituí-lo, surgiu o “direito da empresa em crise”, que, infelizmente, não tem produzido os resultados almejados por seus idealizadores. Este artigo propõe um meio de recuperação de empresa viável através de investidores do mercado sob a forma de participação em um fundo de participação em ações, os FIPs-ERJ.

## Abstract

*The secular model of liquidating the debtor's assets to pay its creditors has failed in all countries. To replace it, the “right of the company in crisis” emerged, which, unfortunately, has not produced the results desired by its creators. This article proposes a viable means of recovering a company through market investors in the form of participation in an equity fund, the FIPs-ERJ.*

## Palavras-chave

Reestruturação e preservação das empresas. Fundo de participação em ações. FIPs-ERJ.

## Keywords

*Restructuring and preservation of companies. Equity fund. FIPs-ERJ.*

---

\* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

<sup>1</sup> Banco Mundial, FMI, UNCTAD.

O *crash* da *New York Stock Exchange*<sup>2</sup> — o maior tombo da história das bolsas de valores<sup>3</sup> —, ocorrido na “segunda-feira negra” de 19 de outubro de 1987, quando o índice *Dow Jones* despencou 508 pontos ou 23%, em poucas horas:

(a) provocou a derrubada dos mercados da Nova Zelândia, Hong Kong, Austrália, Espanha, Reino Unido e Canadá, os quais, no final de outubro, registravam queda de, respectivamente, 60%, 45,5%, 41,8%, 31%, 26,45% e 22,5%;

(b) abalou as economias norte-americana, europeia e asiática;

(c) levou à garra companhias sólidas em todos os continentes etc.

A crise de 2008 – a pior recessão global em décadas –, decorrente do não pagamento de títulos lastreados em hipotecas *sub prime*<sup>4</sup>, causou:

(a) a derrocada de fundos de *hedge* e de bancos de investimento;

(b) a bancarrota do *Lehman Brothers*, o quarto maior banco dos EUA, e do *Bear Stearns*;

(c) a absorção do *Merrill Lynch*, fundado em 1914, pelo *Bank of America*, para evitar a falência;

(d) a deterioração da *Fannie Mae* (*Federal National Mortgage Association*) e *Freddie Mac* (*Federal Home Loan Mortgage Corporation*), gigantescas instituições de crédito imobiliário e do mercado secundário de hipotecas, responsáveis, à época, por mais de US\$ 5.3 trilhões em garantias e empréstimos;

<sup>2</sup> No livro “O mito dos mercados racionais”, de Justin Fox, Ed. Best Business, 2010, pág. 178, lê-se: “Em outubro de 1987, a LOR administrava diretamente US\$ 5 bilhões e havia licenciado seu software de negociação para administradores de recursos que controlavam outros US\$ 45 bilhões. Os concorrentes — na maioria, empresas de *Wall Street* como a *Goldman Sachs* e *Morgan Stanley* — seguravam outros US\$ 40 a 50 bilhões ativos... E assim, quando as fórmulas dos seguradores de carteiras disseram para todos eles venderem na manhã do dia 19 de outubro de 1987, essa venda afetou o mercado como um todo. O resultado foi o pior dia de queda na história da bolsa de valores americana com o índice *Dow Jones* recuando 508 pontos.”

<sup>3</sup> A propósito desse período, Nouriel Roubini, no livro “A Economia das Crises”, Ed. Intrínseca, 2010, p. 37, escreveu: “Nos Estados Unidos, as associações de poupança e empréstimo viram sua carteira de empréstimos ficar inadimplente quando a bolha imobiliária estourou, no final da década de 1980 e no início da de 1990. Mais de 1.600 bancos faliram e, embora essa crise bancária não fosse tão séria quanto as últimas crises financeiras globais, ela, entretanto, desencadeou um aperto de crédito, uma dolorosa recessão em 1990 e 1991 e custos fiscais significativos de cerca de 200 bilhões de dólares (em dólares de 2009)”.

<sup>4</sup> Michael Lewis, no *best seller* “A jogada do século”, Ed. Best Business, 2011, que deu origem ao filme “A grande aposta”, relata, pormenorizadamente, a euforia do mercado imobiliário americano e da febre dos empréstimos *subprime*. Eis o que se vê na pág. 45/6: “No início de 2005, [...] a máquina das hipotecas *subprime* estava em ação e em movimento novamente, como se nunca tivesse quebrado. Se o primeiro ato da peça dos empréstimos *subprime* fora esquisito, este segundo ato era assustador. Trinta bilhões de dólares haviam sido significativos para os empréstimos *subprime* em meados da década de 1990. Em 2000, foram US\$ 130 bilhões de empréstimos hipotecários *subprime* e US\$ 55 bilhões desses empréstimos foram reempacotados como títulos hipotecários. Em 2005, seriam US\$ 625 bilhões em empréstimos hipotecários *subprime*, US\$ 507 bilhões dos quais viraram títulos hipotecários. Meio trilhão de dólares em títulos lastreados em hipotecas *subprime* em um único ano. Os empréstimos *subprime* estavam no auge, mesmo com o aumento das taxas de juros — o que não fazia o menor sentido.”

- (e) desvalorizações bilionárias devido ao estouro de bolhas de ativos e de créditos<sup>5</sup>, cujos efeitos devastadores continuam a ser sentidos;
- (f) a decretação de milhares de falências de empresas de pequeno, médio e grande porte em escala global, o que redundou no desemprego ou subemprego de milhões de pessoas, e, em consequência,
- (g) devastadora pandemia financeira mundial.

Antes mesmo dos catastróficos efeitos da “*Black Monday*”, os juristas empenhavam-se na busca de soluções para as dificuldades patrimoniais e financeiras das empresas viáveis através de procedimentos para-concursais e pré-concursais, frutos de uma nova Filosofia do Direito Falimentar.

Os procedimentos para-concursais:

- (a) são administrativos e extrajudiciais;
- (b) têm uma participação direta e indireta do Estado<sup>6</sup>;
- (c) visam criar condições de a empresa econômica, financeira, tecnológica e socialmente importante reerguer-se;
- (d) baseiam-se na ideia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das chamadas “empresas privadas de interesse público”, é indispensável prover a sua (re)financiamento, o que, as mais das vezes, só é possível com a decisiva atuação do Poder Público, pois, a empresa, estando pré-insolvente ou insolvente, fica sem

<sup>5</sup> John Cassidy, no livro “Como os mercados quebram: a lógica das catástrofes econômicas”, Ed. Intrínseca, 2009, p. 273 e segs., dedica o capítulo 20 ao que denominou “Sopa de letras”. Ei-las: RMBS (fundos de investimento); “título de crédito do tipo AAA”; “AAA/Aaa”; “BBB + Baa”; “BBB-”; “CDOs de mezanino”; “CDOs compostos de cotas subordinadas de outros títulos hipotecários”; “SIVs” (pequenos bancos criados por mega-bancos); “VaR” (modelos para medir os riscos); “SPV” (sociedade de propósito específico); “CDO”; “CDS”. Na página 288, John Cassidy acentua: “Em junho de 2007, o valor nominal do CDOs tinha alcançado a espantosa soma de US\$ 42,6 trilhões, de acordo com o Bank for International Settlements”.

<sup>6</sup> Angel José Rojo Fernández-Río, catedrático de Direito Mercantil da Universidade de Salamanca, na conferência *El Estado de Crisis Económica*, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 136, disserta: “Una vez formuladas estas precisiones, cabe afirmar que el salvamento público de la empresa en crisis puede realizarse a través de un triple sistema: puede perseguir un cambio de la titularidad de la empresa; puede perseguir una gestión de la empresa por parte del poder público durante un período de tiempo determinado; pero también puede tener como norte una financiación pública cualificada. En otros términos, el recurso al poder público se articula por la vía de la titularidad, por la vía de la gestión o por la vía de la financiación, aunque conviene advertir que no se trata de soluciones excluyentes”. No mesmo livro, Gerardo Santini, catedrático da Universidade de Bolonha, “Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado”, in “La reforma del derecho de quiebra”, Ed. Civitas, p. 41/2, ressalta: “El panorama que ha de examinarse es, sin embargo, mucho más amplio del que es posible captar mediante el examen de las disposiciones legislativas en el sector de los procedimientos concursales: se extiende desde simples medidas de administración pública de la economía, que repercuten a favor de empresas en crisis, como en el caso del aumento de precios controlados o fijados oficialmente, hasta medidas especiales de sostenimiento del empleo mediante la fiscalización de cargas sociales o gravámenes fiscales de otros géneros, hasta el libramiento de aportaciones a fondo perdido (por ejemplo, en la construcción de naves) o hasta conceder créditos especiales o, finalmente, las variadas modalidades de intervención directa del Estado o de sus entes mediante subscripción de nuevo capital de la empresa en crisis.”

<sup>7</sup> Cfr. meu “Direito da Crise Econômica da Empresa”. In: “Direito Concursal”, Forense, 2ª ed., p. 171.

meios de obter empréstimos e financiamentos, sem condições de comprar a crédito ou de conseguir parcelamento ou remissão parcial de suas obrigações e dívidas etc.

Os procedimentos pré-concursais:

(a) têm natureza contratual, pois se aperfeiçoam pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer coação estatal, mas tão somente o propósito de compor, da melhor maneira possível, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e até mesmo de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais, e são:

(b) extrajudiciais, porque celebrados sem a participação ou interferência do Poder Judiciário;

(c) consensuais, porque se concluem pela simples manifestação de vontade das partes, prescindindo de qualquer formalismo;

(d) onerosos, porque há vantagens recíprocas para os contratantes: para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades, e, para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento de seus créditos;

(e) informais, porque às partes é facultado regular seus interesses da maneira que lhes aprouver;

(f) preventivos, porque sua finalidade é prevenir a falência;

(g) individuais, porque só obrigam os signatários, em função do princípio da relatividade das convenções, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, salvo expressa disposição legal, às partes que os firmam e;

(h) abertos, porque os credores não signatários podem a ele aderir se e quando quiserem.

Esses novos meios extrajudiciais e judiciais de enfrentar as crises das empresas provocou uma mudança de paradigma, porquanto o modelo secular de liquidar o ativo do devedor para pagar os credores não atende a uma variada gama de interesses assaz merecedores de proteção, quer no que diz respeito a companhias de relevantes finalidades técnicas, tecnológicas e sociais; quer por força de suas dimensões e atuação em todo globo; quer devido ao contingente de acionistas (em especial fundos de pensão com dezenas de milhares de cotistas), trabalhadores, fornecedores e financiadores; quer por se tratar de pequenas e médias empresas com expressivo número de empregados; quer em virtude da precária situação dos consumidores, que foram estimulados a comprar a crédito, perderam seus empregos e não têm como quitar as dívidas, tornando-se autênticos réprobos sociais etc.

A propósito do tema, em 1988, Giuseppe Bavetta, professor da Universidade de Palermo, no excelente estudo "*Il Diritto dell'Impresa in Crisi*"<sup>8</sup>, advertiu, aos amantes

<sup>8</sup> Revista *Il Diritto Fallimentare*, Milão, Casa Editrice Dott, vol. LXIII, p. 351-364.

do vetusto Direito Falimentar, que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por sua natureza, pressupostos, fundamentos, conteúdo e finalidades do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser “Direito da Empresa em Crise”, que pretende garantir não apenas os direitos e interesses do devedor, os direitos e interesses dos credores, mas, também, os superiores interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômico-financeiras e gerenciais da empresa são motivos de preocupação não apenas para o devedor e seus credores, mas, outrossim, para o Poder Público e a coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado da composição de conflitos entre devedor e credores, há o interesse público e social da reorganização, saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa.

O Direito da Empresa em Crise tem como:

- (a) pressuposto objetivo: a viabilidade econômico-financeira da empresa;
- (b) fundamento: a ética da solidariedade<sup>9</sup>;
- (c) princípios: a função social da empresa, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho;
- (d) valores: conservar e estimular a empresa em funcionamento, para produzir e distribuir bens e serviços e promover o progresso econômico e social, ao invés de simplesmente arrecadar, avaliar e liquidar o seu ativo para pagar os credores;
- (e) finalidades: preservar os negócios, garantir os empregos, satisfazer os direitos dos credores e proteger o interesse público e social do reerguimento da empresa viável.

Ademais, ressalte-se, o novel instituto fez surgir um conjunto de medidas<sup>10</sup> para enfrentar a crise da empresa, de que são exemplos:

- (a) a “administração extraordinária da grande empresa em crise”<sup>11</sup>;
- (b) o “acordo de moratória”<sup>12</sup>;

<sup>9</sup> Cfr. meus comentários ao art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005. In: TOLEDO, Paulo; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Comentários à LRFE. 5ª ed. Saraiva, p. 182.

<sup>10</sup> Nos comentários ao art. 50 da LRFE, classifiquei os meios de recuperação em meios de (a) reestruturação do poder de controle, (b) reestruturação financeira, (c) reestruturação econômica, (d) reestruturação administrativa e (e) reestruturação complexa (ob. cit., p. 207/216).

<sup>11</sup> “*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*”, DLgs. nº 270 de 1999. Observe-se que o DLgs de 22.01.2019 instituiu o “Código da crise da empresa e da insolvência” e tratou do “procedimento de composição assistida”, do “acordo de reestruturação de débitos”, do “sistema de alerta” (da crise) etc., cumprindo destacar que a palavra “falência” foi substituída pela expressão “liquidação judicial”.

<sup>12</sup> Na Itália, o *Codice del Fallimento* foi modificado, entre outras, pela Lei nº 132/2015, que acrescentou os arts. 182-bis e 182-septies no RD nº 267/42 com o objetivo de socorrer rapidamente as empresas em crise através da normatização de meios de acordos extrajudiciais de reestruturação e moratória, podendo ser realizados tanto nas situações de recuperação da empresa em crise quanto em liquidação.

- (c) o “acordo de refinanciamento”, o denominado “*fresh money*”<sup>13-14</sup>;
- (d) o “acordo de reestruturação de dívidas”, através do auxílio de um mediador<sup>15</sup>;
- (e) a “remissão do passivo não satisfeito” em benefício de pequenos empresários<sup>16</sup>;
- (f) o “mecanismo de segunda oportunidade”<sup>17</sup>;

(g) a extensão das hipóteses de cabimento da ação revocatória, para inibir a procrastinação dos diretores na tomada de decisões e a intervenção direta do Estado ou de entes paraestatais na subscrição do capital dos devedores em dificuldades financeiras<sup>18</sup>.

Lamentavelmente, inúmeras evidências demonstram que essas medidas não têm atendido às necessidades e aos anseios de empresários, sócios ou acionistas, empregados, credores, fisco e da sociedade em geral, porque, para socorrer e salvar companhias em “estado ou situação de crise econômico-financeira”<sup>19</sup>, não bastam expedientes legais ou contratuais de composição judicial ou extrajudicial de obrigações

<sup>13</sup> Por meio do RDL de 27.3.2009, a Lei de Concursos espanhola sofreu uma revisão parcial, para incluir, entre outras matérias (v.g., publicidade, administração, reintegração da massa), “*los acuerdos de refinanciación*”. No ano de 2014, através do RDL de 7.3.2014, que resultou na Lei nº 30.9.2014 (L. 17/2014), a Espanha reformou profundamente os “*acuerdos preconcursales de refinanciación*”, facilitando e estimulando o “*fresh money*” e também “*la capitalización o conversión de créditos pendientes en capital de La sociedad refinanciada*”.

<sup>14</sup> No direito português, Miguel Pestana de Vasconcelos destaca as seguintes modalidades do processo especial de revitalização: – PER, “*Acuerdo en el marco del procedimiento judicial*”, “*acuerdo extrajudicial*” e “*la tutela especial de la financiación y de sus garantías (fresh money)*”. Com relação a este ponto, salienta a importância na proteção do “*fresh money*”, pois este instituto permite que os credores refinanciem o devedor, facilitando a continuação da atividade empresarial com base nas seguintes diretrizes principais: “*i) la prohibición de rescindir los contratos de financiación; ii) la tutela de las garantías prestadas por el deudor; iii) la concesión de un privilegio mobiliario general a los acreedores que concedan nuevos capitales al deudor*”, “*El saneamiento preconcursal del deudor en el ordenamiento portugués*” in: “*Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias*”, EurConv, 2016, p. 68.

<sup>15</sup> Como visto na nota 11 supra, a Itália realizou profundas alterações em seu direito falimentar por meio do recente Decreto Lei nº 83/2015, denominado “*Decreto giustizia per la crescita*”, convertido na Lei nº 132/2015, ampliando o rol de instrumentos alternativos ao concurso falimentar, tais como: o plano de saneamento certificado, os acordos de reestruturação e o convênio (na concordata preventiva), seguindo a recomendação comunitária da União Europeia na ReCE 2014, cujo objetivo é garantir que as empresas saudáveis, mas com dificuldades financeiras, qualquer que seja a sede de seu estabelecimento dentro da União, se recuperem.

<sup>16</sup> Em setembro de 2013, a chamada “*Ley de apoyo a los emprendedores*” na Espanha criou uma nova medida pré-concursal, o “*acuerdo extrajudicial di “pagos”*”, para beneficiar empresários pessoas físicas, profissionais autônomos e empresas de pequeno porte, e a “*remisión de pasivo insatisfeito*”, para as pessoas físicas não empresárias que tenham agido de boa-fé.

<sup>17</sup> Em 2015, a Espanha, por meio do RDL de 27.2.2015, criou o “*mecanismo de segunda oportunidad e la reducción de carga financiera e otras medidas de orden social*”. Em Portugal, a insolvência e a liquidação do devedor foram mantidas no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), mas foi criado, pela Lei nº 16/2012, o Processo Especial de Revitalização (PER), estabelecendo o seu artigo 1º, 2, que o devedor pode pedir ao tribunal a instauração do PER, ou, se preferir, do PEC, se estiver em situação economicamente difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, devido à falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito. (art. 17º). Nos EUA, em 12.03.2014, o Instituto Americano de Falências criou uma comissão para estudar a reforma do Capítulo 11 do Código de Bancarrotas, que, após três anos de trabalho e de ouvir 130 autoridades na matéria e 13 comitês *advisory*, apresentou um relatório de 400 páginas e recomendou 260 significativas mudanças no sistema de insolvência.

<sup>18</sup> Cfr. Gerardo Santini, catedrático da Universidade de Bolonha, “*Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado*”, in: “*La reforma del derecho de quiebra*”, Ed. Civitas, p. 37/55.

<sup>19</sup> Trata-se de um conceito meta-jurídico, aberto e flexível, verificável caso a caso pelo juiz à vista dos fatos que lhe expostos na petição inicial.

e dívidas inadimplidas nem, tampouco, a outorga de benefícios e incentivos civis, comerciais, creditícios, financeiros e fiscais.

Para empreender com êxito a reestruturação e conservação das empresas viáveis em estado de crise econômico-financeira, é imprescindível – prova-o a experiência – dinheiro novo, dinheiro vivo, sem acréscimo de elevados *spreads*, livre da incidência de correção monetária e de exorbitantes juros compensatórios, sem prazo de vencimento, sem risco de pagamento de pena convencional ou taxa de permanência etc.

Mas, indaga-se: quem vai acreditar e investir em uma sociedade empresária com gestão ineficiente, precário controle financeiro, escassos recursos em caixa, minguada carteira de recebíveis, alto índice de endividamento, elevada estrutura de custos, sem credibilidade junto a fornecedores, bancos e clientes e com a sua força de trabalho desmotivada, a diretoria atônita e os controladores sem vontade ou sem condições de capitalizá-la?

Resposta: os FIPs-ERJ, isto é, os Fundos de Investimento em Participações em Empresas em Recuperação Judicial, que poderiam ser criados na forma e para os fins da Instrução CVM nº 578, de 2016, passando a constituir uma nova categoria ao lado dos fundos discriminados no seu art. 14.

Para os FIPs-ERJ se tornarem atrativos aos investidores qualificados e mais seguros do que as *startups*, é indispensável um “prêmio” suficientemente alto para compensar o risco de liquidez<sup>20</sup>, de negócio<sup>21</sup>, de governança<sup>22</sup> e de balanço<sup>23</sup>, inerentes a esse tipo de investimento, o que se conseguirá se houver:

(1º) isenção de imposto de renda para pessoas físicas dos rendimentos auferidos no resgate e na amortização de cotas e dos decorrentes da liquidação do FIPERJ, tal qual a isenção concedida às pessoas físicas cotistas dos FIPs-IE e FIPs-PD&I<sup>24</sup> (§3º, do

<sup>20</sup> Risco de liquidez: os cotistas dos FIPs-ERJ perdem, durante um período determinado, que poderá ser relativamente longo, a disponibilidade dos recursos que aportaram, embora possam negociar suas cotas no mercado secundário ou de balcão etc.

<sup>21</sup> Risco do negócio: eventuais sérios problemas de gestão, estratégia, relacionamento desgastado com fornecedores, bancos, funcionários, clientes etc.

<sup>22</sup> Risco de governança: litígios potenciais ou concretos entre os controladores ou controladores e administradores ou entre administradores.

<sup>23</sup> Riscos de balanço: alavancagem financeira, dívidas de longo prazo, créditos de difícil recebimento, contingências fiscais, civis, trabalhistas etc.

<sup>24</sup> Em 2012, as debêntures de infraestrutura incentivadas saíram de oito emissões e R\$ 3,6 bilhões, para, em 2019, cinquenta e seis emissões e R\$ 17,1 bilhões em volume, o que demonstra os positivos efeitos da Lei nº 12.431, de 2011. Conforme ressalta o artigo “Debêntures de infraestrutura para financiar o crescimento”, de Daniel Wajnberg, Gabriel Ervilha e Cesar Frade, a promulgação da lei permitiu “observar desenvolvimentos absolutamente positivos, entre os quais podemos citar: (1) A criação de um mercado privado de financiamento de longo prazo para SPE’s de infraestrutura, praticamente inexistente antes da Lei nº 12.431/2011; (2) A presença de gestores altamente qualificados atuando no setor e se colocando como opções de *funding* para projetos de infraestrutura; (3) A elevação no indicador de número de negócios no mercado secundário, tornando mais fácil a venda do título pelo investidor — resta ainda muito espaço para melhorar neste quesito; (4) Organismos multilaterais passaram a oferecer instrumentos de garantia para as debêntures com discussões em andamento de novos produtos; (5) Demonstrativos financeiros de projetos de infraestrutura passaram a estar mais acessíveis aos investidores, ampliando o nível de transparência; (6) Avaliações de risco de projetos passaram a ser sistematicamente realizadas por agência de rating, viabilizando melhor entendimento desse investimento.” (Valor Econômico de 18.10.2019).

art. 2º, da Lei nº 11.478/2007, com a redação do art. 4º da Lei nº 12.431/2011; art. 33 da IN-RFB nº 1.585/2015, e Solução de Consulta nº 103 – Cosit, de 2019);

(2º) redução de 50% (cinquenta por cento) da dívida consolidada com a União Federal, consoante o Projeto de Reforma da Lei nº 11.101/2005, que propõe a alterar o art. 10-A, inc. II, da Lei nº 10.522/2002, porém, um abatimento de até 30% (trinta por cento);

(3º) parcelamento do saldo remanescente em 120 (cento e vinte) parcelas, conforme prevê o art. 3º do Projeto de Reforma da Lei nº 11.101/2005 (Art. 10-A, inc. I);

(4º) linhas de crédito e financiamento do BNDES<sup>25</sup> na esteira da oferecida às micro, pequenas e médias empresas, que têm dificuldades de obter crédito no mercado bancário, assim como as empresas em recuperação judicial, segundo informe institucional do BNDES de 22.03.2019.

Este instrumento de revitalização das companhias abertas e fechadas em crise, porém econômica e financeiramente viáveis, encontra respaldo no princípio da eficiência na ordem constitucional (CF, art. 35, *caput*, cfr. EC nº 19 de 04.06.1998), no pensamento do Banco Mundial, do FMI e da UNCTAD e são o oposto dos “*private equity funds*” americanos, dedicados às “*leveraged buyouts*” (compras alavancadas), tão criticados pela Senadora Elizabeth Warren, pré-candidata à presidência dos EUA, como se vê da matéria “*Elizabeth Warren, in detailed attack on private equity, unveils plan to stop ‘looting’ of U.S. companies*”, publicada pelo Washington Post em 18.07.2019. (disponível em: <https://www.washingtonpost.com/us-policy/2019/07/18/elizabeth-warren>)

<sup>25</sup> O Valor Econômico de 31.10.19, com a manchete “Efeito de empréstimos do BNDES é positivo para sobrevivência da empresa”, informa: “Os empréstimos do BNDES têm efeito positivo para a sobrevivência das empresas, mas a disponibilidade do dinheiro importa mais que valor, juros, prazo de carência e duração do contrato. A avaliação consta de um texto para discussão publicado na página do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) dos economistas Philipp Ehrl, professor da Universidade Católica de Brasília, e Leonardo Monastério, técnico do Ipea e que também leciona na mesma Universidade. Fica evidente que estímulos ao crédito são mais efetivos quando as firmas sofrem restrições financeiras severas. Neste caso, e os resultados desta pesquisa corroboram esse ponto, os empréstimos não precisam ser concedidos a taxas de juros baixas, pois é sua disponibilidade, em geral, que realmente importa para a sobrevivência das empresas. Os dados e testes compilados apontam que, enquanto no primeiro ano de vida, cerca de 60% das empresas sem apoio do BNDES morreram, no caso das companhias que tiveram esse suporte, a mortalidade foi de apenas 14%. Ao fim de 12 anos, a mortalidade do grupo que recebeu crédito do banco foi de 30% e do grupo sem apoio, de 79%”.

# Ajuizamento de ACP pelo Procurador-Geral

Luís Alberto Thompson Flores Lenz\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Distinção entre *civil law* e *common law*. 3. Primazia da ação civil pública. 4. Legitimação do Ministério Público. 5. Manifestação dos tribunais. 6. Conclusão. Bibliografia.

## Resumo

O presente estudo objetiva analisar a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelo Procurador-Geral de Justiça, frente a determinadas autoridades elencadas na legislação, sem que isso importe em violação aos princípios da isonomia, do promotor natural e da unidade dessa instituição.

## Abstract

*The present study aims to analyze the possibility of filing a public civil action by the Attorney General of Justice, against certain authorities listed in the legislation, without implying a violation of the principles of isonomy, the natural prosecutor and the unity of that institution.*

**Palavras-chaves:** ACP. Legitimidade ativa. Procurador-Geral.

**Keywords:** ACP. Active Legitimacy. Attorney General.

## 1. Introdução

No advento dos 35 anos de vigência da *Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985)*, é imperioso que se faça um balanço de alguns dos aspectos singulares de tal diploma normativo, o qual, indubitavelmente, irmanado com a Constituição Federal de 1988, revolucionou o ordenamento jurídico pátrio, no final do século vinte.

A importância desses dois textos legais, principalmente a LACP, vem sendo percebida todos os dias, frente à crescente necessidade de tutela do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio público, matérias essas que constituem o escopo primordial desse esforço legislativo.

---

\* Especialista em Direito Político. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Processo Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS (UNISINOS).

E, em se sabendo que o *Parquet* é o principal agente público que promove demandas judiciais amparado em tal arcabouço normativo, é necessário analisar, dentro de seus quadros, a quem é atribuído tal *mister* e, também, se, frente a determinadas autoridades, pode ser conferido apenas ao Procurador-Geral a prerrogativa de ingressar em juízo com semelhante ação.

É o que passaremos a fazer.

## 2. Distinção entre *civil law* e *common law*

Frente à superação do processo comum, que evidentemente não se presta à tutela dos interesses de massa, os diversos ordenamentos jurídicos procuraram se socorrer de instrumentos processuais adequados para o enfrentamento dessa nova realidade.

Tal inovação jurídica (contencioso de massa), fruto do aumento exponencial da população e da era digital, foi bem conceituada pelos juristas peninsulares ALESSANDRO GIORGETTI e VALERIO VALLEFUOCO, na seguinte passagem:

*Il contenzioso di massa è, non a caso, il prodotto della moderna realtà economico-finanziaria in cui lo sviluppo di certe attività di produzione e distribuzione di bene e servizi ha introdotto nuove forme di concorrenza comportanti, sicuramente, più opportunità di scelta per i cittadini consumatori, ma, anche, più insidie e pericoli.<sup>1</sup>*

Para isso, no sistema anglo-americano da *common law*, restaram concebidas as *class actions*, baseadas na *equity* e no “*Bill of Paece* do século XVII”.

Estas demandas receberam precisa definição dos estudiosos do direito italiano ERNESTO CESÀRO e FERNANDO BOCCHINI, em obra específica sobre o tema, que conta com significativa abordagem:

*L “azione di classe” è un istituto di diritto processuale civile di origine anglosassone che consente l’esercizio dell’azione legale e la conduzione della stessa da parte di una pluralità di soggetti, che in qualità di membri di una determinata classe o categoria chiedono all’Autorità Giudiziaria, con un unico giudizio, la soluzione di una comune questione di fatto o di diritto, che “fa stato” nei confronti di tutti i componenti della medesima classe o categoria.<sup>2</sup>*

Seus princípios estão sintetizados, desde o início do século vinte, nas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, que agora disciplinam semelhante matéria.

<sup>1</sup> *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Guiffirè Editore, 2008, Milão, p. 14.

<sup>2</sup> *Azione Collettiva Risarcitoria (Class Action)*, Guiffirè Editore, 2008, Milão, p. 4.

Conforme SALVATORE PATTI, tal legislação impôs determinados requisitos, consistentes em:

*I presupposti, elencati nel Rule 23 FRCP, sono i seguenti: a) la class deve essere così numerosa da rendere impossibile la riunione dei giudizi di tutti gli interessati; b) le questioni di fatto o di diritto devono essere comuni all'intera class. L'attore o gli attori devono, in altri termini, dimostrare che il caso ha carattere esemplare; c) le azioni e le eccezioni devono essere "tipiche" rispetto alle azioni o eccezioni della class, cioè devono esprimere le esigenze di tutela comuni ai soggetti che compongono la categoria rappresentata; d) la parte che rappresenta la class deve dimostrare che intende difendere gli interessi di questa in modo corretto ed adeguato.<sup>3</sup>*

No que diz com os países da *civil law*, o Brasil foi o primeiro a disciplinar essa questão, fato magistralmente apreendido pela Exposição de Motivos do "Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América", *verbis*:

3 – Nos sistemas da *civil law*, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada "ação civil pública", a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados interesses individuais homogêneos, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, as *class actions for damages*).

A concepção dessa nova sistemática processual e, fundamentalmente, da Ação Civil Pública, constituiu uma verdadeira revolução de ordem processual no ordenamento jurídico pátrio, influenciando, inclusive, inovações que se processaram posteriormente na Europa.

Ela será objeto de análise no próximo item deste estudo.

<sup>3</sup> *La Tutela Civile Dell'Ambiente*, Editora Cedam, Padova, 1979, p. 104.

### 3. Primazia da ação civil pública

Conforme a lição de PIERO CALAMANDREI, deduzida nas suas insuperáveis *"Istituzioni di Diritto Processuale Civile"*, ocorre *"azione pubblica quando tale potere è affidato dallo Stato a un apposito organo pubblico, che agisce, indipendentemente da ogni stimolo privato, per dovere d'ufficio"*.<sup>4</sup>

Corroborar tal posicionamento o não menos ilustre HUGO NIGRO MAZZILI, ao afirmar que *"a rigor, sob o aspecto doutrinário, a ação civil pública é a ação não penal, proposta pelo Ministério Público"*.<sup>5</sup>

Esse entendimento, entretanto, vem sendo superado, a partir da correta advertência de EDIS MILARÉ, para quem o caráter público dessa demanda decorreria, não tanto da natureza jurídica do seu autor, mas muito mais em razão dos elevados interesses protegidos em juízo.

Foi o que assinalou esse emérito jurista, na seguinte passagem:

De início, entendia-se que quando se falava em ação civil pública se queria em verdade referir ao problema da legitimação e não ao do direito substancial discutido em juízo. A ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma parte pública – o Ministério Público.

Depois, porém, com a edição da Lei nº 7347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas, paraestatais e às associações que especifica (art. 5º), novo posicionamento se impôs diante da questão. É que não há mais exclusividade na atuação do Ministério Público como parte ativa, podendo ser antecedido na propositura da ação por uma associação ambientalista, por exemplo, bem como tê-la ao seu lado, na qualidade de litisconsorte ativo, na ação por ele proposta (art. 5º, §2º). Diferente, portanto, do que ocorre no processo penal, onde só em caso de inércia do Ministério Público é que tem cabimento o exercício da ação pelo particular ofendido (cf. CPP, art. 29, CP, art. 100, §3º, e CF, art. 5º, LIX).

Em tal conjuntura, imperioso reconhecer a necessidade de desfocar a atenção do problema da legitimação e voltá-la para a natureza do interesse material que se pretende protegido pelo Poder Judiciário, de molde a concluir que pública será toda ação que tiver por objeto a tutela de um interesse público, entendido como interesse dos

<sup>4</sup> Opere Giuridiche, Morano Editore, 1970, volume 4º, p. 139, e, também, in: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1986, v. 1, p. 275.

<sup>5</sup> *A Defesa dos Interesses Públicos em Juízo*, Editora Saraiva, 13ª edição, 2001, p. 65.

concidadãos, no plano das estruturas sociais, afetando a psicologia coletiva, e não do Estado, como estrutura político-administrativa.

Podemos, assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar a ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional.<sup>6</sup>

Dito posicionamento restou sensivelmente enaltecido pela Constituição de 1988, ao expressamente inserir tal instrumento processual no texto da lei maior (inciso III do art. 129), oportunidade em que atribuiu a ele a defesa de interesses de terceira geração, como o meio ambiente, o patrimônio público e outros direitos difusos e coletivos.

Ao assim proceder, conferindo foro constitucional tanto a esta ação quanto aos elevados interesses por ela patrocinados, o constituinte objetivou resguardar o seu conteúdo, impedindo que o legislador ordinário viesse a menosprezar essa matéria, a qual, hoje, ao lado da Ação Popular Constitucional, constitui o principal instrumento de defesa dos supremos interesses da sociedade.

#### 4. Legitimação do Ministério Público

Estabelecidas essas premissas e demonstrada a importância da Lei da Ação Civil Pública em nosso ordenamento jurídico, impõe-se verificar, para os fins aqui discutidos, quais os preceitos normativos que atribuem ao Ministério Público a preponderância no seu aforamento.

Tudo começa a partir *do inciso III do art. 129 da Constituição Federal de 1988*, que dispõe:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Em sede de legislação ordinária, coube a LACP (Lei nº 7347/1985) disciplinar essa questão, em seu artigo 5º, que conta com a seguinte redação:

Art. 5º – Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I – o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

<sup>6</sup> *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. Editora Saraiva, 1990, p. 5 e 6.

II – a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V – a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)

(...)

Tal comando normativo atribui legitimidade *ad causam* a essas entidades públicas, sendo que, como é mais do que evidente, caberá às suas legislações específicas estipular, em cada caso, qual o agente que deverá atuar no processo (*legitimatío ad processum*).

Isso foi o que assinalou, com a costumeira maestria, o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, que, ao examinar exatamente essa questão, advertiu:

## 2. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MEDIANTE DISTRIBUIÇÃO INTERNA DE ATRIBUIÇÕES

(...)

Afirmar que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou Arruda Alvim, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo. Por ser assim, é evidente que a atuação de Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário – que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência –, se dá em forma organizada e hierarquizada. Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Seria inconcebível imaginar, com efeito, pudessem todos e cada um dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aproovessem.<sup>7</sup>

Em sendo assim, incumbe às leis federais e estaduais específicas dispor, entre os inúmeros agentes do Ministério Público, quem oficiará perante o processo em determinada comarca, vara ou instância judicial.

<sup>7</sup> *Ação Civil Pública: Competência para a Causa e Repartição de Atribuições entre os Órgãos do Ministério Público, artigo publicado na coletânea de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON intitulado "Tutela Coletiva"* Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 253.

E, em situações específicas, em razão do caráter singular das autoridades envolvidas, o legislador poderá atribuir exclusivamente ao Procurador Geral este *mister*.

É o que dispõe, entre outros, o inciso VIII do art. 29 da Lei nº 8625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados), vazado nos seguintes termos:

### SEÇÃO III

#### DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Art. 29 – Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

VIII – exercer as atribuições do artigo 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação.

Quem interpretou, com rara felicidade, o conteúdo do preceito em discussão, foi o emérito Colega EMERSON GARCIA, *verbis*:

Inicialmente, cumpre afirmar que não divisamos qualquer inconstitucionalidade no preceito em tela ao fixar a atribuição originária do Procurador-Geral para adotar determinadas medidas, judiciais ou extrajudiciais, em face de certas autoridades.

Sob o prisma institucional, não há qualquer violação ao princípio do Promotor Natural, pois, como vimos em observação ao art. 24, foi ele fixado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito infraconstitucional. Como caberá à Lei Orgânica Nacional e à lei estadual estatuir os critérios a serem seguidos para a fixação de atribuições, é factível que terão elas ampla margem de liberdade. No que concerne a uma possível violação ao princípio da isonomia, já que referidas autoridades receberiam um tratamento diferenciado em relação aos demais, também aqui não visualizamos qualquer inconstitucionalidade. Ainda que tenhamos entendimento diverso, não podemos ignorar que o Direito pátrio, com o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muito contempla o foro por prerrogativa de função, com a única restrição de que tal previsão seja encampada pelo texto constitucional. No que concerne à fixação de atribuições, tendo sido a regulamentação da

matéria delegada ao legislador infraconstitucional (art. 128, §5º, da CR/1988), não se pode, em detrimento do sistema já consagrado, negar que determinadas autoridades sejam contempladas com a prerrogativa de somente serem investigadas ou acionadas pelo Procurador-Geral de Justiça.<sup>8</sup>

Entretanto, ao estabelecer o alcance desse dispositivo, que não constitui comando de utilização extensiva, empregado a todo momento, com a mera invocação da figura dessas autoridades, tal jurista reconheceu que:

[o] Procurador-Geral somente terá atribuição para atuar em medidas que busquem perquirir a responsabilidade pessoal do Governador do Estado, do Presidente da Assembleia Legislativa ou dos Presidentes dos Tribunais, não quando a medida tenha como destinatário o próprio Estado, ainda que em virtude de ato praticado por tais autoridades. Uma ação que busque condenar o Estado a tornar efetivos determinados direitos fundamentais relativos às crianças e adolescentes será ajuizada em face desse ente e não do Governador do Estado, ainda que a causa de pedir esteja relacionada à omissão deste na implementação de determinadas políticas públicas, o que afasta a atribuição originária do Procurador-Geral. Nesses casos, somente o Estado tem personalidade jurídica para figurar no polo passivo de uma ação, o que em nada se confunde com o fato de o Governador ser o seu dirigente máximo (CPC/2015, art. 75).<sup>9</sup>

Para encerrar, sintetiza EMERSON GARCIA que a competência para o processamento da lide é do juízo de primeiro grau.

Isso é o que consta de significativa passagem da obra antes invocada, *verbis*:

Por outro lado, tratando-se de ação que impute a prática de ato de improbidade administrativa ao Governador do Estado (*v.g.*: art. 11, II, da Lei nº 8429/1992 – “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”), será ela ajuizada em primeira instância, pelo Chefe da Instituição. Aqui o polo passivo será integrado por uma pessoa física que ocupa o cargo de Governador, sendo a ela imputado um ilícito praticado no exercício de suas funções. A atribuição originária, é importante frisar, não é fixada em razão do órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento da ação, prevalecendo

<sup>8</sup> Ministério Público, *Organização, atribuições e regime jurídico*, Editora Saraiva, 6ª Edição, 2017, p. 610.

<sup>9</sup> *Opus citatum*, p. 611.

mesmo nas hipóteses em que a competência seja do juízo de primeira instância (v.g.: nas ações de improbidade).<sup>10</sup>

Feitos todos esses esclarecimentos, resta verificar como tem se manifestado o Poder Judiciário sobre esse tema.

## 5. Manifestação dos tribunais

Em sede de jurisprudência, nos limitaremos a invocar os precedentes dos Tribunais Superiores.

No que diz com o *Pretório Excelso*, dita controvérsia foi inicialmente examinada quando do deferimento da medida cautelar na *ADI 1285-1*, de São Paulo, em aresto da lavra do emérito Ministro MOREIRA ALVES, sendo que tal julgado contou com a seguinte ementa:

- Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, *caput* e §1º, III, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V do mesmo artigo), 299, §2º, todos da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

- O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal.

- A independência funcional a que alude o artigo 127, §1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação.

Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, “*ex nunc*” e até o julgamento final desta ação, das expressões “e a ação civil pública” contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões “de promoção ou” contidas no §2º do art. 299, ambos da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

<sup>10</sup> *Opus citatum*, p. 611/2.

Nessa oportunidade, o preclaro relator deferiu a liminar para suspender a atribuição ao Procurador-Geral da titularidade para o ajuizamento de ação civil pública contra determinadas autoridades, com base nesta fundamentação:

No tocante à legitimação ativa para promover a ação civil pública, tenho como relevante o fundamento da arguição de inconstitucionalidade com base no artigo 22, I, da Constituição Federal, sob a alegação de que essa matéria diz respeito a processo e não a procedimento, razão por que, a esse propósito, se insere na competência exclusiva da União para legislar sobre processo civil”.

Semelhante entendimento e, com evidente razão, restou superado quando da apreciação da ADI 1.916 do Mato Grosso do Sul, da relatoria do não menos ilustre Ministro EROS GRAU, sendo que do extrato deste julgado consta:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 30, INCISO X, DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – LC Nº 72/94. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA DE CARÁTER PROCESSUAL. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO LOCAL. ARTIGO 128, §5º, E ARTIGO 129, INCISO III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. ACÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para propor a ação civil pública contra autoridades estaduais específicas.
2. A legitimação para propositura da ação civil pública – nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição do Brasil – é do Ministério Público, instituição una e indivisível.
3. O disposto no artigo 30, inciso X, da LC 72/94, estabelece quem, entre os integrantes daquela instituição, conduzirá o inquérito civil e a ação civil pública quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por determinadas autoridades estaduais.
4. A Lei Complementar objeto desta ação não configura usurpação da competência legislativa da União ao definir as atribuições do Procurador-Geral. Não se trata de matéria processual. A questão é atinente às atribuições do Ministério Público local, o que, na forma do artigo 128, §5º, da CB/88, é da competência dos Estados-membros.
5. A Lei Complementar nº 72, do Estado de Mato Grosso do Sul, não extrapolou os limites de sua competência.

**Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.  
Cassada a liminar anteriormente concedida.**

Nestes termos, foi completamente afastada qualquer imputação de usurpação da competência legislativa da união, sendo assentado que a matéria diz, fundamentalmente, com distribuição de atribuições internas do Ministério Público, que pode ser disciplinada por sua legislação institucional.

Esse posicionamento foi reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *Recurso Especial nº 851.635-AC*, da lavra do Ministro CASTRO MEIRA, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GOVERNADOR DE ESTADO. PROPOSITURA. COMPETÊNCIA. ART. 29, VIII, DA LEI Nº 8625/93. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

1. Preceitua o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, que somente o Procurador-Geral de Justiça é competente, em princípio, para o ajuizamento de ação civil pública (art. 129, III, da Carta Magna) contra Governador de Estado por ato praticado em razão de suas funções.

2. Nem mesmo hipoteticamente o art. 29, IX, da Lei nº 8625/93 (“Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução”) legitimaria no caso concreto a propositura da referida ação civil pública exclusivamente por membro do *Parquet* Estadual atuante em primeira instância, uma vez que a Corte de origem registrou expressamente a inexistência de qualquer delegação.

3. Recurso especial não provido.

Logo, restaram afastadas todas as alegações de ofensa a princípios constitucionais (isonomia) e institucionais, como unidade e indivisibilidade do Ministério Público, ou violação ao princípio do promotor natural, a justificar o aforamento dessa demanda por Promotor de Justiça.

E, no bojo deste aresto ficou consignado que tal ação deveria ser proposta pelo Procurador-Geral em primeira instância.

## **6. Conclusão**

Ao finalizar este estudo, devemos fazer um apanhado conclusivo, uma verdadeira síntese do que foi abordado.

Iniciamos assinalando que o processo judicial da atualidade é muito diverso daquele concebido no século vinte, notadamente nos primeiros cinquenta anos

dessa época, em que o Poder Judiciário, no cível, se limitava a esperar a atuação de particulares, sem maior interferência no resultado das ações ou na coleta das provas.

Com o advento do aumento da população e da solicitação intensiva de proteção judicial a interesses outrora obscurecidos, como da saúde, do meio ambiente e do consumidor, restou demonstrado que seria necessária a adoção de uma nova filosofia de tratamento dessas postulações de massa, totalmente diversa da sistemática até aí existente.

Sendo assim, na esteira das *class actions* do sistema americano, os países da *civil law*, capitaneados pelo Brasil, que desde 1985 já contava com a Lei Federal nº 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), procuraram suprir a lacuna existente em seus ordenamentos jurídicos, objetivando resguardar tal situação.

O coroamento desse novo posicionamento se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que inseriu, em seu texto (art. 129, inciso III), a Ação Civil Pública, atribuindo a mesma *status* constitucional, ao lado da Ação Popular.

Além disso, conferiu ao Ministério Público, ainda que de forma tácita, a titularidade preferencial no emprego dessa via judicial, presumivelmente em decorrência do elevado alcance outorgado à instituição, quase erigida em um quarto poder, fato que não passou despercebido dos estudiosos do direito.

Tanto isso é verdade que, até na França, cujo sistema constitucional e processual é totalmente diverso do nosso, imperando inclusive o contencioso administrativo no que diz com postulações contra o Poder Público, foi adotada concepção análoga, em benefício da sociedade, fundamentalmente no que diz com a atuação do Ministério Público, fato que pode ser apreendido da leitura de expressiva passagem da obra de VÉRONIQUE MIKALEF-TOUDIC, de onde consta o seguinte:

*LE MINISTÈRE PUBLIC, DÉFENSEUR DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX DE LA SOCIÉTÉ*

*337. Le ministère public a la double qualité de représentant de l'État et de défenseur des intérêts généraux de la société. Historiquement, la première mission confiée au ministère public consistait à défendre les intérêts de l'État devant les tribunaux. Ce n'est que plus tard qu'il fut également chargé de défendre les intérêts généraux de la société. Cependant, cette seconde mission a fini par supplanter la première. De nos jours, la fonction première du parquet est de veiller à la bonne application des lois et à la protection de l'intérêt général. Pour certains auteurs, cette mission est même l'unique fonction du ministère public. Pourtant ces deux missions ne sont pas incompatibles, ni exclusives l'une de l'autre.<sup>11</sup>*

<sup>11</sup> *Le Ministère Public, Partie Principale Dans Le Procès Civil, Presses Universitaires D'Aix-Marseille*, 2006, p. 249.

E entre os integrantes do *Parquet*, através de um procedimento absolutamente legítimo, atribuiu-se ao chefe dessa instituição a prerrogativa de ajuizar a Ação Civil Pública contra certas autoridades, fato que tem sido plenamente sufragado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, com tal proceder e como foi acima esclarecido, não há qualquer afronta ao princípio constitucional da isonomia, muito menos aos preceitos normativos que tutelam a unidade e indivisibilidade do Ministério Público, bem como o princípio do Promotor Natural.

Resta esclarecer, entretanto, na esteira do melhor entendimento do Colega EMERSON GARCIA, que o posicionamento em questão só é aceitável em casos de responsabilização pessoal dessas autoridades, quer em decorrência da prática de ilícitos civis ou de improbidade administrativa, nunca quando a medida tenha por destinatário o próprio Estado, ainda que invocada a figura do seu dirigente maior.

Para encerrar, deve-se reconhecer que semelhante demanda, salvo situações excepcionálistimas, deve ser ajuizada em primeiro grau.

### Bibliografia

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume 4. Morano Editore, 1970, p. 139, e, também, *in*: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1986, v. 1, p. 275.

CESÀRO, Ernesto; BOCCHINI, Fernando. *Azione Collettiva Risarcitoria (Class Action)*. Milão: Guiffre Editore, 2008, p. 4.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª Edição. Editora Saraiva, 2017, p. 610.

GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Contenzioso di massa in Italia*. *In: Europa e nel Mondo*. Milão: Guiffre Editore, 2008, p. 14.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Públicos em Juízo*. 13ª edição. Editora Saraiva, 2001, p. 65.

MIKALEF-TOUDIC, Véronique. *Ministère Public, Partie Principale Dans Le Procés Civil*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006, p. 249.

MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. Editora Saraiva, 1990, p. 5 e 6.

PATTI, Salvatore. *La Tutela Civile Dell'Ambiente*. Padova: Editora Cedam, 1979, p. 104.

ZAVASCKI, Teori. *Ação Civil Pública: Competência para a Causa e Repartição de Atribuições entre os Órgãos do Ministério Público*. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 253.



# A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos

*The public security in the Constitution of 1988:  
fundamental right, duty of the State and  
responsibility of all*

Luis Fernando de França Romão\*

## Sumário

1. O direito fundamental à segurança. 2. Dever do Estado, federalismo e repartição de competências em segurança pública. 3. Responsabilidade de todos. 4. Conclusão. Referências.

## Resumo

O presente texto objetiva tecer apontamentos doutrinários sobre três elementos jurídico-institucionais estruturantes da concepção de segurança pública prevista na Constituição de 1988, quais sejam: direito fundamental à segurança; o dever do Estado, considerando-se o federalismo brasileiro e a repartição de competências; e a responsabilidade de todos. A compreensão dos aspectos desses três elementos dimensiona o conceito constitucionalmente adequado de segurança pública, permitindo que se desenvolva um articulado conjunto de políticas públicas na área, a partir do Sistema Único de Segurança Pública, de modo a cumprir a exigência constitucional de garantia de eficiência nas atividades de segurança pública.

## Abstract

*The present text intends to make doctrinal appointments about the three juridical-institutional elements structuring the conception of public security fixed in the Constitution of 1988, which are: fundamental right to security; duty of the State, considering Brazilian federalism and the distribution of competencies; and the responsibility of all. The understanding of the aspects of these three elements spans the constitutionally adequate*

\* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Direito do Estado (USP). Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bacharel em Direito (PUC-Rio). Advogado. Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

*concept of public security, allowing the development of an articulated set of public policies in the area, based on the Public Security Single System, in order to meet the constitutional requirement of guarantee of efficiency in activities of the public security.*

**Palavras-chave:** Segurança pública. Constituição de 1988. Direito fundamental. Dever do Estado. Responsabilidade de todos.

**Keywords:** *Public security. Constitution of 1988. Fundamental right. Duty of the State. Responsibility of all.*

## 1. O direito fundamental à segurança

Já dizia o Marquês de São Vicente, à luz de uma análise dos direitos individuais dos brasileiros prevista na Constituição do Império (1824), que o direito de segurança é a garantia da liberdade e mais direitos naturais, “é o primeiro sentimento do homem e mesmo o instinto dos animais”, sendo, pois, segundo ele, a conservação, a defesa de si próprio, a proteção da existência individual, o direito de viver e de não sofrer. Dessa maneira, por conseguinte, segundo o jurista do Império, no Estado Social, a segurança em geral é o direito que o homem tem de ser protegido pela lei e pela sociedade quanto à vida, à liberdade, à propriedade, à saúde, à reputação e aos seus bens (PIMENTA BUENO, 1978).

Enquanto a segurança na ordem constitucional inaugurada em 1824 voltava-se essencialmente para a segurança do Estado Imperial, através da Guarda Nacional atuante nas Províncias, Pimenta Bueno apresentava uma reflexão sofisticada do Direito Público da época, concebendo a segurança como uma dimensão da promoção dos direitos individuais de liberdade dos brasileiros.

Após os períodos constitucionais que se sucederam – em que o foco do direito à segurança esteve mais próximo ora da política dos governadores e do coronelismo (1891), ou relacionada diretamente com a segurança nacional e uma polícia militarizada e próxima do Exército (1934) ou então como instrumento de segurança política do Estado Novo através da polícia política (1937) ou, ainda, prevista como segurança interna do Estado (1946), depois, como elemento de uma doutrina de segurança nacional atuante de forma restritiva de direitos para impedir ameaças externas (1967) –, foi na Constituição de 1988 que o direito à segurança voltou a ser constitucionalizado naquela perspectiva já salientada por Pimenta Bueno no século anterior, sob a concepção de promoção de direitos e de liberdade.

Após mais de duas décadas de ditadura militar, a Assembleia Nacional Constituinte, ao produzir nova Constituição para a Nova República do Brasil, constitucionalizou a questão da segurança pública expressamente como um capítulo específico (artigo 144, Capítulo III – Da Segurança Pública, Título V – Da Defesa do

Estado e das Instituições Democráticas).<sup>1</sup> Neste sentido, busca-se tecer apontamentos doutrinários sobre os principais aspectos dos elementos estruturantes da segurança pública prevista na Constituição de 1988, sobressaindo-se uma dimensão jurídico-institucional que é útil à compreensão desse direito/dever/responsabilidade para a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas.

Com efeito, a segurança, pelo ângulo individual, é direito fundamental, conforme reconhece a Constituição de 1988 no artigo 5º, *caput*.<sup>2</sup> Nesta perspectiva, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho que consiste ela na tranquilidade de espírito própria de quem não teme a outro homem, segundo ensinamento de Montesquieu. Já sob o ângulo coletivo ou comunitário, a segurança é condição do bem comum, havendo, portanto, uma inter-relação entre segurança coletiva e segurança individual, não havendo segurança para o indivíduo, se não existir segurança para a comunidade ou para o Estado. Estas duas últimas são condição da primeira, mas a segurança da comunidade e a do Estado estarão sempre em risco se não existir segurança individual (FERREIRA FILHO, 2011).

Segundo José Afonso da Silva, segurança pública é um conceito de que se serve o poder de polícia com o escopo de acertar a conduta dos indivíduos com vista à observância dos limites impostos pela lei à sua liberdade, de maneira que a segurança pública, ao mesmo tempo em que é direito fundamental, também consiste muitas vezes, ou quase sempre, em restrição de direitos e garantias fundamentais:

Como se nota, a segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento daquela convivência social (ordem pública), da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, de modo a permitir que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Esta é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. O exercício dessa atividade importa, muitas vezes, ou quase sempre, a restrição de direitos e garantias fundamentais [...]. (SILVA, 2012, p. 111).

Não obstante, o conceito de segurança pública adequado à Constituição de 1988 é aquele que se harmoniza com o princípio democrático, com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, conforme pontua Cláudio

<sup>1</sup> Constituição de 1988: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]".

<sup>2</sup> Constituição de 1988: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: [...]". (grifo nosso)

Pereira de Souza Neto, pois o artigo 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional (SOUZA NETO, 2010).

Isso deve ser pontuado uma vez que segurança implica, em regra, associação à coação, restrição de direitos, de liberdades e garantias fundamentais, sendo poucos, como observa Manuel Monteiro Guedes Valente (2014), os que pensam na segurança como um direito garantístico do exercício dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais. Segundo o jurista português, a segurança, como bem jurídico coletivo ou supraindividual e individual, não pode ser analisada, materializada e sentida segundo perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, a polícia é força coletiva, institucionalizada, organizada, jurídica e funcionalmente capaz de promover, respeitar e garantir em níveis aceitáveis a segurança dos cidadãos e de seus bens.

Ocorre que a concretização desse direito fundamental à segurança pública e, por conseguinte, à manutenção da situação de preservação da convivência social é cercada de tensões e conflitos de ordem social, política, constitucional e institucional, gerando, pois, enormes dificuldades e se configurando como uma tarefa extremamente exigente e desafiadora aos novos tempos.

Ao analisar a segurança por meio do Direito na perspectiva da teoria dos direitos individuais, em uma ontologia das regras constitucionais, dentro de uma visão da teoria do conhecimento constitucional, José Afonso da Silva frisa que segurança pública não é só repressão e também não é problema apenas de polícia, pois a Constituição de 1988, ao estabelecer no *caput* do artigo 144 que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, acolheu a concepção segundo a qual é preciso que a segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, abrangendo, assim, o Estado e a população (SILVA, 2014).

## **2. Dever do Estado, federalismo e repartição de competências em segurança pública**

O modelo de federalismo adotado no Brasil, no que se refere à repartição de competências, foi estruturado em um sistema complexo, como destaca Fernanda Dias Menezes de Almeida, em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação (ALMEIDA, 2013).

Nos Estados federais, a segurança costuma ser partilhada entre a União (Poder central) e os Estados-membros (Poderes regionais). Em um federalismo contemporâneo, notadamente o federalismo cooperativo, essa missão é desempenhada de modo integrado, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ficando, pois, a segurança pública como tarefa precipuamente dos Estados-membros, muito embora, como frisa o referido constitucionalista, dela também participe, no Brasil, em primeiro plano,

a União, atuando especialmente na defesa contra determinadas infrações penais, através da Polícia Federal (FERREIRA FILHO, 2011).

Em se tratando de federalismo cooperativo, o objetivo explícito é a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas, podendo-se, no entanto, distinguir duas distintas modalidades desse federalismo: um autoritário e um democrático. O federalismo cooperativo autoritário estrutura-se exclusivamente pela força do poder central, enquanto o federalismo cooperativo democrático se forma em consentimento legitimamente edificado pelas partes do pacto federativo, conforme observa Zimmermann (2005, p. 57-58).

Nota Augusto Zimmermann que o Brasil sempre esteve alicerçado sob as tendências do federalismo cooperativo, sejam elas de características democráticas ou de forma mais visivelmente autoritária, mas, ainda assim, o federalismo cooperativo brasileiro tornou o Estado federal muito mais orgânico e de poderes superpostos, com os entes estaduais organizando-se cada vez mais à imagem e semelhança da União, “inclusive nos detalhes mais secundários e igualmente danosos à autonomia destes entes federativos, pouco nos resta daquilo que poderíamos conceber como uma verdadeira Federação” (ZIMMERMANN, 2005, p. 60-61).

Acerca do modelo federal brasileiro, Carlos Bastide Horbach sobreleva o grande movimento centralizador protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na doutrina das normas de observância obrigatória, editadas pelo poder constituinte federal cujo conteúdo implica limitação à autonomia estadual, de modo que quanto maior for o número de normas de observância obrigatória, menor é a autonomia estadual, motivo pelo qual tais normas acabam por definir quão autônomos são os Estados membros (HORBACH, 2013).

Além disso, observa ainda Carlos Bastide Horbach (2013) que a jurisprudência da Suprema Corte tem flertado com o chamado princípio da simetria, segundo o qual os Estados deveriam seguir o modelo institucional federal. Esse entendimento, somado com o do conceito de “norma geral” constante no artigo 24, §1º da Constituição<sup>3</sup>, reduz sobremaneira a capacidade normativa dos Estados e denota uma vocação centralizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que criou, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, um “Estado unitário de fato”.

Em matéria de segurança pública, nota-se a jurisprudência da Suprema Corte exatamente neste sentido centralizador. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.827, julgou-se que não poderia a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul criar o Instituto-Geral de Perícias e inseri-lo no rol dos órgãos encarregados da segurança pública estadual, pois, segundo o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, há taxatividade do rol dos órgãos de segurança pública contidos no artigo 144 da Constituição da República, cuja norma é de observância obrigatória pelos Estados-membros que estão impossibilitados de criar órgãos diversos com

<sup>3</sup> Constituição de 1988: “Art. 24, §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

incumbência de funções atinentes à segurança pública, sob pena de violação dos artigos 144 e 25 da Constituição de 1988 (STF, ADI 2.827/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16 set. 2010, DJe 6 abr. 2011).

A observância obrigatória pelos Estados-membros das normas da Constituição da República em matéria de segurança pública, impedindo a criação de novas agências em âmbito estadual, adequadas às respectivas realidades criminais, expõe o grau de autonomia que os entes da Federação possuem, pois, se os Estados podem apenas executar o estabelecido pelo núcleo original, a autonomia é apenas administrativa, reduzindo-se a um grau mínimo.

Neste sentido, Michel Temer (2010) destaca que a autonomia comporta graduação, pois se ela vai ao ponto de criação de diversos núcleos capazes de dizer a respeito de atribuições próprias, com aptidão para inovar a ordem jurídica sobre aquela matéria, tem-se autonomia política. No entanto, se ocorre o contrário, só podendo-se executar o estabelecido pelo núcleo original, encontra-se a autonomia administrativa. Assim, diz o referido autor que na autonomia política o grau autonômico é máximo, enquanto na autonomia administrativa, é mínimo (TEMER, 2010, p. 62-63).

Com efeito, um dos maiores desafios para a segurança pública é desconstruir a equivocada ideia de que este é um problema dos Estados, pois, sob essa, visão construíram-se sistemas de segurança e justiça em cada uma das unidades federativas com rotinas, metas, formas de registro e comunicação próprias e, como destaca Tais Schilling Ferraz (2016), mais do que isso, trabalhou-se tradicionalmente com a concepção de que os dados gerados pertencem a cada Estado, que define suas políticas de segurança, não havendo obrigatoriedade de troca, de prestação de informações ou de trabalho com alinhamento e qualquer iniciativa neste sentido é vista como mera liberalidade, sendo fundamental haver uma corresponsabilidade.

Ademais, a necessária cooperação e integração entre os órgãos de segurança pública, à luz do federalismo cooperativo brasileiro, foi salientada pelo Ministro Celso de Mello em decisão monocrática em recurso ordinário em *habeas corpus*, posteriormente confirmada em acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, salientando que a mútua cooperação entre organismos policiais, o intercâmbio de informações, o fornecimento recíproco de dados investigatórios e a assistência técnica entre a Polícia Federal e as Polícias Estaduais, com o propósito de viabilizar a mais completa apuração de fatos delituosos gravíssimos, notadamente naqueles casos em que se alega o envolvimento de policiais militares na formação de grupos de extermínio, encontram fundamento no próprio modelo constitucional de federalismo cooperativo, cuja institucionalização surge, em caráter inovador, na Constituição de 1934, que se afastou do federalismo dualista inaugurado pela Constituição de 1891, que impunha, por efeito da outorga de competência estanques, rígida separação entre as atribuições federais e estaduais (STF, Segunda Turma, AgRHC 116.002, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25 mar. 2014, DJe 30 out. 2014).

Um dos maiores desafios em matéria de repartição de competências, no modelo federativo atual, no que diz respeito à segurança pública brasileira, é tratar o problema

de maneira integrada, de alcance nacional, em cooperação com diversas agências e órgãos dos três níveis e esferas de Poder, assumindo a União o protagonismo de liderar a coordenação de ações integradas em prol de políticas públicas de segurança, objetivando alteração da realidade criminal.

Neste ponto, opinou Gilmar Mendes que passou da hora de se reconhecer que as questões de segurança pública são de alcance nacional, não só por permearem diversos Estados da Federação, mas por serem de responsabilidade de todas as esferas políticas, de maneira que a concentração dos índices de criminalidade em certos nichos não desonera a União de trabalhar diretamente, em ação integrada e gestão compartilhada, na superação de um dos mais graves obstáculos ao desenvolvimento socioeconômico do Brasil (MENDES, 2010).

Observa ainda Gilmar Mendes (2010) que esta não é tarefa simples, pois, além de ações muito bem planejadas e executadas por órgão com competência federal, também se faz necessária a disponibilidade de recursos para a contínua redução dos índices de criminalidade e seus efeitos, montante de dinheiro público que ultrapassa a capacidade de endividamento da maioria dos Estados. Isso requer, segundo o referido constitucionalista, amadurecimento político distante das disputas partidárias, o que já vem ocorrendo em áreas como saúde e educação. A segurança não pode ficar de fora. E, neste diapasão, nem se precisaria emendar o texto constitucional de 1988, bastaria, segundo Gilmar Mendes, interpretar o dispositivo que atribui competência à União para assegurar a defesa nacional (art. 21, inciso III) como uma intimação constitucional à sua maior atuação no combate à criminalidade organizada.

Prosegue Gilmar Mendes no entendimento de ser preciso que a União assuma liderança federativa, expurgando improvisações que, nos casos ligados à violência, além de inadmissíveis, mostram-se paliativas e improdúcentes. Nesta lógica, entende que a complexidade da criminalidade organizada, seu aspecto transnacional e sua potencialidade lesiva – valendo-se da droga, das armas e da violência como produto – “permite que esta questão de segurança pública se transforme num problema de segurança nacional”, concluindo que o federalismo brasileiro não pode ser interpretado de modo a permitir obscurecer ou restringir a responsabilidade da União de organizar o empenho das mais variadas estruturas administrativas na área da segurança pública (MENDES, 2010, p. A2).

Decerto que o federalismo brasileiro precisa ser interpretado de forma a permitir potencializar a atuação das três esferas em matéria de segurança pública, porém, não ao custo de se retroceder na concepção de segurança a ponto de identificá-la com a defesa nacional usando como sinônimo de segurança pública a locução segurança nacional. Isso remete aos conceitos das ordens constitucionais anteriores, quando o problema de segurança nacional fazia acionar as salvaguardas do regime militar, a Doutrina da Segurança Nacional e, especialmente, a atuação das Forças Armadas em matéria de manutenção da ordem pública e do policiamento ostensivo.

O caminho é procurar uma atuação administrativa que contemple o conceito constitucionalmente adequado de segurança pública, como direito fundamental, e,

nesta perspectiva, avançou-se com a edição da Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

Ao disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, conforme prescrição do §7º do artigo 144 da Constituição de 1988, estruturou-se um sofisticado arranjo jurídico-institucional para promoção e desenvolvimento de políticas públicas, servindo, pois, de instrumento e ambiente administrativo para que ações integradas e gestões compartilhadas sejam empreendidas pelos entes da Federação, cumprindo o dever do Estado em matéria de segurança pública, sem engenharias interpretativas que identifiquem segurança pública com defesa nacional, o que poderia abrir caminho para atuação cada vez mais constante das Forças Armadas para além das operações de garantia da lei e da ordem. Segurança pública, como dever do Estado, deve ser compreendida, sobretudo, como a prestação de um serviço público.

### 3. Responsabilidade de todos

Sobre a segurança pública ser responsabilidade de todos, segundo previsto no artigo 144 da Constituição, significa, como constatou Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), que, mesmo sendo ela um conjunto de atividades de natureza preponderantemente coercitiva, cometidas ao Estado, isso não exclui o dever jurídico das pessoas de apoiá-la, tanto individual como coletivamente, tendo em vista que o bom êxito dessa atividade estatal depende, em grande parte, da colaboração que lhe empresta a sociedade, sua beneficiária.

Isso se verifica, por exemplo, quando os cidadãos fazem denúncias anônimas, cooperando com a investigação criminal ao acionar o Disque-Denúncia<sup>4</sup> e informando sobre o cometimento de crimes, fornecendo identificação ou localização de criminosos foragidos, auxiliando as autoridades policiais na elucidação de casos, assim como na elaboração de relatórios, estudos e análises para atuação na prevenção/repressão nas manchas criminais de determinadas localidades.

Além da atuação cidadã individual, também é exemplo de apoio coletivo nas ações de segurança pública quando há parcerias entre o Poder Público e a iniciativa

<sup>4</sup> “No ano de 1995, no Estado do Rio de Janeiro, após um aumento exagerado da prática do crime de extorsão mediante sequestro, foi criado, por um grupo de empresários e líderes comunitários, uma Organização Não Governamental, que recebeu a denominação de ‘Disque-Denúncia’, cuja finalidade era a de receber informações sobre o cometimento de infrações penais, de modo que não fosse necessária a identificação daquele que as fornecia. Essas informações eram, ato contínuo, repassadas às autoridades competentes, e não apenas ajudavam na elucidação dos casos, como também serviam como base para estudos, relatórios e análises de prevenção da criminalidade. A facilidade com que essas informações eram repassadas, bem como a certeza do anonimato, fizeram que o número de ‘denúncias’ fosse aumentando cada vez mais”. (GRECO, 2016, p. 193).

privada, com empresas contribuindo materialmente com a segurança, seja financiando ações de patrulhamento nos espaços urbanos ou através de parcerias público-privadas.

Ademais, também se pode verificar a opção por doações de empresas aos órgãos de segurança em contrapartida a abatimento em parte dos tributos devidos, como se registra no sul do Brasil, em que através da Lei Complementar nº 15.224, de 10 de setembro de 2018, foi criado o *Programa de Incentivo ao Aparelhamento da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul* com o objetivo de possibilitar às empresas contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), estabelecidas naquele Estado, a compensação dos valores destinados ao aparelhamento da segurança pública estadual com valores correspondentes até o limite de 5% do salvo devedor do ICMS a recolher, podendo o aporte de valores ser feito em projetos vinculados à aquisição de bens e equipamentos para os órgãos da Segurança ou, sem vinculação a projetos, por meio de depósito no *Fundo Comunitário Pró-Segurança*, este criado pela Lei nº 15.104, de 11 de janeiro de 2018, que objetiva captar e destinar recursos financeiros decorrentes de incentivos de contribuintes em ações de segurança pública, com foco nas áreas de prevenção à violência, investigação, inteligência, preservação da ordem pública, perícia criminal e ressocialização de apenados, sendo vedada a transferência de recursos deste Fundo para outros fundos ou para o Tesouro estadual.

Esses são exemplos de particulares, seja de forma individual ou coletiva, que colaboram com a segurança, pondo em prática a concepção “responsabilidade de todos” prevista na Constituição de 1988. Vale dizer que tais exemplos podem deixar de ser ações pioneiras locais para se tornar política pública, com alcance nacional e em escala, através do Sistema Único de Segurança Pública, alterando-se a realidade e unindo Estado e Sociedade para a promoção de direitos e a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

#### 4. Conclusão

O direito à segurança pública pode ser visto numa perspectiva limitativa e restritiva de direitos e garantias, como instrumento do poder de polícia. Ocorre que este aspecto, embora existente, intrínseco, em alguma medida, ao Estado soberano, não é elementar da concepção de segurança prevista pela Constituição de 1988, cujo núcleo axiológico se assenta na democracia e na promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de modo que o direito fundamental à segurança garante o exercício dos demais direitos e garantias dos cidadãos.

Quanto à segurança ser dever do Estado, verifica-se que a observância obrigatória pelos Estados-membros das normas da Constituição de 1988 em matéria de segurança pública tem impedido a criação de novas agências em âmbito estadual, adequadas às respectivas realidades criminais, expondo um grau mínimo de autonomia administrativa dos entes da Federação. Além disso, deve-se desconstruir a noção de que a segurança é um problema dos Estados e, neste sentido, a instituição do

Sistema Único de Segurança Pública estruturou um arranjo jurídico-institucional para promoção e desenvolvimento de políticas públicas, servindo de instrumento e ambiente administrativo para ações integradas e gestões compartilhadas pelos entes da Federação.

A responsabilidade de todos com a segurança pública se dá com a colaboração da sociedade, que é a sua beneficiária. Esta colaboração pode ser tanto individual, quando cidadãos fazem denúncias, inclusive anônimas, cooperando com a investigação criminal, como pode ser também de forma coletiva, através da sociedade civil organizada, seja pelos conselhos ou diretamente, com doações e aportes financeiros pela iniciativa privada, por meio de parcerias público-privadas ou, ainda, com compensação tributária por valores destinados por empresas para o aparelhamento da segurança pública.

A dimensão do conceito constitucionalmente adequado de segurança pública abrange os elementos de sê-la direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos, cujos principais aspectos foram abordados no presente texto com a revisão teórico-doutrinária sobre o tema.

### Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Taís Schilling. *Segurança pública: os desafios de comunicação e integração*. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). *Segurança pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2016.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 3, nº 2, 2013.

MENDES, Gilmar. Federalismo cooperativo e segurança pública. *O Estado de São Paulo*, 23 dez. 2010, Espaço aberto, p. A2.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



# A extrema importância do direito notarial e registral no Brasil frente à crescente desjudicialização de feitos de elevado interesse social<sup>1</sup>

Maria Cristina de Souza Moreira\*

## Sumário

Disposições gerais. Da extrema importância do direito notarial e registral no Brasil frente à crescente desjudicialização de feitos de relevado interesse social. 1. Da aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos (artigo 15 do CPC). 2. Dos prazos judiciais que refletem na atuação extrajudicial dos cartórios. 3. Alteração da regra geral de competência para julgamento das ações de reparação de danos intentadas contra notários e registradores em razão do seu ofício (artigo 53, III, f). 3.1. Da Ata Notarial. 3.2. Da gratuidade dos emolumentos: artigo 98, IX e parágrafo 8º. 3.3. Aplicação do princípio da Concentração na matrícula imobiliária – Artigo 792. 3.4. Averbações premonitórias: Artigos 799, IX c/c 828. 3.5. Protesto de títulos judicial e extrajudicial: artigos 517 e 784, X. 3.6. Hipoteca Judiciária – artigo 495, parágrafos 1º e 2º. 3.7. Registro eletrônico – artigo 193, parágrafo único. 3.8. Capacidade processual e o direito de família: artigo 73. 4. Inovações trazidas pelo CPC que implicam efetivamente a desjudicialização gradativa de certos e determinados temas. 4.1. Do inventário e partilha extrajudicial – Artigo 610, parágrafos 1º e 2º. 4.2. Usucapião administrativa – Artigo 1071. 4.3. Penhor legal. 4.4. Constituição de renda. 4.5. Divisão e demarcação de terras particulares – Artigo 571. 5. Conclusão. Referências.

## Resumo

O presente artigo pretende demonstrar que a desjudicialização de certos e determinados temas é uma realidade crescente e irreversível no cenário jurídico brasileiro. A necessidade de implementação de tal prática se mostra extremamente necessária e relevante perante a impossibilidade de o poder judiciário julgar tantos feitos, reflexo de uma sociedade conflituosa e simultaneamente alerta para o exercício do acesso a direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Para tanto, o estudo demanda uma delimitação, o que se dá por meio da indicação das fontes normativas, tendo como marco inicial a EC 45/2004, que estabeleceu a necessidade de os feitos judiciais serem julgados de maneira célere e eficiente e, marco final, o CPC/2015.

<sup>1</sup> Monografia elaborada como requisito parcial do componente curricular: Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade Unileya, sob a orientação do Prof. Manoel Jovita.

\* Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e registral. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Instrutora da Escola de Administração Judiciária do TJ/RJ.

Assim agindo, o legislador deu início à promulgação de várias leis que transferem ao serviço extrajudicial o que outrora dependia de uma sentença judicial transitada em julgado para ter existência, validade e/ou eficácia perante a sociedade. Para além e acima de uma constatação exclusivamente teórica, há a constatação prática, reveladora de que os serviços extrajudiciais, tanto os de notas como os de registros, constituem o caminho por meio do qual os ideais de celeridade e eficiência possam efetivamente se implementar, bem como e por consequência, haja a diminuição do custo financeiro arcado pelas partes envolvidas. A conclusão do presente artigo é a de ressaltar o acerto do legislador que, gradativamente e nos feitos que comportam a disponibilidade de direitos, transferiu ao serviço extrajudicial o que outrora consistia num monopólio prestado ineficientemente e morosamente pelo serviço judicial.

**Palavras-chave:** Desjudicialização. Celeridade. Eficiência. Serviço. Extrajudicial.

### **Disposições gerais**

#### **Da extrema importância do direito notarial e registral no Brasil frente à crescente desjudicialização de feitos de relevado interesse social**

Preliminarmente, o tema debatido demanda a indicação da fonte normativa mais importante, que é a estabelecida no artigo 5º, inciso LVXXVIII. A redação do comando constitucional é fruto da EC 45/2004, que dispõe: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O CPC vigente, àquela época, encontrava-se paralisado, na condição de um mero projeto de lei. Posteriormente, após várias discussões da comissão encarregada de sua reforma e adaptações às exigências de efetividade do processo, em sintonia com os comandos inseridos na Carta Magna, finalmente entrou em vigência.

Foi como uma boa surpresa que os operadores do direito constataram não apenas a existência de normas tendentes à efetividade processual, como também de dispositivos que incentivam e fortalecem institutos tendentes à resolução dos conflitos de interesses pela via extrajudicial, por meio das chamadas vias alternativas, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A atividade extrajudicial dos serviços delegados, com especial destaque para o tabelionato de notas e os registradores imobiliários, também ganhou enorme relevo no CPC, para além das normas que tratam de sua atuação (Leis nº 6015/1973 e nº 8935/1994), e é exatamente este o objeto de análise deste estudo.

A fim de empreender ao assunto de maneira sistematizada, abordarei inicialmente as alterações do CPC que repercutem no serviço extrajudicial:

## **1. Da aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos (artigo 15 do CPC)**

A atuação dos serviços extrajudiciais é predominantemente administrativa, permeada por procedimentos e práticas de mesma índole. Assim, em existindo lacuna na Lei nº 6015/1976, deverá haver a aplicação do CPC.

Temos como exemplos dessas práticas a usucapião administrativa (artigo 216-A), a retificação administrativa (artigos 212 e 213), bem como o procedimento de dúvida (artigo 198), todos com previsão na Lei nº 6015/1976.

## **2. Dos prazos judiciais que refletem na atuação extrajudicial dos cartórios**

Os notários e registradores devem se manter atentos aos procedimentos e ordens judiciais, pois os prazos aplicados serão contados apenas em dias úteis.

## **3. Alteração da regra geral de competência para julgamento das ações de reparação de danos intentadas contra notários e registradores em razão do seu ofício (artigo 53, III, f)**

De acordo com o dispositivo mencionado, a competência será estabelecida com base na localização territorial da serventia, havendo assim uma sintonia fina entre o CPC e o artigo 9º da Lei nº 8935/1994, no que concerne aos limites territoriais de atuação da serventia notarial e registral. Podemos pensar num exemplo prático do acerto desta inovação, que é o seguinte: a ação de reparação de danos será ajuizada no foro da sede do registro imobiliário onde tenha tramitado o procedimento da usucapião administrativa, que tenha gerado dano claro a terceiro, por inobservância da regra legal prevista.

### **3.1. Da Ata Notarial**

A novidade conferida a este documento consiste no fato de o CPC ter criado uma seção própria, atribuindo-lhe destaque enquanto uma das modalidades de prova, no mesmo patamar das demais.

Além disso, há previsão expressa no CPC, no sentido da necessidade de constituição da Ata Notarial como meio de prova, capaz de atestar o tempo da posse; portanto, documento imprescindível à pretensão da Usucapião Administrativa no Registrador mobiliário (artigo 1071).

### **3.2. Da gratuidade dos emolumentos: artigo 98, IX e parágrafo 8º**

Essa previsão legal está baseada na inafastabilidade de acesso à prestação jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, CF/1988), pois o dispositivo ressalta que as averbações ou registros serão os necessários à efetivação de determinação judicial, ou continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Ressalto, por salutar, que a natureza jurídica dos serviços notarial e de registro é de direito privado, uma vez que se constituem em delegação do poder público, na forma do que estabelece o artigo 236 da CF/1988. Logo, depreende-se que as serventias extrajudiciais são custeadas pelos emolumentos que arrecadam pelos serviços prestados. Por tal razão, o CPC trouxe previsão no parágrafo 8º do mesmo dispositivo, no sentido de possibilitar ao notário ou registrador o pleito de revogação total ou parcial do benefício, ou mesmo, o parcelamento do valor dos emolumentos devidos, após a prática do ato e caso tenha dúvida fundada sobre o preenchimento dos requisitos para a concessão da gratuidade.

### **3.3. Aplicação do princípio da Concentração na matrícula imobiliária – Artigo 792**

O comando legal sob análise constitui inovação de grande relevo, pois tornará pública toda a preexistência de penalidade judicial na matrícula do imóvel alienado ou onerado. Assim, a matrícula do imóvel passou a ser o repositório oficial destas informações, enaltecendo a publicidade registral e a fé publicada pelo registrador imobiliário, que certificará, a qualquer interessado, informações sobre o imóvel.

### **3.4. Averbações premonitórias: Artigos 799, IX c/c 828**

A parte interessada poderá proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, bem como poderá fazê-lo depois de o juízo ter admitido a execução. Em qualquer das hipóteses, haverá a publicidade dos atos para o conhecimento de terceiros.

### **3.5. Protesto de títulos judicial e extrajudicial: artigos 517 e 784, X**

O protesto é um instituto previsto na Lei nº 9294/1997, que trata da utilização do instituto frente aos títulos de crédito e, por tal razão, é muito utilizado na seara do direito empresarial, obrigacional. Em boa hora, o CPC trouxe sua previsão e aplicação para os títulos judiciais transitados em julgado, desde que transcorrido o prazo para pagamento voluntário, que é de 15 dias (artigo 523). A apresentação da certidão expedida pelo juízo onde tramita o feito deve ser apresentada no Tabelionato de protesto competente.

Já com relação à aplicação do instituto para os títulos executivos extrajudiciais, o artigo 784, inciso X, trouxe como novidade a criação de um novo título I: “o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas”. Com o novo título executivo, vencida a parcela condominial e não paga, poderá a administração do condomínio proceder ao protesto da dívida no Tabelionato de Protesto competente, tornando mais célere a cobrança e significativamente mais ágil a execução da dívida, caso não seja efetuado o pagamento.

### **3.6. Hipoteca Judiciária – artigo 495, parágrafos 1º e 2º**

Trata-se de instituto de garantia de crédito na fase do processo de conhecimento.

A modificação sofrida se refere aos requisitos e instrumentalização, pois, uma vez constituída a hipoteca judiciária (oriunda de uma sentença que condene ao pagamento em dinheiro ou da que determine a conversão em pecúnia de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer), esta poderá ser realizada perante o cartório de registro imobiliário, mediante a simples apresentação de cópia da sentença, independentemente de quaisquer outros requisitos. É um grande avanço, pois o credor terá maior liberdade e menos burocracias para proteger seu crédito. Além disso, o legislador estabeleceu a produção da hipoteca, mesmo diante de condenação genérica, ainda que o credor possa proceder ao cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre o bem do devedor e, por fim, ainda que a sentença tenha sido impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

Sem dúvida alguma, a atividade registral imobiliária lucra em todos os sentidos com o novo tratamento conferido ao instituto, bem como se possibilita uma tutela jurisdicional efetiva.

### **3.7. Registro eletrônico – artigo 193, parágrafo único.**

Trata-se de norma de adequação aos atuais tempos, nos quais a realidade digital é vivida naturalmente por todos os órgãos, instituições, cidadãos de todas as classes sociais, enfim, o mundo. Assim, não poderia ser diferente com as serventias judiciais e extrajudiciais.

### **3.8. Capacidade processual e o direito de família: artigo 73**

De acordo com o novo comando normativo, todas as ações reais demandarão o consentimento do outro cônjuge para serem ajuizadas, salvo no regime de separação absoluta de bens.

A modificação do dispositivo teve como finalidade a coerência com a norma material, ou seja, o artigo 1647, inciso do CC, que, desde 2003, dispõe acerca do assunto e impactará a atuação do registrador imobiliário quanto aos requisitos necessários para sua adequada atuação.

## **4. Inovações trazidas pelo CPC que implicam efetivamente a desjudicialização gradativa de certos e determinados temas**

Antes de procedermos às indicações específicas de cada instituto transferido para a seara extrajudicial, é importante realçar que a consensualidade, bem como a capacidade de dispor de diretos, é uma característica comum a todos.

#### **4.1. Do inventário e partilha extrajudicial – Artigo 610, parágrafos 1º e 2º**

Início o presente estudo pela abordagem dos institutos do inventário e da partilha, pois constituem um marco importante nesse processo gradual de desjudicialização. De acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 610 do CPC, é possível a realização de inventário e partilha por meio de escritura pública, abrindo ensejo à atuação do tabelião de notas. As exigências da lei para que tal se dê são, respectivamente, a consensualidade e a capacidade plena das partes envolvidas.

Trata-se de um grande avanço na perspectiva de atingimento da celeridade, eficiência e menor custo para a realização de um interesse advindo da morte de alguém que deixou bens e herdeiros.

Imagine-se a dificuldade outrora existente quando se constatava a existência de apenas um único bem. Nem assim os herdeiros poderiam se subtrair à realização de um arrolamento (nomenclatura indicativa da existência de um único imóvel a inventariar) pela morosa e cara via judicial.

Um procedimento de inventário e partilha, que levava anos para ser concluído, hoje poderá ser finalizado em dias, por via de uma escritura pública, desde que as partes estejam devidamente representadas por advogados ou defensores públicos e, repito, haja consensualidade e capacidade civil plena das partes interessadas.

#### **4.2. Usucapião administrativa – Artigo 1071**

O instituto surge dentro do mesmo escopo facilitador gerado pela Lei nº 11977, que estabeleceu a usucapião administrativa, ou seja, a usucapião especial urbana para fins de regularização fundiária de interesse social.

O registrador imobiliário deve ser o que possui circunscrição na localidade que abrange o local do imóvel e, isso para o fim de ter de empreender alguma diligência de verificação, na forma do que dispõe o *caput* do artigo 216-A e seu parágrafo 7º.

Segundo alguns autores, o procedimento administrativo que gerou a inserção do artigo 216-A, na Lei nº 6015/1976, se equipara ao da Retificação Consensual, previsto nos artigos 212 e 213 da mesma Lei.

O instituto da Usucapião constitui uma forma de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, em razão da posse no transcorrer do tempo, vinculada ao cumprimento de requisitos definidos em lei. A aquisição da propriedade imóvel pela usucapião pode se dar por meio de três diferentes formas procedimentais.

A usucapião judicial é a forma mais conhecida de se alcançar o direito, podendo ser aplicada a todas as espécies de usucapiões, com exceção daquele previsto pela Lei nº 11.977/2009. Está prevista no art. 1.238 e seguintes do Código Civil. Possuía um procedimento específico no CPC, o qual foi subtraído na Lei nº 13.105/2015. Agora, segue o rito ordinário comum, com as observações dos artigos 246, §3º e 259, I do Novo CPC. A usucapião administrativa, foi instituída no Brasil por meio da Lei nº

11.977/2009, mas esta é aplicável somente à usucapião especial urbana, caracterizada no contexto de projetos de regularização fundiária de interesse social.

É um trabalho desenvolvido em conjunto entre o Tabelião e o Registrador Imobiliário. O procedimento foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por força do art. 1.071 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que acrescentou o art. 216-A ao texto da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que apresenta o teor seguinte:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio.

A usucapião extrajudicial, que tem caráter opcional ao jurisdicionado, consiste em uma das grandes novidades da nova lei processual civil (art. 1071).

### **4.3. Penhor legal**

A atividade notarial foi prestigiada com a aquisição da competência para homologação do penhor legal, artigo 703 e seguintes. O interessado poderá firmar requerimento no Tabelionato de seu interesse, que promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, em até 5 (cinco) dias, pagar o débito ou impugnar. Se ocorrer a impugnação, o procedimento é encaminhado ao juízo competente. Caso contrário, será lavrada escritura de homologação do penhor legal. Como se vê, a desjudicialização de procedimentos mais uma vez valorizou o Tabelião de Notas.

### **4.4. Constituição de renda**

A constituição de renda para assegurar o pagamento das prestações de alimentos já estava disposta no antigo Código de Processo Civil no artigo 415-Q.

A nova lei trouxe inovações ao procedimento, facultando ao exequente requerer a constituição de capital por parte do executado, conforme artigo 533 e parágrafos, bem como possibilitando constituir renda com direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação. Sua formalização depende de Escritura Pública, Art. 807, Código Civil, devendo ser averbada na matrícula do imóvel, não significando direito real. Caso o credor queira uma garantia real, deverá formalizar uma hipoteca e o seu devido registro na matrícula imobiliária. Porém, de acordo com o §1º do art. 533 do CPC, para a publicidade e segurança jurídica, procede-se a averbação na matrícula do imóvel que se torna inalienável e impenhorável, enquanto durar a obrigação do executado.

#### 4.5. Divisão e demarcação de terras particulares – Artigo 571

A aceitação da escritura pública para fins de divisão de condomínio, prevista no artigo 571, não configura novidade no Direito Registral e Notarial. Contudo, a explicitação no novo Código de Processo Civil enfatiza a possibilidade de resolver os litígios de forma amigável e extrajudicialmente, evitando o aumento das demandas judiciais.

O georreferenciamento, devidamente averbado no registro de imóveis, é vislumbrado no artigo 573 como meio de prova que dispensa a perícia nas ações de divisão ou demarcação, tamanha a sua precisão e confiabilidade.

#### 5. Conclusão

Em resumo, o que depreende através do presente artigo é uma forte tendência de aplicação do direito fundamental à celeridade, insculpido no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna. Para tanto, e com a recente reforma do CPC, vários foram seus dispositivos a viabilizar a gradativa desjudicialização objeto deste estudo. Assim, catalogamos onze previsões legais de afetação no serviço desenvolvido pelas serventias extrajudiciais, bem como cinco, que efetivamente compreendem a possibilidade de resolução efetiva pela via das serventias extrajudiciais de notas, protesto e registro imobiliário.

É um avanço relevante, com o qual ganha a sociedade, na medida em que se viabiliza um efetivo meio de acesso, desburocratizado; lucram as serventias e desafoga-se o poder judiciário, já tão extremamente assoberbado pelos feitos oriundos de uma nação adoecida e, conseqüentemente, por demais conflituosa, que padece com os obstáculos diretos e indiretos à viabilização de uma justiça desejada por todos nós.

#### Referências

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Editora Saraiva, 2016.

DIP, Ricardo. *Direito Registral e o Novo CPC*. 1ª ed. Editora Forense.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos, teoria e prática*. 8ª ed. Editora Juspodivm.

# Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal

Sauvei Lai\*

## Sumário

I. Introdução. II. Direito Intertemporal. III. Requisitos. IV. Inaplicabilidade. V. Natureza jurídica. VI. Condições. VII. Dupla aceitação defensiva. VIII. Homologação judicial. IX. Devolução para reformulação. X. Recusa de homologação. XI. Cumprimento. XII. Descumprimento. XIII. Comunicação à vítima. XIV. Conclusões.

## I. Introdução

A Lei nº 13.964/2019 inseriu o acordo de não persecução penal (ANPP) no novel art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inspirado no *plea bargaining* norte-americano<sup>1</sup> e em institutos europeus semelhantes<sup>2</sup>, que não são objeto desse estudo.

No Brasil, em linhas gerais, o ANPP consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado com seu defensor (§3º) nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, na qual a lei comine pena mínima inferior a 4 anos, mediante o cumprimento de determinadas condições (incisos I a V), decretando-se, ao final, a extinção de punibilidade (§13) e, conseqüentemente, se evitando a deflagração da ação penal e a reincidência (enunciado nº 25 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, doravante CNPG).

Da mesma forma que na transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, vislumbra-se mitigação do princípio da obrigatoriedade do art. 28 do CPP (STF, RE 795.567/PR), e não uma exceção. Com efeito, o referido princípio deve ser interpretado como um verdadeiro dever do MP de agir, seja denunciando (visão clássica e tradicional do processo penal), seja acordando, não podendo se falar neste último caso em omissão ou desídia do *Parquet*.

---

\* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). Membro do grupo de trabalho da sub-relatoria revisora do projeto do novo Código de Processo Penal (CPP).

<sup>1</sup> Brady v. United States, disponível em <https://www.supremecourt.gov/>.

<sup>2</sup> Roxin, Claus. LA PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN Y DE LAS ESCUCHAS DOMICILIARIAS. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 40-44.

## II. Direito Intertemporal

Neste ponto, é fundamental reconhecer a natureza híbrida ou mista do ANPP, considerando seu eventual cumprimento como causa extintiva de punibilidade (§13) e, *ipso facto*, prevalecendo sua característica penal (STF, RHC 115.563/MT) com a obrigatória retroatividade (5º, XL da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Destarte, conforme o enunciado nº 20 do CNPG, o ANPP abarcaria as investigações e os processos em curso até o recebimento da denúncia, porque a lei usa a expressão “investigado”. Ousamos discordar, entendendo que a aludida benesse alcança processos, nos quais haja desclassificação ao seu cabo, por ex. de roubo para furto simples (vide súmula nº 337 do STJ), inclusive com condenação transitada em julgado (art. 66, I da LEP e súmula nº 611 do STF), competindo ao Juízo de execução abrir vista ao órgão do MP com atribuição para o propor.

Questão interessante seria a hipótese de condenado com pena já cumprida integralmente. Possuiria interesse no ANPP? Acreditamos que sim, para afastar a reincidência de sua Folha de Antecedentes Criminais (FAC), semelhante à ação de reabilitação do art. 93 do CP c/c art. 743 do CPP, porém, a pena acordada seria absorvida e detraída da pena executada (art. 42 do CP), se (a provavelmente) mais gravosa. Nesse sentido, considerar-se-iam adimplidas as condições de imediato e, assim, viabilizar-se-ia a decretação da extinção de punibilidade e o afastamento da reincidência.

## III. Requisitos

Os requisitos do ANPP estão insculpidos no *caput*: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Note-se que a lei cuidou de infração penal (englobando contravenção e crime) sem violência ou grave ameaça. Essa violência constitui aquela contra pessoa (e não contra bem, como no caso de furto qualificado pela destruição de obstáculo do art. 155, §4º, I do CP) e intencional, permitindo o emprego do instituto no caso de homicídio culposo do art. 121, §3º do CP (enunciado nº 23 do CNPG). Ademais, a pena mínima inferior a 4 anos leva em conta as causas de aumento e de diminuição de pena (§1º), como, por exemplo, as da tentativa do art. 14, II do CP e do tráfico privilegiado do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, as das qualificadoras do art. 155, §4º do CP e as dos concursos de crimes dos arts. 69 e seg. do CP.

Pensamos que a conexão ou continência (art. 76 e art. 77 do CPP) com crime violento ou grave ameaça obstaría o ANPP, ainda que o somatório esteja no patamar legal, sob o fundamento de ausência do requisito subjetivo da suficiência para reprovação e prevenção de crime, que está também no *caput* e do qual trataremos a seguir.

De outro lado, na hipótese, a conexão ou continência com infração de menor potencial ofensivo (IMPO), vale lembrar a jurisprudência do STJ (RHC 84.633/RJ) que afasta os benefícios da Lei nº 9.099/1995, caso a soma das penas máximas

ultrapasse 2 anos (art. 61 da aludida Lei), mas não o ANPP, que contempla a pena mínima inferior a 4 anos.

Em seguida, o CPP reclama a confissão formal e circunstanciada do investigado como pressuposto do ANPP. Confissão formal implica a sua realização perante autoridade pública, seja policial, seja do MP, reduzida a termo e subscrita. Aliás, a mesma deve ser circunstanciada (art. 41 do CPP), vale dizer, com a especificação das principais características (de tempo, lugar, meio de execução etc.) da infração sobre a qual versa o acordo, sendo relevante para traçar os limites objetivos (do fato principal) de eventual formação da coisa julgada (art. 95, IV do CPP c/c art. 503 do CPC). A confissão qualificada – em que se alega uma causa de absolvição, como exculpante – reputamos imprestável à concessão dessa benesse, não obstante súmula nº 545 do STJ, que a reconhece como atenuante do art. 65, III, d, do CP na fixação da pena, caso o Juiz a use na formação de sua convicção condenatória, situação bem diversa da presente, na qual se oferece um benefício pré-processual.

Mesmo que o investigado não tenha confessado no procedimento apuratório, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo MP, a fim de iniciar a negociação do ANPP com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o *Parquet* (art. 4º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020). Essa notificação, em fase pré-processual, não pode se confundir com a intimação judicial dos arts. 370 e seg. do CPP. À vista disso, pode ser por qualquer meio, preferencialmente eletrônico (art. 6º, §1º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020), e em caso de não ter havido resposta ou efetivo contato, apesar da tentativa, resta autorizada notificação por Diário Oficial do MP (art. 6º, §1º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020).

Por fim, as condições negociadas no ANPP precisam se revelar suficientes e necessárias para reprovação e prevenção do crime (leia-se infração penal), objeto do negócio jurídico. Trata-se de expressão subjetiva que demanda, indiscutivelmente, contornos mais explícitos e baseados no caso concreto, e não da gravidade abstrata em si do delito. Tomemos como exemplo o crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, em que haja desvio de milhões de reais em detrimento da saúde pública. As condições do ANPP dos incisos I a IV (como prestação de serviço comunitário e/ou prestação pecuniária) não servirão de reprimenda adequada, tampouco de efeito inibitório para a prática de novas corrupções, indicando (errada e indevidamente) que esse tipo de crime compense.

#### IV. Inaplicabilidade

A esta altura, devemos diferenciar os requisitos (*caput*) das hipóteses de inaplicabilidade (§2º) do ANPP, nas quais a lei simplesmente veda sua incidência.

A lei impede, objetivamente, o ANPP: 1) quando cabível transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (§2º, I), ou seja, infração de menor potencial ofensivo (IMPO), porquanto esta é mais benéfica para o autor do fato; 2) quando o investigado

for reincidente (não excluindo o tecnicamente primário do art. 64, I do CP) ou se houver indicação de conduta criminal habitual (frequente), reiterada (mais de uma vez) ou profissional (como meio de vida), exceto se as infrações forem insignificantes (§2º, II), melhor explicando, uma IMPO, segundo enunciado nº 21 do CNPG, e não a adoção do princípio da bagatela, que afastaria a tipicidade material e qualquer tipo de persecução estatal, inclusive através do ANPP; 3) quando tenha usufruído nos últimos 5 anos ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (§2º, III); e 4) quando se cuidar de violência doméstica e familiar ou for contra mulher por razões da condição feminina (§2º, IV).

Parece sintomático que haja, outrossim, uma vedação implícita para crimes que sejam mais graves do que uma mera ameaça (art. 147 do CP) em situação de violência doméstica e familiar, como o hediondo do art. 1º, parágrafo único, II da Lei nº 8.072/1990 c/c art. 16 da Lei nº 10.826/2006, como se reputou no enunciado nº 22 do CNPG. Pode se fundamentar no princípio da razoabilidade. De fato, não é concebível tratar com maior rigor conduta menos gravosa, vedando-se a benesse para ameaça, mas a deferindo para porte ilegal de arma de uso restrito ou proibido. Todavia, caso se enxergue eventual interpretação *in malam partem*, basta negar o ANPP por falta do requisito subjetivo da suficiência e da necessidade para repressão e prevenção do crime. A distinção entre requisitos (*caput*) e inaplicabilidades (§2º) ganha relevo diante da recusa de proposta de ANPP e do reexame pelo órgão superior do MP (§14), que, apesar da omissão legal, pressupõe notificação do investigado pelo MP, que não se confunde, repita-se, com intimação dos art. 370 e seg. do CPP e, portanto, pode ser por qualquer meio, preferencialmente eletrônico (Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020). Pois bem, o MP recusa, quando o investigado não preenche os requisitos do *caput*, cabendo notificá-lo, para fins do §14º. Por sua vez, a inaplicabilidade do §2º consiste em uma vedação legal, uma não incidência do benefício naquelas hipóteses, isto é, a lei afasta e exclui essa possibilidade, não havendo discricionariedade de se recusar ou não por parte do *Parquet* e, conseqüentemente, sendo inadmissível a faculdade do §14.

## V. Natureza jurídica

O ANPP representa um verdadeiro benefício regrado – desde que preenchidos os requisitos e que não incida hipóteses de inaplicabilidade –, na medida em que se evita a deflagração da ação penal, não gerando reincidência (§13) nem constando das certidões criminais (§12), equivalente à transação penal (art. 76, §4º da Lei nº 9.099/1995). O CNPG preferiu classificá-lo como uma faculdade regrada por parte do MP no enunciado nº 19 e não um direito subjetivo – sobretudo com o requisito altamente abstrato da suficiência e da necessidade da medida –, como alguns tentarão interpretar do mesmo jeito que o fazem na transação penal e na suspensão condicional do processo do art. 76 e do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, apesar da orientação do STF (HC nº 84.342/RJ).

Por ser um benefício legal, não resta dúvida quanto à sua extensão ao crime de ação penal privada, como por exemplo de dano qualificado por motivo egoístico do art. 163, *in fine*, IV c/c art. 167 do CP. Se o crime mais grave (de ação pública) é

suscetível de tal benesse, o menos grave (de iniciativa privada) também será, sob pena de transgressão do princípio da proporcionalidade. Não se pode tratar com mais severidade situação menos reprovável, raciocínio aplicável também na transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 pelo STJ (Corte Especial, AP 634/RJ), cabendo ao querelante propor o ANPP. Contudo, não vislumbramos óbice na oferta pelo MP, a título de *custos legis* (art. 257, II do CPP), diante da recusa do particular.

## VI. Condições

O CPP elenca 5 condições (art. 28-A, *caput*, incisos I ao V) – autênticas obrigações –, que são negociadas e cumpridas, cumulativa ou alternativamente, pelo investigado em troca da decretação da extinção de punibilidade do §13, a saber: 1) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo (inc. I), inclusive no caso de desinteresse daquela, mediante comprovação em qualquer hipótese; 2) renúncia a instrumento (meio usado na infração penal), produto (objeto obtido pela mesma) ou proveito (lucro convertido do produto) do crime, indicados expressamente pelo MP (inc. II); 3) prestação de serviço comunitário pelo tempo da pena mínima diminuída de 1 a 2/3 em local indicado pelo Juízo da execução, na forma do art. 46 do CP, isto é, “tarefas gratuitas” (inc. III), embora consideremos isso uma intromissão indevida do Juiz na vontade das partes negociantes; 4) prestação pecuniária à entidade social indicada pelo Juízo da execução, preferencialmente com função de proteger bens semelhantes aos lesados, nos moldes do art. 45 do CP, ou seja, entre 1 e 360 salários-mínimos (inc. IV); e, derradeiramente, 5) condição facultativa, desde que proporcional e compatível com a infração (inc. V), traduzindo, em patamar distante de uma eventual pena e tendo pertinência e adequação com o crime e a situação pessoal do investigado, *verba gratia* frequentar 10 reuniões dos Alcoólicos Anônimos durante 3 meses, se investigado por embriaguez ao volante do art. 306 da Lei nº 9.503/1997.

Fiquemos atentos à recomendação do art. 5º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020, que sugere a inserção de condições de atualização obrigatória dos contatos pelo investigado, de comprovação do cumprimento das demais condições e de justificativa no caso de inobservância em 10 dias, independentemente de intimação.

## VII. Dupla aceitação defensiva

A versão final da proposta negociada é escrita e assinada pelo membro do MP, bem como pelo investigado e seu defensor (§3º), devendo ser encaminhada ao Juízo competente para homologação. Destaca-se a dupla aceitação defensiva. Em caso de discordância, considera-se frustrada a tentativa de ANPP.

Contudo, mesmo que a defesa o aceite – para não precluir a oportunidade desse benefício –, nada impede a impetração de qualquer ação de impugnação, como por exemplo *Habeas Corpus* por suposta atipicidade da conduta. Assim já se julgou na concordância da suspensão condicional do processo e no posterior manejo de HC contra o recebimento da denúncia (STF, HC nº 88.393-1/RJ).

### VIII. Homologação judicial

Uma vez subscrita a proposta pelas partes do negócio jurídico, cabe ao Juiz – no caso, o das garantias do art. 3-C, XVII do CPP (suspensão pela ADI 6.299/DF) – se limitar à análise da voluntariedade do investigado (se houve vício de consentimento dos arts. 138 e seg. do Código Civil) e da legalidade do acordo (requisitos e inaplicabilidade do *caput* e §2º), não podendo decerto se imiscuir no “mérito ou no conteúdo” do negócio jurídico por não ser parte negociante, sob pena de violação da imparcialidade (art. 129, I da CR/1988), consoante enunciado nº 24 do CNPG.

A voluntariedade, sobretudo, é perquirida em audiência com oitiva do investigado na presença de seu defensor (§4º) e, por isso, é admissível que o ANPP seja negociado e homologado na audiência de custódia do art. 287 e art. 310 do CPP. Homologado, este é, então, enviado ao Juízo de execução, para o início e a fiscalização do cumprimento das condições (§6º), mas, como dito acima, nada impede inserir como condição facultativa (inc. V) o dever do investigado de começar a cumpri-las, independentemente de provocação (art. 5º, V da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020).

### IX. Devolução para reformulação

Dependendo da hipótese, o juiz pode reputar as cláusulas inadequadas (impertinentes e sem nexo com o caso concreto e a situação do investigado), insuficientes (módicos e escassos) e abusivas (excessivas), declinando os autos para o órgão do MP proponente, a fim de reformulá-las com nova dupla aceitação pela defesa (§5º). Fica um aviso, tal *múnus* judicial necessita de prudência e parcimônia, para não rasgar sua imparcialidade, intervindo como parte do negócio jurídico, algo que ele não é.

### X. Recusa de homologação

No entanto, se não houver readequação bem sucedida das cláusulas, incumbe ao Juízo deixar de homologar o ANPP (§7º). Do mesmo modo, se ele detectar qualquer mácula na voluntariedade ou na legalidade do negócio jurídico (item VIII).

A consequência imediata da não homologação é o retorno dos autos ao MP, objetivando a complementação da investigação ou a deflagração da ação penal (§8º), porém qualquer das partes poderá recorrer em sentido estrito em 5 dias (novo art. 581, XXV c/c art. 586 do CPP).

### XI. Cumprimento

O cumprimento das condições do ANPP é causa extintiva de punibilidade (§13º), competindo ao Juízo de conhecimento (e não da execução) proferir a decisão de natureza declaratória, aplicando-se analogamente o entendimento do STF (RE 795.567/PR) quanto à extinção de punibilidade da suspensão condicional do processo do art. 89, §5º da Lei nº 9.099/1995.

## XII. Descumprimento

De outra sorte, desrespeitadas injustificadamente quaisquer condições avançadas, cabe ao Juízo da execução comunicar ao órgão do MP proponente para requerer a rescisão do ANPP perante o Juízo de conhecimento (§10º) – responsável pela prolação da sentença homologatória – com observância da ampla defesa e do contraditório. Procedimento também acolhido na rescisão da colaboração premiada do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, conforme entendimento do STF (Petição 7.074/DF) e da Procuradoria-Geral da República (Procedimento Administrativo nº 1.00.000.016663/2017-47).

Rescindido judicialmente o ANPP, o *Parquet* oferecerá denúncia de imediato com utilização da confissão formal prestada no acordo (enunciado nº 27 do CNPG) e sem proposta de suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 (§11º). Até porque a prescrição fica suspensa, enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal, nos moldes do novo art. 116, IV do CP.

De outra sorte, impende esclarecer que a condição parcialmente cumprida (por exemplo, de prestação de serviço comunitário) não serve para a detração do art. 42 do CP, pois não se trata de pena imposta e executada de modo cogente, mas sim de condição negociada, aceita e descumprida injustificadamente pelo indiciado, que não pode se beneficiar da sua própria torpeza, respeitando-se por similaridade a norma do art. 565 do CPP.

Um ponto intrigante é a descoberta superveniente do descumprimento de alguma condição, após a decisão declaratória da extinção de punibilidade (§13º). Poderia haver rescisão com efeito retroativo, desconsiderando aquela sentença? Cremos que sim, pois a decisão apenas reconhece um fato gerador – cumprimento das condições, que no caso inexistiu – e declara extinta a punibilidade, como ocorre em situação parecida na suspensão condicional do processo do art. 89, §5º da Lei nº 9.099/1995 (STF, HC 95.683/GO).

## XIII. Comunicação à vítima

O §9º reconheceu o direito da vítima de ser comunicada dos principais atos do ANPP: da homologação judicial e de seu descumprimento. Como já há judicialização após a homologação, compete ao Juízo notificá-la, e não ao MP, podendo ser por meio eletrônico com aplicação por analogia do art. 201, §3º do CPP.

## XIV. Conclusões

Por derradeiro, depreende-se que o ANPP:

1) Trouxe novos e gigantescos desafios e aumentou sobremaneira as atribuições do MP, inclusive administrativas (v. g., notificação do investigado, controle de prazo dos autos até o seu comparecimento ou não ao órgão etc.), e exigirá uma estrutura

(física e pessoal) à altura, bem como uma mudança de mentalidade de seus membros, se despindo do hábito acusatório, para uma nova era de negociação;

2) Consequentemente, a Justiça abandonará o processamento longo, custoso e desgastante dessas infrações penais (deixará de ouvir vítima e testemunhas, de interrogar réus, de elaborar sentenças complexas etc.), concentrando seus esforços nos crimes mais graves.

Novos tempos. Que estejamos preparados.

Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2020.

# As interações em audiências no Juizado de Defesa do Consumidor: uma análise à luz do Direito e da Ecolinguística

*The interactions in hearings in the court of defense of the consumer: an analysis in the light of law and ecolinguistic*

Tadeu Luciano Siqueira Andrade\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Audiência: uma relação processual. 3. Definindo a Ecolinguística. 3.1. O tripé da Ecolinguística. 3.2. As interações na Ecolinguística. 3.3. O meio ambiente da Língua. 4. A audiência como uma interação: uma Ecolinguística jurídica. 5. Conclusão. Referências.

## Resumo

A linguagem é um dos principais traços que distinguem o homem dos outros animais, possibilita aos sujeitos transmitirem conhecimentos, argumentarem, interagirem no meio social em que estão inseridos. Nenhum ato linguístico deve ser considerado insignificante, pois os falantes de uma língua são sujeitos contextualizados política e historicamente em um determinado tempo e espaço sociocultural. Por essa razão, a Ecolinguística, como o estudo da relação entre o Povo – Território e Linguagem, trata a língua como interação. Não podemos estudar o povo separado de sua linhagem e de seu contexto sociogeográfico. Nesse contexto, destacamos o Direito na atuação intermediária das demandas sociais, pessoais ou coletivas, do ponto de vista político, ideológico ou econômico. Essas demandas são expressas pela linguagem. O presente artigo visa a reflexão das audiências de relações de consumo em uma perspectiva Ecolinguística, tendo em vista que nessas relações haverá sempre um sujeito vulnerável em matéria de Direito e Linguagem que não está inserido no contexto forense. Por isso, nem sempre interage nesse contexto. Adotamos a metodologia da pesquisa etnográfica e bibliográfica, recorrendo à análise da doutrina. Esperamos que esta pesquisa desperte nos profissionais do Direito uma

---

\* Doutorando em Linguística aplicada aos contextos forenses (Ecolinguística Jurídica), da Universidade de Brasília. Mestre em Linguística. Professor da Universidade do Estado da Bahia, Campus IV.

melhor compreensão da Linguagem Jurídica não como opressão, mas uma forma de dizer de forma cristalina o Direito.

### **Abstract**

*Language is one of the main traits that distinguish man from other animals, allowing the subjects to transmit knowledge, argue, interact in the social environment in which they are inserted. No linguistic act should be considered insignificant, because speakers of a language are politically contextualized subjects and historically in a given time and sociocultural space. For this reason, Ecolinguistics, as the study of the relationship between the people – Territory and language, treats the language as an interaction. We cannot study the people separated from their lineage and from their socio-geographic context. In this context, we highlight the law in the intermediary action of social, personal or collective demands, from a political, ideological or economic point of view. These demands are expressed by language. This article aims to reflect the audiences of consumer relations in an ecolinguistic perspective, considering that in these relationships there will always be a vulnerable subject in the matter of law and language that is not inserted in the forensic context. Therefore, it does not always interact in this context. We adopted the methodology of ethnographic and bibliographical research, using the analysis of the doctrine. We hope that this research will awaken in the professionals of the law a better understanding of the legal language not as oppression, but a way of saying in a crystalline way the law.*

**Palavras-chaves:** Direito. Ecolinguística. Linguagem. Interação. Contextos.

**Keywords:** Law. Ecolinguistics. Language. Interaction. Contexts.

### **1. Introdução**

O Direito consiste em um conjunto de normas organizadas segundo as leis, os costumes e as jurisprudência que, determinados pela autoridade competente, têm a missão de regulamentar a convivência social, pacificar os conflitos e dizer o direito. Já dizia Miguel Reale (1999): o Direito é fato, valor e norma. Surge um fato na sociedade, há a necessidade de proteger esse fato, caso seja ele positivo ou negativo. Sendo negativo, será reprimido e, sendo positivo, será protegido. Essa valoração positiva ou negativamente dar-se-á mediante a edição de uma norma. Para haver a norma jurídica, necessita-se da linguagem, porque o Direito se constitui *na* e *pela* linguagem. Por isso, Calmon de Passos dizia:

[...] o direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto, também

linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 63-64).

Em qualquer ato da relação jurídica processual, a linguagem está presente, mesmo os interagentes tendo objetivos distintos. O Direito, estabelecendo-se por intermédio da linguagem, gera vínculos jurídicos entre pessoas e grupos sociais, faz surgir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus, gera e extingue institutos, poderes, princípios e procedimentos legais (BENVENUTO, 2010, p. 7). Todos esses atos constituem relações jurídicas diferentes, que ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que, por intermédio da língua, interagem com um objetivo comum: a resolução do conflito.

As relações jurídicas ocorrem em um determinado espaço, envolvendo sujeitos que interagem entre eles e entre o mundo que os rodeia. As interações, coordenadas pelo Juiz, se dão de duas formas: entre os sujeitos e entre eles e o objeto da relação. Essas interações se dão mediante a língua/linguagem em obediência às regras interacionais. Essas regras, que para o Direito são normas, só adquirem sentido quando se referirem à ação entre os sujeitos. Por isso, linguagem é “interação, o seu núcleo é constituído pelas regras interacionais.” (COUTO e COUTO, 2018)

Destacamos que, nas interações, os falantes em situações concretas de uso situam a língua em três meios ambientes, denominados também de ecossistemas. Todos esses ecossistemas são responsáveis pelo tripé ecolinguístico: o ecossistema natural, o mental e o social da língua. Segundo Couto e Couto (2018), no interior de cada um deles, a língua/linguagem é vista como interação. É o lugar onde se dão essas interações, constituindo o território (ambiente físico, o cérebro/mente, a sociedade), que é o meio ambiente da língua. Enfatizamos que esses ecossistemas não são estanques, ou isolados. Ao contrário, eles são abarcados pelo ecossistema integral da língua.

Por o ambiente jurídico ser um ecossistema que abriga profissionais do Direito, partes (sujeitos) da relação jurídica e a tríade da relação jurídica processual (sujeitos – juiz – interação/linguagem) e, nesse ambiente, ocorrerem diversas interações, que podem ser analisadas de diferentes pontos de vista, definimos a existência de uma Ecolinguística jurídica, conforme apresentaremos no decorrer deste trabalho.

Adotamos o método qualitativo e a pesquisa bibliográfica, consultando O Código de Processo Civil (CPC), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 9099/1999 – Lei do Juizado Especial. Por questões didáticas, o trabalho será dividido em três seções. Na primeira, trataremos da audiência e do processo e suas bases legais. Na segunda, focalizaremos os pressupostos da Ecolinguística. Na terceira, proporemos uma Ecolinguística Jurídica.

## 2. Audiência: uma relação processual

A relação jurídica não surge da audiência. A relação jurídica é impulsionada pelo processo constituído por uma série de atos que visam a resolver o conflito. O processo nasce com a citação, ato do juiz determinando a presença do réu para compor a *lide*. A partir daí, surgirão diferentes atos de interação. Os nomes das partes que compõem a relação processual mudam a depender do ramo do Direito que fundamenta a relação, por exemplo, réu (Processo Penal), executado (Processo de execução) reclamado (Processo do Trabalho) e outros. Para este trabalho, adotaremos o termo sujeito em vez de parte. A relação processual é complexa porque se compõe de diversas posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo. (CINTRA *et al*, 2010, p. 361). Essa relação é composta por uma tríade: Juiz – autor – réu. Há divergências doutrinárias acerca de o juiz ser parte da relação processual, uma vez que ele é sujeito desinteressado, enquanto o autor e réu são sujeitos interessados, ou parciais. (CARNEIRO, 1999, p. 3). Pontes de Miranda (1974, p. 237) considera que são sujeitos da relação jurídica processual as partes que atuam nos polos ativo e passivo. Chiovenda (1980, p. 214) define como parte da relação jurídica processual “aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da Lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. Cintra *et al* (2010, p. 310) defendem que a relação jurídica processual é angular e apresenta três partes: o Estado, demandante e demandado. Os juristas romanos já proclamavam:

*“Judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei”* (A existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu).

Não é nosso interesse, neste trabalho, discutir a divergência doutrinária acerca da participação do juiz na relação jurídica processual, mas defendemos que o Magistrado é parte da relação jurídica processual, representa o Estado, o Território, ou seja, onde as relações ocorrem. Ele não tem interesse na causa, mas comanda todas as interações na relação processual.

A audiência (Latim *audientia*) significa ato de ouvir, dar atenção. É a reunião do juiz com as partes e advogados, Ministério Público, testemunhas e outros sujeitos. Há vários tipos de audiência, depende da demanda e do ramo do Direito que a fundamenta. A este trabalho, interessa apenas a audiência de instrução e julgamento realizada no Juizado de Defesa do Consumidor regido pela Lei nº 9099/1999 e pelo CDC.

Na audiência, há dois tipos de regras de interação: a) as regras prescritas, norma processual que são fixas, seguem um rito e não podem ser violadas sob pena de extinguir o processo, e os violadores sofrerem sanções, uma vez que o juiz tem o poder de polícia; b) regras sistêmicas que estão fundamentadas no léxico e na argumentação jurídicos. Essas regras também seguem um rito, pois determinadas palavras não podem ser ditas durante a audiência, por exemplo, calão e palavras de cunho pejorativo. O falante não tem a liberdade de recorrer a determinados processos semânticos. Isso poderá trazer implicações à resolução do conflito. Por exemplo, se o consumidor alegar que um determinado produto adquirido apresenta defeito, as implicações jurídicas não serão as mesmas, caso esse produto apresente

*vício*. As palavras *defeito* e *vício* estão no mesmo campo semântico, mas são usadas em situações diferentes e apresentam consequências jurídicas diversas. O *vício* é um problema que apenas torna o produto inapto para o uso. Já o *defeito* coloca em risco a vida e a segurança do consumidor, por exemplo, aquisição de um eletrodoméstico com um fio elétrico descascado. (vide artigos 12 e 17 – CDC).

A relação processual é triangular. No vértice, está o juiz representando o Estado, que tem a prerrogativa de dizer o direito. Nos lados, estão as partes e, entre elas, o conjunto de atos que são praticados, mediante a linguagem. Esses atos são intermediados pelo Juiz.

Regras de interação que ocorrem na audiência:

*Pregão*: (latim *preconium*, de *praeconari*) significa apregoar, proclamar, é o ato de anunciar, em voz alta a realização de audiências (Art. 3n58 – CPC);

*Proposta de conciliação* (Artigo 359 – CPC): em todas as fases do processo, salvo algumas exceções, o juiz deve propor conciliação.

Em relação à proxêmica das partes da relação processual, em uma audiência, destacamos que o autor da demanda sentar-se-á ao lado direito do magistrado, e o réu, ao lado esquerdo. Ao juiz, compete manter a ordem e o decoro na audiência (Artigo 360 – CPC). A ordem e o decoro serão mantidos mediante o tratamento de urbanidade entre as partes, a elevação de tom de voz, a seleção lexical adequada ao contexto da audiência e o respeito ao direito de fala das partes.

*Ordem das falas*: primeiro, o juiz ouve o depoimento do autor. Em seguida, o réu, obedecendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Posteriormente, as testemunhas serão ouvidas, obedecendo à sequência anterior: testemunhas trazidas pelo autor e testemunhas trazidas pelo réu.

Havendo a necessidade de produção de provas orais, essas serão produzidas em audiência. Nas audiências de relação de consumo, conforme determina o Artigo 2º da Lei nº 9099/1995, predominam os seguintes princípios: *oralidade, informalidade, simplicidade, celeridade processual e economia processual*.

Entre desses princípios, destacamos, para o objeto deste trabalho, os princípios da oralidade e da simplicidade. O princípio da oralidade possibilita uma interação entre os sujeitos. Segundo esse princípio, há o predomínio da língua falada, uso de um vocabulário mais simplificado, evitando-se o emprego excessivo de termos técnicos, arcaicos e complicados que dificultam o entendimento dos sujeitos que não estão inseridos no contexto jurídico. O princípio da simplicidade prima pela dispensa de alguns requisitos formais, desde que não acarrete prejuízo aos sujeitos da relação, uma vez que há casos em que eles podem demandar em juízo desassistidos de advogados. Esses dois princípios se inserem em um princípio não conhecido pela doutrina, o *Princípio Linguístico*, que objetiva o uso de uma linguagem mais acessível, possibilitando a interação das partes na relação processual, contribuindo, assim, com o acesso à justiça daqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

### 3. Definindo a Ecolinguística

Em uma definição simplista e considerando os termos *eco* e *linguística*, o leigo relacionará a Ecolinguística à língua e ao meio ambiente. Na verdade, a Ecolinguística não é apenas essa relação por si mesma. Couto e Couto (2016, p. 382) apresentam dois conceitos mais amplos para a Ecolinguística: “estudo das interações entre língua e seu contexto social, mental e natural, via população. Outra possibilidade de dizer a mesma coisa seria: Ecolinguística é o estudo das inter-relações linguísticas que se dão no nível social, no mental e no natural.”

Analisando os conceitos, concluímos que as interações são compostas por três elementos: o povo (falante de uma língua), território (*locus* das interações) e Língua (interação).

Esses três elementos constituem o tripé da Ecolinguística.

#### 3.1. O tripé da Ecolinguística

Um ecossistema linguístico é formado por três elementos que estão sempre em uma relação dialética. Esses elementos se intercomplementam: o Território (T), a População (P) e a Língua (L). (P), vivendo em determinado (T), interage por intermédio de (L) e conforme os costumes linguístico-culturais e sociais de (T). Esses padrões interacionais correspondem à língua em uso. Nesse caso, falar em interação significa falar em língua/gem.

Como a Ecolinguística está inserida no conceito da ecologia geral, recebeu as seguintes denominações: linguística ecossistêmica ou ecologia linguística. O ecossistema natural apresenta seres vivos, interação e Território. No ecossistema linguístico, temos exatamente os mesmos componentes do ecossistema biológico (COUTO, 2018, p. 46), diferenciando apenas no que se refere aos seres vivos, uma vez que no ecossistema linguístico, as interações envolvem pessoas, sejam entre elas ou entre elas (pessoas) e o meio ambiente. Na Ecolinguística, temos um povo (P), vivendo em um espaço físico (T) e interagindo entre si mediante sua linguagem (L). Isso coloca a Ecolinguística em pé de igualdade com a ecologia biológica.

3.1.1. *Língua*: (L) não é entendida apenas como estrutura formal e sim como a maneira que um determinado povo usa para se comunicar. Sempre que uma determinada comunidade tiver um nome para seu modo de comunicar e interagir, teremos uma Língua. Nessa visão, a língua é um fenômeno sociointerativo.

3.1.2. *Povo*: (P) na Ecolinguística, (P) significa os organismos humanos que compõem o meio ambiente físico, parte mental dos membros de uma comunidade e cada membro da comunidade na perspectiva social. Por isso, (P) compõe-se de três elementos: organização, pensamento e interação. A relação da língua com o Território

não é direta, é intermediada por (P). A língua não existe por si só. Ela só existe em P, daí a metáfora de (P) ser hospedeiro de (L).

3.1.3. *Território*: Retomando Sapir, consideramos (T) como a sede da língua. É a condição *sine qua non* para existirem as interações, porque os homens interagem em um determinado espaço físico.

O Estado, como organização social, também apresenta três elementos que o compõem: Território, Raça e Língua. (GROPALLI, 1968, p. 11). Hoje falamos em Território compreendendo o espaço. O elemento *raça* foi substituído por população e Língua corresponde aos laços político-culturais que unem o povo no território.

O Povo, segundo Gropalli (1968) pode ser concebido como a coletividade de indivíduos que se reconhecem e pertencem a uma mesma comunidade onde se compartilham os mesmos sentimentos e anseiam os mesmos objetivos. Assim, os indivíduos que pertencem a um determinado povo devem estar ligados por laços histórico-culturais, sedimentados pela mesma visão de mundo e modo de vida. Esse vínculo se dá por intermédio da língua e cultura, uma vez que “há íntimas inter-relações entre língua e cultura.” (COUTO, 2018, p. 45).

Mancini, em 1851, (*apud*. GROPALLI) definiu a nação como uma sociedade natural de homens em que os costumes e a língua levam-no a uma comunidade de vida e de consciência social. Àquela época, já existia uma preocupação com as interações situadas em uma determinada comunidade. Implicitamente, já existia uma Ecolinguística jurídica.

## 3.2. As interações na Ecolinguística

Os membros de (P) estabelecem dois tipos de interação: a) *Interações Ecológicas*: compreendem as interações entre os membros de P com o mundo (meio, território). Por intermédio dessa interação ecológica, as pessoas dão nome às coisas que os rodeiam, constituindo o que se denomina referência ou significação. Essa interação pode ser encarada sob duas perspectivas: onomasiologia e semasiologia. Na primeira, o falante parte da coisa para a designação; na segunda, parte de uma palavra para saber à qual coisa tal palavra se refere. Conforme Couto (2018, p. 47), “A ecolinguística tem mostrado que a palavra surge pelo primeiro processo (onomasiologia), mas, após formada, adquire uma relativa autonomia, podendo referir-se a outras coisas por processos como polissemia, metáfora, metonímia e muitos outros (semasiologia).” b) *Interações Comunicativas*: são as interações pessoa-pessoa. Nesse tipo de interação, a língua não é um instrumento e sim a própria comunicação. Por isso, língua é interação.

## 3.3. O meio ambiente da Língua

As interações não ocorrem no ar e sim em um determinado espaço. Por isso, não separamos a língua do Meio Ambiente (MA). Que vem a ser Meio Ambiente? Para

responder a essa pergunta, adotamos o conceito de Neves e Tostes (1992, p. 17), haja vista ser uma definição genérica:

Meio Ambiente é tudo o que está relacionado com a vida de um ser ou de um grupo de seres vivos. Tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução. Nesta definição estão: os *elementos físicos* (a terra, o ar, a água), o *clima*, os *elementos vivos* (as plantas, os animais, os homens), *elementos culturais* (os hábitos, os costumes, o saber, a história de cada grupo, de cada comunidade) e a maneira como esses elementos são tratados pela sociedade. Ou seja, como as atividades humanas interferem com estes elementos. Compõem também o Meio Ambiente as interações destes elementos entre si, e entre eles e as atividades humanas. Assim entendido, “o meio ambiente não diz respeito apenas ao meio natural, mas também às vilas, cidades, todo o ambiente construído pelo homem”. (Grifamos.)

A partir desse conceito, extraímos dois elementos que compõem o MA: o elemento objetivo, compreendendo as interações, atividades humanas, história e a cultura de modo geral, sobretudo a língua; elemento subjetivo: o homem. Observemos que os autores consideram MA como “tudo o que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução”. Dessa forma, justificamos a relação intrínseca meio ambiente e linguagem. O MA não se refere apenas ao espaço por si mesmo, mas também a todos os elementos que nele estão inseridos, principalmente as relações que ocorrem entre os homens e entre eles e o MA. Referindo-se ao MA da língua, consideramos que a “língua existe somente na mente de seus usuários e só funciona relacionando esses usuários uns aos outros e à natureza, isto é, seu meio ambiente natural e social.” (Haugen, tradução Couto, 2016, p. 58). Uma parte da ecologia da língua é de natureza psicológica, considerando a interação com outras línguas na mente dos falantes bilíngues e multilíngues e as relações psicofísicas que a própria língua apresenta no cérebro dos falantes, outra parte é natureza sociológica, tendo em vista as interações na sociedade onde a língua é falada.

Portanto, defendemos que a língua apresenta três MAs, o natural, mental e o social. Sapir (tradução Câmara Jr., 2016, p. 37) defendia que a língua é um complexo de símbolos que reflete todo o quadro físico e social onde se encontra um grupo social. Naquela época, já se compreendia o termo ambiente englobando fatores físicos e sociais.

A língua apresenta três MAs que, para Couto (2018, p. 47-48) e Couto (2015, 2016, 2017), tratam-se do ecossistema natural, do mental e do social.

No ecossistema natural, a língua é um fenômeno de natureza biológica, sonora, paralinguística, proxêmica, cinésica. É usada pelas pessoas do ponto de vista físico, vivendo em um lugar específico, seu território físico (T). Dessa forma, o MA natural da língua é o lugar das interações linguísticas concretas e é formado por (P) em (T).

Considerada como fenômeno mental, a língua se compõe das conexões neurais que formam o cérebro em funcionamento e o cérebro é o lugar das interações, ou seja, é (T) da língua. Analisando a língua como um fenômeno social, definimos o ecossistema social da língua, como o conjunto de indivíduos inseridos em uma coletividade. Enfim, a língua não é vista apenas como uma realidade física, psíquica ou social, mas como uma ação biopsicossocial. O ecossistema linguístico geral, também chamado de ecossistema integral da língua que congrega essas três realidades.

Fundamentando-nos em Couto (2018, p. 49), apresentamos a sinopse:

Elementos do tripé	MA	Língua como:
P1 + T1 =	MA Físico	Realidade física
P2 + T2 =	MA Mental	Realidade mental
P3 + T3 =	MA Social	Instituição social

O ecossistema integral da língua, como uma comunidade linguística, pode ser visto como comunidade de língua e como comunidade de fala.

A Comunidade de Língua (CL) é abrangente, sua existência não está vinculada à vontade do pesquisador. Por exemplo, a comunidade dos países lusófonos. A Comunidade de Fala é delimitada, depende da vontade do pesquisador. Para Couto (2018, p. 48), “a CF se aproxima do ecossistema biológico prototípico, aquele que é delimitado pelo ecólogo.” Assim, o ecolinguista pode delimitar a área que lhe interessa, por exemplo, o estudo da relação dos adeptos do candomblé com as plantas de uma determinada região da Bahia. No ecossistema integral da língua, todo e qualquer fenômeno linguístico pode ser analisado tanto na perspectiva interna da língua quanto na externa, uma vez que a linguística ecossistêmica encara seu objeto de modo holístico (COUTO, 2018). Por isso, há exoecologia linguística e a endoecologia linguística.

#### 4. A audiência como uma interação: uma Ecolinguística jurídica

Para a doutrina jurídica, a audiência é ato processual complexo porque integra vários atos e sujeitos com papéis diversos. Apesar de os sujeitos apresentarem pretensões diferentes, há entre eles uma comunhão: o desfecho da demanda. Por isso, dizemos que a audiência é uma interação, sobretudo linguística. Segundo Chaves (2013, p. 171), com o advento da Lei nº 11.419/2006, que dispõe da realização de atos processuais em meio eletrônico, há o *Princípio da Interação* que visa a superar o contraditório linear e segmentado. O termo *relação*, neste trabalho e considerando o princípio da cooperação e da interação na relação processual, é usado como sinônimo de *interação*.

Qual o papel da língua na relação jurídica processual? Como ocorrem as interações nessa relação?

A língua, na relação jurídica processual, consiste em uma rede de interações que se dão entre os sujeitos. Todos os atos processuais se dão *na e pela* linguagem. Apesar

de os sujeitos terem objetivos distintos, há interação, mesmo que seja uma interação comunicativa desarmônica (COUTO, 2016, p. 76), pois, comumente, há conflitos. Tanto as regras de interação quanto as sistêmicas são obedecidas, pois determinadas palavras não são aceitas na relação jurídica processual. A violação às regras implica consequências aos sujeitos e ao andamento do processo. No que se refere às regras sistêmicas, há uma diferença entre a interação no sistema jurídico e a interação no ecossistema linguístico. No contexto jurídico, há regras sistêmicas que não podem ser violadas, sob pena de trazer implicações às partes e à demanda. Enquanto no ecossistema linguístico, as regras sistêmicas podem ser violadas, pois não implicarão as interações.

A audiência não se configura como um simples arranjo para efetivar o direito do consumidor violado, “mas uma negociação de sentido em que está em questão.” (PÁDUA, 2016, p. 38). Por isso, a audiência é uma interação, uma cadeia de atos que consistem em resolver um conflito.

As interações no ordenamento jurídico podem ocorrer de duas formas: simples e complexas. Nas interações simples, ocorre um só ato, em uma só conduta. Citamos, por exemplo, a intimação à testemunha determinando seu depoimento; a sentença, que, após todas etapas da relação, extingue o processo com ou sem resolução do mérito. Nas interações complexas, praticam-se atos processuais distintos, envolve sujeitos com papéis processuais diferentes. A audiência, por exemplo, é uma interação complexa. Durante ela [audiência], são praticados vários atos conglomerados unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum (CINTRA *et al.*, 200, p. 366).

Analisando o conceito de comunidade de fala como “um ecossistema linguístico constituído por um território geralmente de pequenas proporções, em que os atos de interação comunicativa entre seus membros se dão com relativa frequência” (COUTO, 2016, p. 53). A audiência, do ponto de vista da Ecolinguística, é uma comunidade de fala efêmera, pois, conforme defende Couto (2016, p. 55) “tem um ajuntamento de pessoas com alguns interesses comuns, mas de curta duração”. Nela, estão presentes sujeitos (partes do processo, Juiz, promotor, advogados), existe interação, apesar de objetivos distintos, mas há vínculos que unem as partes para a demanda ser resolvida; as interações se dão pela linguagem. Não há uma interação, mas uma rede de interações. Dentro desse ecossistema jurislinguístico, destacamos ainda que a audiência é uma comunidade de fala complexa, pois, apesar de os interlocutores serem falantes da mesma língua nacional, há uma diversidade dialetal entre eles. Nem todos os sujeitos da relação jurídica processual conhecem as regras sistêmicas do Direito.

## 5. Conclusão

Uma demanda judicial nasce de um fato que pode ser linguístico ou não, mas, constituída a relação jurídica processual, todos os atos serão praticados por intermédio da linguagem, mesmo que sejam determinados pelo Juiz, mas essa determinação se dá mediante os atos linguísticos e é fundamentada na interação. Não pode haver nenhuma relação jurídica com a presença apenas de um sujeito. Assim, acreditamos

que um ecossistema jurídico se compõe de (*P* – sujeitos), (*T* – Território, ambientes jurídicos) e (*L* – Língua correspondendo às diversas interações e atos processuais praticados pelos sujeitos). Só falamos em relação jurídica processual quando estiverem completos todos os lugares do ecossistema jurídico. As interações ocorrem com a coparticipação dos sujeitos em determinado espaço. Dessa forma, uma relação, no contexto jurídico, é uma Ecolinguística Jurídica que apresenta suas especificidades.

A relação jurídica tem seus princípios e sua linguagem específicos adotados a cada situação. Não há apenas uma relação jurídica e sim uma relação jurídica macro, composta por diversos microssistemas conforme o que as partes esperam da demanda.

Considerando os pressupostos da Ecolinguística e analisando a relação jurídica a partir dos elementos: *Partes* (do processo), *Território* (ambiente da jurisdição), *Língua* (interação endoprocessual), foi possível analisar esses elementos e correlacionando-os com os elementos que embasam a Ecolinguística. Isso nos dá fundamentos para defendermos a existência de uma Ecolinguística Jurídica. Enfatizamos que os sujeitos da relação jurídica processual, os atos por eles praticados, as regras de interação e sistêmicas são complexos, porque o Direito apresenta diversas divisões e cada uma possui suas peculiaridades. Dessa forma, consideramos haver uma Ecolinguística Jurídica macro que apresenta diversos ecossistemas jurídicos, por exemplo, Agrário, Ambiental, Penal, Civil, Tributário, Consumidor e outros.

Os questionamentos, ainda incipientes, aqui apresentados servirão de ponto de partida para outros desdobramentos das relações travadas no ecossistema jurídico à luz da Ecolinguística.

## Referências

- BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017-1993.
- \_\_\_\_\_. LEI Nº 9099, de 25 setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[Http://www.imprensanacional.gov.br/mp\\_leis/leis\\_texto.asp?Id=LEI%209887](http://www.imprensanacional.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887)>. Acesso: 20 nov. 2018.
- BENVENUTO, Jayme. Prefácio *In: Linguagem e direito*. Virgínia Colares (Org). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de processo, vol. 102, São Paulo, 2001.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br./2013>> Revista Eletrônica. Janeiro / fevereiro de 2013. Acesso: 29 nov. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTO, Elza Kioko Nakayama Nenoki do; COUTO, Hildo Honório do. Ecolinguística, Linguística Ecológica e Análise do Discurso Ecológica (ADE). *Revista Signótica*, Goiânia, vol. 28, nº 2, p. 381-404, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/sig>>. Acesso: 29 nov. 2018.

COUTO, H. H. do; COUTO, E. K. N. N. do. A Ecolinguística e o estudo das línguas de sinais: língua, linguagem e sinais domésticos. *Revista Diálogos (RevDia)*, "Edição comemorativa pelo Qualis B2", vol. 6, nº 2, maio-ago., 2018. Disponível em: <[periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/6659](http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/6659)>. Acesso: 29 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. ECOSSISTEMA CULTURAL. *Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem*, vol. 04, nº 01, p. 44-58, 2018. Disponível em: <<http://ppperiodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>>. Acesso: 29 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Comunidade de Fala Revisitada. *Ecolinguística: Revista Brasileira de Ecologia e Linguagem*, vol. 02, nº 02, p. 49-72, 2016. Disponível em: <<http://ppperiodicos.unb.br/index.php/erbel/article/viewFile/15136/10837>>. Acesso: 29 nov. 2018.

GROPALLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

HAUGEN, Einar. *Ecologia da Linguagem*. Tradução de Hilda Honório do Couto. *In: O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem: Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos*. Hildo Honório do Couto *et al* (Org) Goiânia: Editora UFG, 2016.

NACONECY, Luiz Carlos Macedo. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NEVES, Estela; TOSTES, André. *Meio Ambiente, a lei em suas mãos*. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

PADUA, João Pedro. *Direito como sistema de normas e Direito como sistema de práticas: aportes teóricos e empíricos para a "refundação" da "ciência" do Direito (em diálogo com a Linguística Aplicada)*. *Linguagem e Direito: Perspectivas teóricas e Práticas*. Rosalice Pinto, Ana Lúcia Tinoco Cabral, (Org.). São Paulo: Contexto, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAPIR, Edward. *Língua e Ambiente*. Tradução de Mattoso Câmara Jr. *In: O Paradigma Ecológico para as Ciências da Linguagem: Ensaios ecolinguísticos clássicos e contemporâneos*. Hildo Honório do Couto *et al.* (Org) Goiânia: Editora UFG, 2016.





Detalhe da imagem da capa

# Observatório Jurídico





# Prisão por decisão de segunda instância<sup>1</sup>

Ives Gandra\*

O Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, ao decidir que não poderia haver prisão, em execução de sentença, senão após o trânsito em julgado, privilegiando o disposto no Artigo 5º, inciso LVII da Lei Suprema, teve, no pronunciamento do Ministro Toffoli – que reiterou seus posicionamentos anteriores a favor da tese vencedora –, o voto de desempate. Está o referido dispositivo constitucional assim redigido: “Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)”.

A justificação, todavia, levou tranquilidade ao Poder Legislativo Federal, na medida em que declarou que o referido inciso do Artigo 5º não é uma cláusula pétrea, visto que o Código de Processo Penal, em seu artigo 283, permite prisões independentemente de a decisão judicial ser de qualquer Instância.

Em sua fundamentação, fez questão de realçar que são inúmeras as prisões sem trânsito em julgado permitidas, como preventiva, provisória, cautelar, civil e até mesmo administrativa, sem intervenção do Judiciário, como é o caso daquelas de membros das Forças Armadas.

A sinalização do Ministro Toffoli – em julgamento que foi acompanhado pela esmagadora maioria da população brasileira – deve ser mantida nestes 2 próximos anos, pois que até a aposentadoria do Ministro Celso de Mello, prevista para fins de 2020, a composição do Pretório Excelso será a mesma. Minha convicção de que, dificilmente, qualquer dos Ministros alterará sua posição, decorre do fato de que as referidas ações de controle concentrado vinham sendo amplamente discutidas em Universidades, congressos, livros e artigos de juristas, levando cada Ministro a um cuidadoso exame dos fundamentos de sua interpretação.

Ora, no momento em que o julgamento – o mais acompanhado da história do Brasil – realizou-se, cada um dos supremos julgadores trouxe sua refletida e definitiva opinião sobre a matéria, razão pela qual a possibilidade de alteração de seu posicionamento é praticamente nenhuma.

<sup>1</sup> Texto publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 20 de novembro de 2019.

\* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU) / Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

Nada obstante, o apaixonado debate entre doutrinadores e juízes a respeito do tema, quero trazer, para reflexão de meus escassos leitores, dois aspectos que me parecem de particular relevância.

O primeiro deles é que as duas teses jurídicas em questão são consistentes.

A primeira, de que o trânsito em julgado implica a presunção de inocência até que esse evento ocorra, tem seus seguidores, à luz de um argumento, além de outros, de fácil compreensão até por não operadores do direito. Como alguém inocente, enquanto não transita em julgado uma decisão condenatória, pode cumprir a execução de pena, nesta condição? Como um inocente pode ser preso, como culpado, sendo ainda inocente?

A tese contrária também se justifica, à luz de três fundamentos, entre outros, de fácil compreensão para leigos, ou seja: 1) a possibilidade de recorrer-se a quatro instâncias (1ª, 2ª, STJ e STF) leva muitos processos à prescrição da pena pela lentidão da justiça; 2) nas duas primeiras instâncias é que se discute toda a matéria fática; 3) os tribunais superiores (STJ e STF) só reexaminam questões jurídicas e não mais matéria de fato, salvo fatos novos, relacionada aos processos, com o que o reexame não impediria a aplicação da pena pela última instância em que toda a matéria fática pode e deve ser reexaminada.

À evidência, nas duas correntes há inúmeros outros componentes que eu poderia abordar, mas para efeitos deste artigo e de sua compreensão, principalmente, para pessoas não formadas em direito, apresentei aqueles de maior facilidade na compreensão.

Hart, em seu famoso livro *The concept of Law* em 1961 (Ed. Clarendon), declara que “direito é aquilo que a Suprema Corte diz que é”, pois, a segurança jurídica só se obtém pela certeza da decisão judicial na aplicação da Lei. E, no controle concentrado (ações diretas, declaratórias, de descumprimento de preceito fundamental ou repercussão geral) a decisão tem efeito impositivo sobre as Instâncias inferiores e sobre a administração pública em geral.

Compreende-se, pois, que, em face da harmonia e independência de Poderes estabelecidas no artigo 2º da Carta da República, a segurança é proposta pelo Legislativo e, nos casos expressos previstos na lei suprema, pelo Executivo, mas a certeza é determinada pelo Judiciário.

Ora, nesta linha, o último voto do Ministro Toffoli abriu indiscutível espaço para a presunção de legalidade de eventual explicitação legislativa, ao declarar, por 6 votos a 5, que o “trânsito em julgado” não é cláusula pétrea, para efeitos de prisão de condenados em Segunda Instância.

Quando das conversas com os amigos e constituintes Bernardo Cabral, Ulisses Guimarães e Roberto Campos, assim como com os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Francisco Rezek da Máxima Corte, à época da Constituinte – na oportunidade, escrevi pequeno livro para 66 constituintes intitulado *Roteiro para uma Constituição*, veiculado pela Editora Forense – defendia a tese de que os Tribunais Superiores deveriam ter a função de dar estabilidade às instituições, cabendo às instâncias

inferiores fazer justiça. É o que ocorre com a Suprema Corte dos Estados Unidos e com os Tribunais Constitucionais dos regimes parlamentares europeus.

Creio que o Pretório Excelso ganharia em relevância perante a nação e deixaria de ser objeto de manifestações populares, em que o debate ideológico se faz presente, se sua competência fosse semelhante àquela da maioria dos países em que a democracia não sofreu ruptura depois da 2ª Guerra, ou seja, exclusivamente constitucional. Foi o que propugnei, naquele opúsculo de 1987.

Pessoalmente, entendo, ao concluir este artigo, que se o Congresso Nacional aprovar a execução de sentença a partir da decisão de 2ª instância em matéria penal, por 6 votos a 5, a Suprema Corte confirmará sua constitucionalidade.



## A cidadania e o acesso ao território do Estado<sup>1-2</sup>

Jorge Miranda\*

I - Uma das manifestações mais directas e imediatas da cidadania é o direito dos cidadãos a uma livre relação com o território do seu Estado<sup>3</sup>.

No caso português, isso comporta:

- a) Direito de livre fixação em qualquer parte do território nacional (art. 44, nº 1, 2ª, parte, da Constituição);
- b) Direito de livre deslocação dentro do território nacional (art. 44, nº 1, 1ª parte) e, conseqüentemente, vedação às regiões autónomas de estabelecerem restrições ao trânsito de pessoas entre elas e o restante território (art. 230, alínea b);
- c) Direito de saída do território nacional, incluindo o direito de emigração (art. 44, nº 2, 1ª parte);
- d) Direito de regresso ao território nacional (art. 44, nº 2, 2ª parte).

A lei pode regulamentar estes direitos, designadamente dispondo sobre o título da entrada e saída do território nacional ou prescrevendo que uma e outra só possam fazer-se pelos postos de fronteira legalmente estabelecidos e depois de cumpridas as formalidades previstas na lei (art. 1 do Decreto-Lei nº 438/88, de 29 de novembro). Pode criar condicionamentos, não restrições:

- e) Impossibilidade de expulsão e de extradição do território nacional (art. 33, nº 1).

II - Os estrangeiros em geral não gozam de direitos idênticos. Não têm a liberdade constitucional de entrada no território português; só, quanto aos cidadãos de alguns Estados, existe, e com restrições, um direito análogo proveniente de normas internacionais. Nem têm uma liberdade plena de deslocação no interior do país (mesmo à face da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como se viu).

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, vol. III, 3ª ed., Coimbra, 1994.

<sup>2</sup> Artigo publicado no site: <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/jm.html>.

\* Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

<sup>3</sup> *Cfr.* art. 13. da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O que a Constituição garante aos estrangeiros em geral é um conjunto vasto de garantias:

- a) Proibição de extradição por motivos políticos (art. 33, nº 2) e por crimes a que corresponda pena de morte segundo o Direito do Estado requisitante (art. 33, nº 3);
- b) Decisão de extradição só por autoridade judicial (art. 33, nº 4);
- c) Decisão também só por autoridade judicial, e segundo formas expeditas, de expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado (art. 35, nº 5);
- d) Admissibilidade de prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em causa processo de extradição ou de expulsão, mas pelo tempo e nas condições que a lei determinar (art. 27, nº 3, alínea b).

O único direito (em sentido próprio) contemplado é o direito de asilo de certos estrangeiros – o direito de asilo de estrangeiros e apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33, nº 6)<sup>4-5</sup>. Os seus beneficiários obtêm o estatuto de refugiado nos termos da lei (art. 33, nº 7).

III - O regime de entrada e permanência do território nacional de estrangeiros consta hoje de dois diplomas básicos: um diploma de carácter geral – o Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de março<sup>6</sup> – e um diploma de carácter especial, aplicável aos cidadãos dos Estados-membros da Comunidade Europeia – o Decreto-Lei nº 60/93, da mesma data. O primeiro apresenta-se fortemente restritivo, o segundo, bastante favorável (tendo em conta a “cidadania europeia”, a que atrás nos referimos).

São duas as principais diferenças:

- a) Quanto aos estrangeiros em geral, estatui-se que possuam meios de subsistência suficientes (art. 7, nº 1, do Decreto-Lei nº 59/93) e interdita-se a entrada daqueles que se encontrem em determinadas

<sup>4</sup> V. também art. 14 da Declaração Universal.

<sup>5</sup> Cfr. noutras Constituições: preâmbulo da Constituição francesa de 1946; art. 16, nº 2, da Constituição alemã; art. 13, nº 4, da Constituição espanhola; art. 64, nº 2, da Constituição moçambicana; art. 18, nº 2, da Constituição romena; art. 26 da Constituição angolana (de 1992); art. 63, nº 1, da Constituição russa (de 1993).

<sup>6</sup> Complementado pelo Decreto Regulamentar nº 43/93, de 15 de dezembro.

situações, como haver “fortes indícios de que tencionam praticar um delito grave ou de que constituem uma ameaça para a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais de um Estado-membro da Comunidade Europeia” (art. 10, nº 1); não já quanto aos cidadãos de Estados-membros da Comunidade Europeia.

b) Quanto aos estrangeiros em geral, eles carecem de uma autorização de residência a pedir às autoridades administrativas (arts. 54 e ss.); quanto aos cidadãos comunitários, admite-se um direito de permanência a título definitivo e um direito de residência, verificados determinados pressupostos (arts. 5 e ss. e 9 e ss.).

IV - Pode legitimamente perguntar-se se não deveria haver também um regime especial, paralelo, para os cidadãos dos países de língua portuguesa<sup>7</sup>. À face das regras constitucionais sobre laços de amizade e cooperação com esses países (arts. 7, nº 4, e 15, nº 3), dir-se-ia até ocorrer uma inconstitucionalidade por omissão.

Mas, no tocante ao Brasil, pode, porventura, entender-se que continua em vigor o art. 5 do Tratado de Amizade e Consulta de 1953, segundo o qual cada um dos Estados se compromete a permitir o estabelecimento de domicílio no seu território aos nacionais de outra parte, com ressalva apenas das disposições relativas à defesa da segurança nacional e à protecção da saúde pública.

V - A actual lei reguladora do direito de asilo é a Lei nº 70/93, de 29 de setembro, a qual deve ser lida em conjugação com a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e com o Protocolo Adicional de 1967<sup>8</sup>.

De harmonia com o princípio da cláusula aberta de direitos fundamentais, têm direito de asilo, além dos estrangeiros compreendidos no art. 33, nº 6, aqueles que, receando com razão ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual (art. 2, nº 2).

Em contrapartida, não podem beneficiar de asilo os que tenham praticado actos contrários aos interesses fundamentais ou à soberania de Portugal ou que tenham cometido crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade (art. 4, nº 1).

O asilo pode ser recusado sempre que a segurança interna ou externa o justifique ou quando a protecção da população o exigir, designadamente em razão da situação social ou económica do País (art. 4, nº 2) – o que se afigura dificilmente compatível com a Constituição, pois uma coisa é inexistir asilo por motivos económicos

<sup>7</sup> Até porque pode continuar a dizer-se que os Estados-membros mantêm intacta a sua tradicional competência para adoptar as regras atinentes ao estatuto de cidadãos de países terceiros.

<sup>8</sup> A Convenção foi aprovada para adesão pelo Decreto-Lei nº 43210, de 1 de outubro de 1960, e o Protocolo pelo Decreto nº 207/75, de 17 de abril.

(externos), outra coisa inviabilizá-lo por motivos económicos (internos), não acolhidos pela Constituição<sup>9</sup>.

A concessão de asilo obsta a que tenha seguimento qualquer pedido de extradição do asilado fundado nos factos com base nos quais o asilo é concedido (art. 6, nº 1).

Os efeitos do asilo podem ser declarados extensivos ao cônjuge e aos filhos menores solteiros ou incapazes do peticionário ou, sendo este menor de 18 anos, ao pai e à mãe (art. 5).

Com vista à concessão de asilo, distinguem-se um processo administrativo *normal* e um processo *acelerado* (arts. 13 e ss., respectivamente). Diversamente, a perda do direito de asilo é alvo de um processo judicial, que corre no tribunal da Relação da área de residência do asilado (art. 25).

VI - A expulsão de estrangeiros é regulada pelos arts. 67 e ss. do aludido Decreto-Lei nº 59/93, que estabelece os seus fundamentos e o seu processo. E este é de natureza judicial relativamente aos que tenham entrado ou permaneçam regularmente no território nacional (arts. 76 e ss.) e de natureza administrativa quanto aos que tenham entrado ou permaneçam ilegalmente (arts. 84 e ss.).

A expulsão não pode ser efectuada para país onde o estrangeiro possa ser perseguido pelos motivos que, nos termos da lei, justificam a concessão de direito de asilo (art. 72, nº 1).

Todavia, atribui-se efeito meramente devolutivo ao recurso da decisão de expulsão (arts. 83, nº 2, e 87) – o que frustra o princípio da tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos (arts. 20 e 268, nºs 4 e 5, da Constituição); e institui-se a medida de instalação dos expulsados em centros temporários, com base em processo administrativo (art. 751) – o que viola o princípio da tipicidade das medidas privativas da liberdade (art. 27 da Constituição)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Prevê-se, no entanto, um regime excepcional para estas pessoas, por razões humanitárias (art. 10.)

<sup>10</sup> Cfr. TORRES, Mário. A Lei dos Estrangeiros face à Constituição, in: "O Cidadão", abril/junho, 1993, p. 27 e ss.





Detalhe da imagem da capa

The background is a painting in shades of red, purple, and brown. It depicts a scene with a figure in a long, flowing dress on the left and a tombstone on the right. The tombstone has the text 'LE DU TA' visible. The overall style is expressive and somewhat somber.

# Observatório Filosófico



# Aplicação prática de alguns estratagemas schopenhauerianos em um caso jurídico hipotético

Adolfo Borges Filho\*

## Resumo

O artigo pretende demonstrar, por meio de um caso jurídico hipotético, como se pode utilizar, na área da retórica, alguns dos 38 (trinta e oito) estratagemas elaborados pelo filósofo alemão Arthur Schopenhauer, na sua famosa obra intitulada *A Arte de Ter Razão*. Aborda, também, em apertada síntese, o que vem a ser a *Dialética Erística*.

## Summary

The purpose of the article is to describe— through a hypothetical judicial case - some of the 38 (thirty eight) rhetorical stratagems, created by the German philosopher Arthur Schopenhauer in his famous book *The art of being always right*. At the same time, the material presents a concise resume of the so-called Eristic Dialectics.

**Palavras-chave:** Shopenhauer. Dialética Erística. Retórica. Estratagemas.

**Keywords:** Schopenhauer. Eristic Dialectic. Rhetoric. Stratagems.

No processo penal, o princípio prevalente é o da *verdade real*. Nos crimes de ação pública, compete ao Ministério Público, como *dominus litis*, a obtenção de provas que sirvam de supedâneo ao oferecimento de denúncia e o consequente desencadeamento da *actio* contra o autor (ou autores e partícipes) de determinado ilícito. Nesse momento processual, vigora o *in dubio pro societate*. Somente no decorrer do procedimento, mormente com a instrução probatória concluída, tornar-se-á possível descortinar a culpabilidade (ou não) do denunciado, sem que pareça dúvida acerca de sua participação, seja dolosa, seja culposa (nesse último caso, se o tipo penal admitir tal modalidade), na consecução do delito.

Observe-se que o *due process of law* ostenta, como conteúdos nodais, os princípios do contraditório e o da ampla defesa. E é justamente na articulação da tese defensiva que podem entrar em cena os estratagemas schopenhauerianos.

---

\* Pós-Graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO.

Segundo Guilherme Marconi Germer, “a verdade, conforme Schopenhauer, ‘é o indestrutível diamante. É a única coisa que permanece firme, que persevera e se mantém fiel’ (Schopenhauer, 1851 [1896], II, p. 146). Sempre é um grande risco se afastar dela; porém, tê-la em mãos nunca é suficiente em qualquer debate. Assim, tão importante quanto possuí-la é saber preservá-la de seus depravadores desleais e, para tanto, sempre valerá a regra da justeza de que os combatentes duelem com as mesmas armas. Com esse fim, sobretudo, de defesa da verdade contra os erísticos trapaceiros e com os recursos da própria erística, bem como com o de denunciar, ironicamente, o comportamento dos últimos, Schopenhauer escreveu ‘A arte de ter razão’, cuja leitura é uma porta de entrada privilegiada, e de grande valor atual, ao cerne de sua filosofia”.

Schopenhauer afirma, no seu livro *A Arte de Ter Razão* que “[a] dialética erística é a arte de disputar, mais precisamente a arte de disputar de maneira tal que se fique com a razão, portanto, *per fas et nefas* [com meios lícitos e ilícitos]. De fato, é possível ter razão *objetiva* na questão em si e, no entanto, aos olhos dos presentes, por vezes mesmo aos próprios olhos, não ter razão” (página 3).

Como bem asseverado por Emerson Garcia, no seu artigo *O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica*: o que se faz e não se deveria fazer (Revista de Direito do MPRJ, nº 62):

Conhecer alguns dos estratagemas comumente utilizados é de grande utilidade para compreendermos as técnicas de deturpação e encobrimento da verdade. Utilizá-las, ou não, depende dos padrões éticos que cada um de nós decide adotar em sua vida. A glória momentânea, embora suficiente para massagear o ego dos mais vaidosos, dificilmente produzirá bons frutos, máxime quando os estratagemas utilizados puderem ser identificados com alguns poucos minutos de reflexão suplementar, que, cedo ou tarde, será realizada pelos demais participantes do debate (página 22).

Os 38 (trinta e oito) estratagemas elaborados pelo grande filósofo Arthur Schopenhauer se constituem, portanto, em instrumentos ou estratégias utilizados numa discussão visando, na maioria das vezes, à deturpação da verdade. Neste singelo trabalho, criamos um caso jurídico concreto e procuramos demonstrar – com a utilização de alguns estratagemas – como é possível, na prática jurídica, utilizá-los para confrontar a tese acusatória e tentar, assim, desconstruir o trabalho do promotor de justiça. Eis a hipótese:

Residem numa mesma casa um senhor de idade avançada e seu empregado de longa data. Num determinado dia, o patrão deu por falta de seu relógio de ouro, guardado numa gaveta de um

armário existente no quarto de dormir. O relógio era uma verdadeira relíquia para o dono que o “checava” diariamente todas as manhãs. Comentou, de imediato, o fato com o empregado e este, além de negar a subtração do objeto, aconselhou-o a dar notícia do seu desaparecimento na Delegacia da circunscrição. O registro foi feito e, no dia seguinte, o empregado pediu demissão. Relevante assinalar que ninguém havia visitado a casa recentemente e que a única pessoa que se ausentara, para realização de compras domésticas, havia sido o empregado. O inquérito foi instaurado e o *Parquet* concluiu que o empregado havia praticado o delito, denunciando-o pela prática de furto qualificado.

Decorrem da leitura do “caso hipotético”, acima exposto, duas versões que se impõem para a nossa análise: a versão “verdadeira” que deu margem à *notitia criminis* e à conseqüente ação penal e a narrativa deturpada, estrategicamente montada pela defesa com a finalidade de absolver o acusado. O empregado furtou, sim, o relógio e provavelmente o vendeu para um receptador, em busca de dinheiro. Para a defesa, o empregado levou o relógio com a finalidade de trocar-lhe a bateria; entretanto, quando se dirigia à relojoaria, foi vítima de um furto, perdendo, assim, o objeto. Narrando a “sua verdade” ao patrão, aconselhou-o a se dirigir à delegacia mais próxima, para lavratura de um boletim de ocorrência. Fato é que, após tomar conhecimento de que o patrão registrara, de fato, a ocorrência, foi tomado pelo medo de ser descoberto, pedindo demissão do emprego. Como fazer prevalecer a versão defensiva engendrada diante de um juiz? A retórica, obviamente, entrará em cena, aproveitando “brechas” ou espaços vazios existentes na narrativa verdadeira, enxertando-lhe detalhes e ocorrências fabricadas e, com isso, objetivando livrar o réu de uma condenação criminal.

Para exemplificação do manejo dos estratagemas, selecionados do livro *Arte de ter razão* e aplicados no desenrolar da *cross examination*, concretizada no caso hipotético narrado, colocamos em cena o lesado, sendo ouvido, em audiência, pelo magistrado. De um lado, temos as perguntas formuladas pela promotoria de Justiça e, do outro, as produzidas pela defesa do réu como ingredientes de cada estratagema em destaque. Não nos preocupamos com alguns detalhes processuais específicos, quando da oitiva da testemunha-informante; nosso objetivo foi o de exemplificar, de forma prática, a utilização dos estratagemas criados por Schopenhauer.

**“Estratagema nº 3 – Tomar a afirmação apresentada de modo relativo, como se fosse genérica, ou pelo menos compreendê-la sob um aspecto totalmente diferente, refutando-a então nesse sentido”.**

O promotor indaga ao lesado se pode afirmar, com segurança, que somente ele e o empregado tinham acesso ao aposento onde se achava o relógio e se o empregado sabia onde o relógio estava guardado. O lesado responde afirmativamente a ambas as perguntas.

A defesa – utilizando-se do estratagema em comento – assevera que a resposta, além de óbvia, é demasiadamente genérica, já que o empregado trabalha há bastante tempo na casa do lesado e conhece toda a rotina da casa. E parte para a seguinte indagação: “o réu já levou o relógio para a troca de bateria, na relojoaria existente no bairro onde o senhor reside? Quantas vezes?”

**“Estratagema nº 7 – Quando a disputa for conduzida de modo mais rigoroso e formal e houver o desejo de se fazer entender bastante claramente, aquele que propôs a afirmação e deve comprová-la procede contra seu adversário fazendo-lhe perguntas, a fim de concluir a verdade da afirmação a partir das próprias concessões do outro.”**

Diante da concordância do lesado, quanto ao fato de o empregado já ter levado o relógio para a troca de bateria, o promotor repergunta ao informante se essa troca aconteceu recentemente já que estava sempre “checando” o local onde o objeto ficava guardado.

A defesa parte, então, para diversas perguntas dirigidas ao lesado no afã de ratificar a sua proposição de negativa de autoria do alegado furto: “quem sugeriu a ida à Delegacia para registro da ocorrência? Não é verdade que ele, lesado, tem feito uso de remédios de *tarja preta* e reclamado estar com a memória *enfraquecida*? Por acaso se lembra que o acusado narrou o furto de que foi vítima quando levou o relógio, nessa última vez, para a troca de bateria e que a sua versão foi, de pronto, refutada?”

Esse excesso de perguntas pode desnortear o adversário, adentrando-se o âmbito de dois outros estratagemas, a saber:

**1º - “Estratagema nº 9 – Fazer as perguntas não na ordem exigida pela conclusão, mas com transposições de todo gênero: desse modo, o adversário não saberá aonde se quer chegar e não poderá precaver-se: podemos então também usar suas respostas para obter conclusões diversas, até mesmo opostas, conforme o que for respondido.”**

Como se pode perceber, as perguntas acabam se tornando verdadeiros projéteis verbais dirigidos ao depoente, impedindo-o de compreender onde o advogado pretende chegar. Afinal, deverá admitir que o fato de usar medicamento controlado o fez esquecer a ordem para a troca de bateria do relógio? E com relação à sua ida à Delegacia? Com relação a esse último ponto, a defesa pode concluir que o real motivo do comparecimento à polícia foi o de comunicar o furto do relógio sofrido pelo empregado quando se dirigia à relojoaria...

**2º - “Estratagema nº 8 – Deixe o seu oponente furioso. Uma pessoa enfurecida é menos capaz de usar o seu julgamento ou de perceber onde residem as suas vantagens”.**

O promotor indaga, de forma impaciente, onde o advogado pretende chegar. Por que submeter o lesado a um verdadeiro interrogatório? Diante desse questionamento, a defesa parte para um ataque pessoal ao lesado e, numa espécie de desabafo, afirma que “a ingratidão é um grande mal que assola a humanidade” e que, “como reza o ditado popular, *a corda arrebenta sempre do lado mais fraco...*” E remata: “Lamentável que tanta mentira seja desfechada contra um homem decente! Por isso mesmo é que o empregado pediu demissão! Sabia que, ao fim e ao cabo, ele acabaria humilhado e, quiçá, preso!”

**“Estratagema nº 11** – *Se realizamos uma indução e o adversário admite os casos particulares por meio dos quais ela deve ser colocada, não devemos perguntar se ele também concede a verdade genérica resultante desses casos, mas introduzi-la em seguida como já estabelecida e reconhecida, pois algumas vezes ele mesmo acreditará que a admitiu, e a mesma impressão terão os ouvintes, porque eles se lembram das várias perguntas sobre os casos particulares, as quais, no entanto, deverão ter conduzido ao objetivo”.*

Quando trouxemos a lume o Estratagema nº 7, diversas perguntas haviam sido feitas ao depoente e, certamente, diante da caudal em que essas indagações foram lançadas, duas podem ter redundado em afirmações favoráveis à defesa do réu. Suponha-se que o lesado admita que estava fazendo uso, sim, de benzodiazepínicos e que a sua memória estava, de fato, comprometida. Some-se a essa deficiência cognitiva do lesado o fato, por ele mesmo admitido, de que o empregado já havia levado o relógio para troca de bateria noutra oportunidade.

Ora, diante dessas singelas, mas expressivas concordâncias, a defesa pode partir para a *amnésia* (ainda que temporária) do lesado, concluindo pela falsidade da acusação engendrada contra o defendente. Não nos esqueçamos de que, na fase final do processo, pode exsurgir o brocardo *in dubio pro reo*.

Concluímos este modesto trabalho com uma frase retirada da magistral obra de Schopenhauer, *“O mundo como vontade e como representação”*, §64:

No seu todo independente do objetivo por nós demonstrado da punição praticada pelo Estado, algo que fundamenta o direito penal, constata-se que não só à parte injuriada, na maioria das vezes possuída pelo desejo de vingança, mas também ao espectador completamente alheio advém a satisfação em ver, após um mau ato cometido, que quem causa dor a outrem sofre exatamente a mesma medida de dor.

## Referências

GARCIA, Emerson. *O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer*. Artigo publicado na Revista de Direito do MPRJ nº 62, páginas 17-22.

GERMER, Guilherme Marconi. Apresentação do e-book *A arte de ter razão*, livro eletrônico, tradução de Érica Gonçalves de Castro e Guilherme Ignácio da Silva, São Paulo: Edipro, 2020. Título da apresentação: *Schopenhauer, a filosofia e A arte de ter razão*.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de Ter Razão*, organização e ensaio de Franco Volpi e tradução de Alexandre Krug (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *O mundo como vontade e como representação*. Tradução de Jair Barboza. 2ª reimpressão. São Paulo: UNESP, 2005.



# Princípios da fundamentação dos direitos humanos em Kant

Delmo Mattos\*

## Introdução

O que fundamenta os direitos humanos? Como os direitos humanos podem dialogar com a capacidade de punição? Uma indagação desse porte necessariamente deve remeter-se ao âmbito de uma filosofia moral. Uma filosofia moral que deva abarcar as exigências de uma análise sobre o agir racionalmente ou moralmente deve conter necessariamente uma análise acerca dos princípios. Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, pretende tematizar o princípio de fundamentação das normas, que constitui o homem como ser ético. Desse modo, o filósofo envereda em estabelecer uma “medida suprema”, a partir da qual possa decidir a “moralidade das normas” (KANT, 1980).

Na perspectiva de Kant, a moralidade fundamenta-se na autonomia do sujeito e na capacidade de determinar-se segundo princípios ou máximas postas por si mesmo, livre de condicionamentos empíricos, de maneira puramente *a priori*. Não obstante, a representação de princípios deve estar em conformidade com a lei moral, que, por sua vez, se expressa através do imperativo categórico, isto é, a noção de dever, cujo critério para tal é a possibilidade de universalização de máximas. Assim, Segundo Kant, o moralmente bom é ilimitado e universal, ou seja, independente do contexto a moralidade de uma ação, está na conformidade do agir com a lei moral (KANT, 1980).

No âmbito da filosofia do direito de Kant, a questão da dignidade dialoga com os efeitos éticos do direito de punir. A dignidade consiste, pois, no valor intrínseco que um ser dotado de razão e de vontade possui, ao contrário do preço, que estabelece um valor relativo de uma coisa, que pode ser trocada por algo equivalente. No entanto, quando adentramos na sua Doutrina do Direito, sobretudo quando nos deparamos com sua concepção de justiça penal, não deixa de causar um desconforto e uma impressão de explícita contradição com sua ética, a defesa kantiana da punição por meio da pena de morte, da castração e do banimento da sociedade para os criminosos. Desse modo, parece, portanto, haver uma contradição no argumento kantiano entre dignidade e punição. Essa contradição, portanto, nos induz a refletir sobre o teor da justiça penal mediante o modo pelo qual o filósofo propõe garantias para as liberdades individuais em vistas a assegurar a preservação da dignidade de cada ser humano. Em decorrência disso, teremos, no mínimo, alguns elementos para

\* Pós-Doutor em Teoria do Direito pelo PPGDIR da UFMA. Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA e Programa de Pós-graduação em Direito da UniCEUMA.

considerar se a justiça penal segue na contramão ou concorre em favor do princípio moral de respeitar e salvaguardar a dignidade humana.

Levando em consideração tal pressuposto, o presente ensaio busca compreender como implica a relação entre dignidade da pessoa humana e a questão da punição ou do direito de punir. Essa relação, em um primeiro momento, mostra-se contraditória com os termos da filosofia moral do filósofo. A punição é uma retribuição ao mal praticado pelo criminoso e serve como medida do castigo a ser aplicado. A retribuição deve espelhar o dano causado pelo delinquente, deve lhe ser aplicado na mesma medida possível, isto é, deve haver a máxima igualdade possível entre a lesão causada pelo criminoso e a pena a este imposta. Por outro lado, a coerção exercida pelo direito não visa outra coisa que a compatibilização das liberdades individuais.

Desse modo, segundo Kant, a possibilidade e a necessidade da pena fundam-se no fato de que o Estado deve proteger, através de leis penais, o que é de cada um sob as leis da liberdade. Este pressuposto, como se funda na liberdade como propriedade na qual, segundo o filósofo, é “o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”. O problema é saber quando e em que circunstâncias uma ação pode coexistir com a liberdade do outro, enquanto não for apontado um conteúdo determinado.

### **A dignidade humana e liberdade**

A dignidade da pessoa humana adquiriu, com a entrada em vigor da Constituição Federal Brasileira de 1988, o *status* de norma constitucional, tal princípio, segundo Sarlet (2001), assume dupla dimensão: defensiva e prestacional. No que diz respeito à “dimensão defensiva”, a dignidade mostra-se como limite à atividade dos poderes públicos. Nesse sentido, a ideia de dignidade é uma qualidade que pertence a todos os seres humanos e a qual estes não podem renunciar. Por outro lado, no que concerne à “dimensão prestacional” que é imposta ao Estado, a dignidade exige que este desenvolva suas ações no sentido de preservá-la e que promova as condições necessárias a sua efetivação (SARLET 2001).

Diante do que foi exposto, segundo Sarlet (2001) no que respeita a essa dupla dimensão da dignidade, pode-se dizer que ela é, ao mesmo tempo, expressão da autonomia da pessoa humana – adquirindo, nesse sentido, íntima ligação com o princípio de liberdade e, conseqüentemente, com os princípios da moralidade de Kant, na medida em que o ser humano não deve jamais ser tratado como mero objeto ou instrumento para a realização de fins alheios, devendo ser considerado como um fim em si mesmo. Tal necessidade demonstra, por sua vez, uma “evocação da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado”, principalmente quando a pessoa humana não for capaz ou não se encontre em condições de exprimir sua vontade, como é o caso dos absolutamente incapazes e das pessoas, por exemplo, involuntariamente submetidas a um tratamento médico ou a uma internação (SARLET, 2001).

Outra questão importante a respeito da dignidade consiste no fato de que a Constituição brasileira de 1988, ao referir-se a este princípio como fundamento da República Federativa do Brasil, relacionou-o à condição humana de cada indivíduo. Não obstante, porém, o caráter individual da dignidade, não há como negar a esse princípio uma necessária dimensão comunitária e social, justamente pelo fato de todos os seres humanos serem livres e iguais em dignidade. Conforme expõe Sarlet (2001), o pensamento kantiano sobre a moral constitui-se a base da ideia de dignidade atual, há uma necessária dimensão intersubjetiva e relacional da dignidade da pessoa humana. Assim, segundo Kant, na perspectiva de Sarlet (2001), o exercício da liberdade, expressão máxima da autonomia de vontade e, portanto, da dignidade humana, deve ocorrer dentro de uma sistemática, de tal modo que o respeito a si próprio e o respeito mútuo estão implicados no exercício dessa liberdade<sup>1</sup>.

Diante de todas as implicações envolvidas na ideia da dignidade e, além disso, levando em consideração a ambiência multicultural das sociedades contemporâneas, deve-se questionar sobre qual o critério mais seguro para uma definição do âmbito de incidência ou de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este foi elevado à categoria de norma jurídica pela Constituição de 1988<sup>2</sup>. Na perspectiva Sarlet (2001), o critério mais correto e seguro, na determinação do espaço de incidência desta norma constitucional é aquele que expõe: “ages de forma tal que tome o ser humano sempre como um fim e não como um meio”. Desse modo, conforme Sarlet (2001), a dignidade da pessoa humana poderá ser considerada atingida sempre que determinada pessoa for descaracterizada ou desconsiderada como sujeito de direitos.

Diante dessa perspectiva, diversa em parte da grande maioria dos intérpretes de Kant, sustenta que a dignidade humana está fundada não apenas na autonomia, como também na capacidade do ser racional de “dar-se fins e não tão somente na sua autonomia. A leitura mais estrita da dignidade, a qual é amplamente difundida entre os intérpretes de Kant, não faz jus à totalidade da doutrina moral kantiana” (SARLET, 2001). Por outro lado, segundo Weber (1999), tratar uma pessoa simplesmente como meio significa impedi-la de consentir com a forma como será tratada. É possível tratar

<sup>1</sup> Segundo Salgado, “Em nenhum momento afirmou Kant a existência de uma pura forma sem conteúdo, pois que isto seria o vazio sem significado para a sua filosofia. Toda forma, inclusive na moral, destina-se a um conteúdo. Isso é válido para a filosofia teórica e também para a filosofia prática. São conceitos que não se podem separar, pois que estão no fundamento de toda reflexão como inseparáveis no uso do nosso entendimento. Deve-se sempre notar que a ação moral é que está sendo explicada pelos princípios morais *a priori* e que estes ou a lei moral, geral e abstrata, não são o fim da ação moral, mas o seu fundamento. A lei moral tem de dar o motivo da ação para que esta seja moral, mas não o seu fim, o que caracterizaria um legalismo formal não condizente com o pensamento kantiano” (1986, p. 179).

<sup>2</sup> “(...) no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa” (SARLET, 2010, p. 18).

uma pessoa como meio desde que ela expresse seu consentimento, ou seja, desde que concorde com a ação do outro e que, simultaneamente, tenha conhecimento da intenção presente na própria ação.

### **Autonomia e dignidade**

Nessa linha de pensamento, pode-se evidenciar que Kant afirma que “a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. Não obstante, Höffe indaga: “Se, então, a autonomia é o fundamento da dignidade humana e de todo ser racional, essa, por sua vez, implica a exclusão de qualquer que seja o interesse externo ou motivo empírico da observação da lei e, assim, a plena e autêntica liberdade moral?” (1985, p. 23). O fundamento dessa pressuposição assenta-se sob a tese de que o princípio do ser humano como fim em si mesmo está intrinsecamente imbricado aos princípios fundamentais, enquanto deriva da autonomia da vontade e, através desta, da liberdade moral, ou seja, um dos três postulados da razão e cuja existência é conhecida por meio da lei moral.

Destarte, a autonomia e dignidade se imbricam entre si, pois a dignidade pode ser considerada o próprio limiar do pleno direito ao exercício da autonomia cuja sua dimensão está conexa com os princípios éticos. Portanto, há duas formas de autonomia, segundo interpreta Weber. A primeira remete-se a razão e a validação de maneiras de agir. A segunda faz menção e aplicação do imperativo e na qualidade de se transformar em lei universal. Por isso a razão é compreendida como legisladora universal. Para Kant, legislar universalmente remete-se ao “reino dos fins” da qual só participam seres racionais ou razoáveis. É nesta argumentação que encontramos a máxima exposição da liberdade e da dignidade (WEBER, 1999, p. 15).

Todavia, Kant expõe que a autonomia da vontade como sinônimo do princípio supremo da moralidade, ou seja, a autonomia da vontade é a personificação da lei em si. Desse modo, a autonomia da vontade são aquelas máximas que podem ser designadas como leis universais, exercendo a sua função autolegisladora. Por isso, cumprir a lei é o ponto central da concepção da liberdade autônoma em Kant. Sendo a razão prática o fator determinante da vontade. Tomando este argumento como ponto inicial, é possível afirmar que é através das formulações do imperativo categórico que a autonomia obtém o seu lugar de direito, a saber: possui ideia reguladora, pois apresenta-se a vontade como princípio supremo da moralidade.

### **Referências bibliográficas**

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. 3ª ed. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1986.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1980.

\_\_\_\_\_. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Tradução de Joãozinho Becken Kamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2012.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1986.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.



# A Fenomenologia e o Direito: um diálogo importante

Getúlio Nascimento Braga Júnior\*

"[...] Como atitude, o pensar fenomenológico visa à descoberta dos sentidos e dos significados dos objetos independentemente de todas as categorias explicativas. Como? Pela via da intuição e descrição e descrição de suas essências e suas conexões de sentidos. [...]".

Aquiles Côrtes Guimarães

## Resumo

A fenomenologia, enquanto doutrina, também como método, inaugura uma nova forma de pensar, de ver o mundo e a realidade, propondo uma retomada do paciente caminho filosófico em direção ao fundamento, a um solo originário, em uma tarefa na qual a suspensão do juízo ganha uma nova concepção. E na contribuição para o pensamento ocidental, a fenomenologia tem aprofundado estudos também no Direito, especialmente a partir da Filosofia do Direito.

## Abstract

*Phenomenology, as a doctrine, also as a method, inaugurates a new way of thinking, of seeing the world and reality, proposing a resumption of the patient's philosophical path towards the foundation, to an original soil, in a task in which the suspension of judgment gains a new conception. And in the contribution to Western thought, phenomenology has also deepened studies in Law, especially from the Philosophy of Law.*

**Palavras-chave:** Fenomenologia. Direito. Fundamentos.

**Keywords:** *Phenomenology. Law. Fundamentals.*

O pensamento ocidental, mesmo o não filosófico, sugere caminho de aperfeiçoamento do processo civilizatório, mas que também apresenta permanentes incongruências derivadas da precipitação natural do pensamento objetivo e prático. A presunção de se haver portador do conhecimento é associada à capacidade de afirmação e de certeza que o sujeito nessa condição assume e seu interlocutor acolhe. A confiança no sujeito que exerce o juízo ou no objeto sobre o qual se lança o olhar já

---

\* Doutor em Filosofia IFCS/UFRJ. Professor na UNESA, na UCAM e no Ibmec.

configurou a palavra de ordem. E, para instituir seus empreendimentos em certificação e reconhecimento, os juízos subjetivos foram alçados ao pensamento mais sofisticado, com a denominação amplamente publicada e acolhida de pensamento científico. O ponto de inflexão se dá ao perceber que a própria ciência não só não porta todo conhecimento, como, também, o conhecimento que ela disponibiliza pode não ser absoluto ou definitivo, embora amplamente aceito. É a atitude do sentimento ingênuo de simplesmente aceitar verdade publicamente reconhecida com uma confiante convicção, como nos compartilha Hegel no seu prefácio de *Princípios da Filosofia do Direito*. O autor da *Fenomenologia do Espírito* ainda segue em descontentamento com a fala de um filósofo em uma solenidade pública em que o mesmo convoca o saber a partir das impressões e entusiasmos irrefletidos, que tal estatuto se dá numa sabedoria frágil que consiste em fundamentar a ciência nos sentimentos imediatos e na imaginação contingente, longe do importante rigor em relação aos conceitos (Hegel, 1997). Naturalmente marcada pela maturidade, a ave de minerva levanta voo quando as sombras da noite começam a cair (HEGEL, 1997). Não há inércia nem dormência. Por outro lado, um grande número de pessoas parece seguir com tranquilidade para o anoitecer que julgam deflagrado por um dia pleno. A figura do saber compreende uma metáfora hegeliana que compõe o prelúdio deste breve texto, apontando para a postura que reflete o pensamento fenomenológico que irá mover o entendimento e o enfrentamento maduro de pontos preliminares, mas importantes no mundo do pensamento ocidental e, naturalmente, também no estudo do Direito, aqui destacando, o pensamento fenomenológico como referência.

A fenomenologia, entre outros modos de apreensão, é compreendida como forma de saber, como atitude, como método. O captar de possibilidades que assim também descreve essa escola filosófica, a fenomenologia propõe uma investigação rigorosa que questiona até a própria Filosofia, por esta última haver se portado imprópria para consigo nos últimos séculos, na medida em que se distanciara do rigor que moveu o espírito humano da inércia e da passividade. Edmund Husserl tem exatamente essa preocupação em sua *A Filosofia como Ciência de rigor*. Nesta obra, o pai da Fenomenologia traz ao debate intelectual do ocidente a mesma inquietação do início deste parágrafo quando se presume que o conhecimento produzido é confiável e definitivo. Husserl reapresenta a cara expressão filosófica e fundamental na fenomenologia – a suspensão do juízo – com papel importante na proposta de retomada paciente do caminho de retorno a um solo fundamental sobre o qual poderíamos, então, seriamente começar. O professor Aquiles Côrtes Guimarães, sempre atento à história das ciências e do pensamento ocidental junto aos seus estudos filosóficos e jurídicos, relembra que o projeto fenomenológico nasceu no seio de uma crise epistemológica (GUIMARÃES, 2005) e que a atitude fenomenológica é infensa ao causalismo que criou redundâncias no espírito ocidental de forma a iludi-lo em uma visão de verdades objetivas e definitivas sobre a dinâmica entre o sujeito e o objeto.

O Caminho da fenomenologia em direção ao Direito percorre as vias de uma visão também antepredicativa quando esta é aquela que se coloca para além da

positividade entendida, esta última, imposta pelo seu próprio caráter positivo, por força de uma configuração em que a legalidade é a garantia de legitimidade, embora falar em princípio da legalidade na conjuntura jurídica atual requer novo cuidado em razão da referência que os termos fundamento e fundamentação requerem, além, naturalmente, dos aspectos práticos aplicados nas instituições e da insegurança jurídica. Entretanto, não há dúvidas sobre a distinção, ao menos conceitual, entre a legitimidade e a legalidade. Os termos não se confundem e sua fusão ou junção equivocada pode produzir um prejuízo desde as mais modestas relações da sociedade civil à segurança jurídica do Estado de Direito. Deste modo, não seria forçoso dizer da fundamental importância do estudo fenomenológico para consolidação de um direito mais justo se seus institutos têm atravessado uma volatilidade perigosa, não se tratando de uma transigência resultante de um maduro processo dialético entre o *que é* e o que se quer, mas de um apressado *juízo* que expressa claramente o desprezo pelo íterim necessário para transitar com maior segurança entre a experiência imediata e a experiência compreendida, o que não seria enganoso também dizer como sendo sutil referência o utilitarismo anglo-americano, mas que não será possível abordar nesta reflexão. É justamente o *que é* para onde se volta a fenomenologia dirigida ao Direito. Há uma essência no ambiente de mudanças inelutáveis e velozes. Considerar a hipótese de que não seria descuidado. E, para referenciar o período clássico, assim como um filósofo que exerceu, com frequência, a suspensão do juízo, Sócrates procurava conceitos puros como beleza, justiça e, para tanto, podemos mencionar ou traçar um paralelo com a questão da beleza, por exemplo, porque quando digo “a flor é bela!” Mas o que é o belo? O belo não é a flor, não se confunde com a flor, ele é um conceito próprio, mas a confusão é frequente. Ambos são conceitos distintos, ainda que um possam se conjugar um com o outro. É preciso, então, compreender que há distinção, o que é cada um e como se constitui essa interação, envolvendo o mundo circundante pelo papel da consciência intencional que compreende a essência dessa interação. Por uma apresentação e sem maiores abordagens, por não ser o propósito aqui, aprofundar, mas dialogar inicialmente, aproximamos a fenomenologia de uma compreensão preliminar e, com uma especial, mas também inicial aproximação do Direito. A fenomenologia abrigará, sempre, uma responsabilidade de rever os passos e repensar o conhecimento, a ciência e até mesmo a Filosofia. Com efeito, toda produção do espírito humano, inclusive o Direito será também objeto inevitável de seu enfrentamento. Naturalmente, que ela possui um sistema, categorias, conceitos, classificações, mas que podem ser pouco a pouco estudadas, uma vez que, desde a sua fundação, a fenomenologia traz uma preocupação com a reinvestigação permanente de suas próprias conclusões e é também a si que se aplica o afirmado no início dessa abordagem aproximada, isto é, a fenomenologia é também uma retomada paciente de um caminho de retorno a um solo fundamental e originário sobre o qual, enfim, poderíamos, seriamente começar.

## **Bibliografia**

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederic. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Trad. Albin Beau. Coimbra: Ed. Coimbra, 1965.

# John Rawls e os princípios de justiça: algumas aproximações conceituais para o jurista contemporâneo

Marcelo Machado Costa Lima\*

John Rawls (1921-2002) é considerado, mesmo pelos seus opositores, um autor incontornável e permanece sendo um dos mais influentes filósofos políticos do nosso tempo, com inequívocas contribuições, inclusive ao direito. Em *Uma Teoria da Justiça*, sua obra mais conhecida, ofereceu grande colaboração ao debate central da Filosofia Política contemporânea, sendo que algumas das formulações teóricas ali propostas reverberam com grande força nos dias atuais. Na referida obra encontramos algumas características que embasam o pensamento rawlsiano, como, por exemplo: a) sua conexão íntima em pontos fundamentais com o pensamento kantiano (PILON, 2002, p. 70); b) o cariz (neo)contratualista (RAWLS, 1993, p. 33) KUKATHAS; PETTIT, 2004, p. 31 e ss.); e c) a assunção de ataque às concepções utilitaristas (RAWLS, 1993, p. 40).

Um dos pressupostos fundantes para Rawls, retomando uma questão kantiana, é considerar a prioridade do justo sobre o bem (RAWLS, 1993, p. 341 e ss.), já que este se modifica de indivíduo para indivíduo e de grupos para grupos. O papel fundamental da filosofia política na Modernidade é de estabelecer princípios de justiça que possam regular a vida em comum de indivíduos que estão profundamente divididos em suas concepções de bens. Neste sentido, a questão que move Rawls é a seguinte: “como é possível que exista durante um período prolongado de tempo uma sociedade justa e estável, de cidadãos livres e iguais, profundamente divididos por doutrinas abrangentes (sejam elas filosóficas, religiosas ou morais)?”

Rawls diz que é necessário que o filósofo político hoje reconheça como um pressuposto a inexistência de um acordo prévio do que venha a ser esse bem humano. Afinal, sobre a forma mais nobre e excelente de vida (tese cara aos comunitaristas) é algo que os indivíduos tendem *mais ao desacordo do que ao acordo*. Charles Larmore, importante filósofo americano com atuação nos campos da moral e política, chega a afirmar que, ao longo de uma vida, nós próprios, individualmente, alteramos nossas concepções do que venha a ser uma vida boa (apenas para tornar claro esse argumento, basta pensar em quantas pessoas que conhecemos que já mudaram de religião, às vezes, mais de uma vez).

---

\* Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi “G.D’Annunzio” Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor no curso de Direito do Ibmec-RJ.

## Pressupostos básicos da Filosofia Moral de Rawls

Para compreendermos o percurso filosófico de Rawls e sua importância nas várias áreas do campo filosófico em geral, devem-se levar em conta três pressupostos básicos da sua Filosofia Moral, política e jurídica e que hoje são aceitos pela maior parte dos denominados juristas pós-positivistas. São elas: a) a escassez; b) o fato do pluralismo; e c) as duas capacidades morais intrínsecas do indivíduo, mais especificamente, a racionalidade e a razoabilidade.

No que se refere à escassez, Rawls concorda com a perspectiva político-econômica daqueles que entendem que a totalidade dos recursos a serem distribuídos em uma sociedade é menor do que a demanda. Nesta linha, trata-se do reconhecimento, por Rawls, de que a questão da justiça não se coloca no interior de um regime de abundância, mas se coloca sempre em meio a um regime de escassez. Como os recursos a serem distribuídos são sempre inferiores às demandas dos indivíduos, Rawls reconhece haver um conflito permanente entre os bens de toda a sorte (moderadamente escassos) e o desejo ilimitado de posse por parte dos indivíduos.

O segundo pressuposto básico de sua Filosofia moral, política e jurídica é o reconhecimento do fato do pluralismo. Para Rawls, o fato do pluralismo é o reconhecimento (e não o julgamento) da existência de um desacordo profundo e irreduzível entre as concepções de bem viver defendidas por indivíduos e grupos que compõem uma sociedade democrática moderna. O fato é que habitamos em sociedades cuja característica central é o pluralismo intenso. Enquanto os sistemas de valores tradicionais clássicos e medievais pressupunham uma coletividade como fonte das obrigações morais e políticas (e podemos acrescentar aqui também as jurídicas), os princípios fundadores de uma ordem moderna são os da liberdade individual e da igualdade de todos os indivíduos.

Observe-se que, quando se comparam as ordens morais e políticas tradicionais (nas sociedades antigas e medievais), por um lado, e modernas (e aqui estamos nos referindo às sociedades pós-tradicionais que começa a ter maiores contornos a partir do Século XVII), de outro, o que devemos ter em vista é que as primeiras possuíam justamente aquilo que será problemático na Modernidade. É que a filosofia política tradicional clássica tinha como tarefa fundamental a identificação de uma espécie de bem supremo e, de acordo com esse bem, seria, aí sim, possível definir a forma de organização política que melhor conduziria o homem à realização do modo mais excelente de vida humana.

Para os modernos, entretanto, a liberdade e igualdade são valores morais fundamentais, apesar de sua difícil articulação. As ideologias que vão imperar no Séc. XX são tributárias do pensamento dos Séculos XVIII e XIX, pois se o liberalismo capitalista relaciona-se mais adequadamente à ideia de liberdade, o coletivismo marxista liga-se de forma mais afinada à ideia de igualdade. Essas correntes, em geral, alavancaram um desses princípios em detrimento do outro. Nesse sentido, um dos problemas que exsurtem no âmbito da ordem moderna é exatamente aquele que se refere à possibilidade, ou não, de haver articulação entre esses dois princípios.

O terceiro pressuposto a que fizemos referência diz respeito ao que Rawls afirma ser as *duas capacidades morais intrínsecas do indivíduo: a racionalidade e a razoabilidade*. Ou seja, cada sujeito é capaz de escolher, modificar e tentar realizar sua própria noção do bem, por um senso de justiça. Ou seja, é capaz de compreender, de aplicar e de agir segundo esses princípios e não apenas em conformidade com eles. Essa distinção entre “agir segundo um princípio” e “agir em conformidade a um princípio” Rawls busca na obra kantiana *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, quando o filósofo alemão distingue os campos da moralidade e da legalidade. A legalidade exige de cada indivíduo simplesmente a conformidade com as normas, enquanto a moralidade é uma capacidade humana de pensar os móveis (as causas) da ação.

Melhor explicando: enquanto a legalidade exige de nós uma conformidade extrínseca às normas, a moralidade aponta para uma conformidade prática, que é capaz de ajuizar se uma ação é realizada pelo cumprimento estrito do dever ou simplesmente uma adequação externa ao dever. É a diferença entre aquiescer a uma norma pelo medo da sanção do direito estatal e aquiescer a uma norma por estar suficientemente motivado para segui-la, ou seja, por estar convencido que aquela norma representa um comando justo produzido pelo poder público. Essa diferença é fundamental quando se enfrenta a questão da legitimidade de um sistema jurídico.

De qualquer forma, estas duas faculdades da personalidade – racionalidade e razoabilidade – consistem na capacidade de eleger uma vida digna (racionalidade) e de respeitar os termos equitativos da cooperação social (razoabilidade). Baseado nestes pressupostos, Rawls vai dizer que a ordem moral e política moderna funda-se em princípios de justiça nos quais indivíduos razoáveis (que são capazes de elaborar princípios gerais) e racionais (que são capazes de calcular as vantagens e desvantagens de suas ações) podem chegar a um acordo, desde que sigam um método, ao qual Rawls vai dar o nome de posição original.

Por essa razão consideramos ser este o momento adequado para indicarmos os pontos em que a teoria de Rawls inova. Tais inovações situam-se, principalmente, em três elementos da sua concepção. São eles:

- a) o *objeto* da sua teoria, constante, principalmente, na obra *Uma Teoria de Justiça*, que é a apresentação de uma *estrutura básica da sociedade* justa;
- b) o *método de apresentação*, que receberá o nome de *posição original*;
- c) o *conteúdo da concepção* política da justiça, que vai se expressar em termos de *princípios* aceitáveis por pessoas livres e iguais.

Tratemos de cada um deles.

### **a) Estrutura básica da sociedade – perspectiva do objeto**

A estrutura básica da sociedade, segundo Rawls, é formada pelas principais estruturas políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, que se encaixam no sistema unificado de cooperação social. Elas acabam por serem as responsáveis pela

distribuição dos ônus e bônus decorrentes da vida em comum. É a forma como as instituições distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação social que define a estrutura básica de uma sociedade. Aqui já se pode enxergar um princípio para elaboração (distribuição) de direitos fundamentais que leva em conta a racionalidade e a razoabilidade dos indivíduos que propõem tais direitos.

Para Rawls, essa distribuição deve ser justa, pois “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento”. Assim, da mesma forma que uma teoria do conhecimento deve ser rejeitada se não for verdadeira (ainda que seja esta uma teorização elegante, bem elaborada), as teorias estabelecidas no campo da práxis, mesmo que eficazes e bem concebidas, devem ser rejeitadas se forem injustas. Ou seja, além de funcionar, há um incontornável compromisso dessas teorias com a justiça. Nesta perspectiva, observamos como uma teoria jurídica rawlsiana rejeitaria um direito que não trouxesse em seu bojo a possibilidade de contemplar o ideal de justiça (entendida esta como equidade, o que a afastaria de uma compreensão positivista de justiça).

### **b) A posição original**

A situação da posição originária é fruto de um experimento arquitetado por Rawls a fim de tornar plausíveis os critérios de justiça que deveriam informar leis e instituições. Aqui é que ele se revela um neo-contratualista, não mais vinculado ao modelo de estado de natureza (Hobbes, Locke e Rousseau), porém à chamada *original position*.

Segundo este método, se algum indivíduo implicado no processo de determinação dos termos contratuais a vigorar na futura sociedade soubesse, anteriormente, qual será no futuro sua posição, ou a de seus inimigos, é previsível que se incline pela proposta cujos critérios de estruturação da sociedade se fundamentem em bases vantajosas para si próprio e seus amigos, bem como desvantajosa para seus inimigos.

Para evitar tais inconvenientes, Rawls propõe a teoria da posição originária. Trata-se de uma proposição, sabidamente contrafática, que proporia que os indivíduos encarregados de elaborar os princípios de uma sociedade o fizessem usando o chamado véu de ignorância, o que significa dizer que ninguém sabe nada de si próprio nem dos outros (amigos e inimigos), de forma que a única escolha possível será a que contemple ao máximo todos os membros da sociedade, estejam estes em que situação fosse.

Assim, não pode aquele que se encontra na posição original conhecer qualquer tipo de atributo natural, físico ou psicológicos tais como talento, dons, capacidades. Também não poderiam conhecer a sua posição sócio-econômica (pobre, rico, classe social, nível educacional). Não poderiam nem mesmo saber sobre que concepções de bem e projetos de vida teriam. Referimo-nos aqui, por exemplo, a sua religiosidade

(ou ausência desta), suas inclinações no campo da sexualidade, entre outros. O uso do véu de ignorância tem por propósito garantir a imparcialidade (termo caro a Rawls), assegurando tratamento equânime no processo de escolha de princípios universais de justiça. Essa é a razão por que a teoria de Rawls se chama “justiça como equidade” (*justice as fairness*). Feitas essas considerações, já nos é possível analisar o que informam os princípios, segundo Rawls, extraíveis, da posição original.

### Os princípios de justiça

Na base da proposta dos princípios que constituem a “estrutura fundamental da sociedade”, tópico acima analisado, há, então, um “contrato” – daí Rawls ser considerado um neo-contratualista – acordado entre os indivíduos desta sociedade, no qual se comprometem a seguir determinados princípios, abaixo discriminados.

Lembramos que esses princípios são propostos por indivíduos em um momento originário (que não interessa quando é, pois se trata de um quadro meramente teórico) no qual estavam submetidos ao “véu de ignorância”. Esses princípios, como veremos, se relacionam à liberdade e à igualdade, dois valores morais fundantes da ordem política moderna.

Assim, a teoria de Rawls traz como elemento capital a proposta de fundir estes dois valores. Por isso, diz-se que o filósofo americano defende um liberalismo igualitarista ou uma espécie de igualitarismo liberal. Ou seja, a igualdade não pode ser conquistada ao preço da liberdade e, tampouco, a igualdade em detrimento da liberdade. Segundo Rawls, o objeto do contrato são dois princípios de justiça (sendo o segundo subdividido em dois subprincípios), que acabam por embasar algumas das mais modernas concepções de ordem democrático-constitucional. São eles:

- 1) Princípios da igual liberdade;
- 2) a - Princípio da Diferença;
- 2) b - Princípio Igualdade de oportunidades.

### O primeiro princípio: “O princípio da igual liberdade”

Este princípio afirma que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas, que seja compatível com o sistema semelhante de liberdade para todos.” Como se vê, ele valoriza fundamentalmente as liberdades individuais que devem ser iguais para todos, servindo para fundamentar o princípio da universalidade dos direitos fundamentais (ou pelo menos no que se refere aos direitos de primeira geração). Citem-se como exemplos desse tipo de liberdades a liberdade de pensamento e consciência, a liberdade de palavra e de reunião, a liberdade de detenção arbitrária, a liberdade política, entre outras. Neste caso, tem o sistema jurídico, por intermédio das constituições e leis a função de garantir o uso livre destas liberdades, sendo as de consciência e pensamento as prioritárias na visão de Rawls, já que absolutamente irrenunciáveis.

Um problema decorrente é saber se deve ser garantida, também, liberdade a grupos políticos (ou mesmo indivíduos) intolerantes que defendam doutrinas de supressão às liberdades constitucionais, em direção contrária ao Estado democrático. *Ou seja, deve-se ser tolerante com os intolerantes?* O problema é de grande complexidade, já que o sistema de liberdade poderia estar implicitamente aceitando uma cláusula para sua própria autodestruição. Todavia, Rawls, abrindo amplo espaço para o uso das liberdades, afirma que apenas nos casos em que a segurança dos tolerantes seja posta em perigo poderia ser aceita a intolerância contra os intolerantes, pois “quando a Constituição é salva, não há mais nenhuma razão para se negar a liberdade aos intolerantes”.

### **O segundo princípio e a busca pela mitigação das desigualdades socioeconômicas**

Se o primeiro princípio trata de forma mais explícita dos direitos de liberdade, o segundo volta suas vistas mais contundente para a igualdade. E o faz a partir de dois subprincípios, chamados por Rawls de princípio da diferença (*maximim*) e princípio da igualdade de oportunidades. Basicamente, tratam estes princípios das desigualdades econômicas e sociais de forma que:

- a) garantam os maiores benefícios possíveis aos menos favorecidos (princípio da diferença);
- b) estejam vinculados a tarefas e posições acessíveis a todos em circunstâncias de justa igualdade de oportunidades (princípio da igualdade de oportunidades).

### **O princípio da diferença**

Um dos pressupostos de Rawls é que as desigualdades na distribuição da renda são injustas quando não beneficia todos, principalmente os mais desfavorecidos. No princípio da diferença (*maximim*), a ideia defendida é a de que a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerarem maior benefício para os menos favorecidos.

Isto quer dizer que se uma determinada lei viesse a limitar as perspectivas dos mais favorecidos, sendo que, concomitantemente, tal lei acabasse por causar dano para os desfavorecidos, a norma seria injusta. Da mesma forma, se uma lei que tivesse por objetivo causar benefícios aos mais favorecidos e, por via de consequência transversa, melhorasse as perspectivas dos menos favorecidos, essa lei não seria injusta.

Para o princípio da diferença só são permitidas as desigualdades que maximizam o mínimo. Como afirma Marcos Patriarca, “o princípio da diferença impõe que o verdadeiro indicador da maximização não é a melhoria das condições de toda a sociedade, mas a melhoria da posição dos mais fracos”, esta sim determinante na avaliação do grau de justiça de uma sociedade. É neste sentido que seu pensamento se afasta completamente dos pensadores utilitaristas, conforme já dito acima. Isto porque, relembando, entenderiam os utilitaristas que um sistema justo é aquele

que oferece o maior bem ao maior número de indivíduos, sendo que as minorias desfavorecidas estariam condenadas a aceitar sua exclusão.

### O princípio da oportunidade justa

Este princípio estabelecido informa que as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades. Ou seja, um sistema justo só o será se aqueles que estão em condições menos favoráveis na sociedade, tiverem iguais condições de oportunidade em relação aos demais membros, de acessarem os diferentes cargos e posições a serem ocupados pelos indivíduos. Sem dúvida, o tão em voga sistema de cotas nas universidades e nos cargos públicos, deriva diretamente desta concepção principiológica de sociedade justa estabelecida por Rawls.

### Bibliografia

- BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia Del diritto*. Bologna: Mulino, 2004.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Contemporânea. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Rawls e il diritto. In: *La giustizia in toga*. Bari: Laterza, 2010, p. 262-283.
- GARGARELLA, Roberto. *Las Teorias de La justicia después de Rawls*. Um breve manual de filosofia política.
- KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *La teoría de justicia de John Rawls y sus críticos*.
- MAFFETONE, Sebastiano. *Introduzione a Rawls*. Bari: Laterza, 2010.
- PILON, Almir José. *Liberdade e Justiça*. Uma introdução à Filosofia do Direito em Kant e Rawls. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça e equidade*. In: *A ideia de justiça em Platão a Rawls*. MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Fundamentos, 1993.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. De Freud à atualidade. Vol. 7. São Paulo: Editora Paulus, 2006.
- WACKS. *Philosophy of Law*. New York: Oxford, 2006.



# Pandemia, degradação social e economia da morte

Renato Nunes Bittencourt\*

## Resumo

O artigo aborda, na vigência da pandemia da COVID-19, a manutenção da lógica do mercado perante as demandas sociais e de que maneira o consumismo se reconfigura como um mecanismo social de opressão e de ostentação perante o restante da sociedade.

## Abstract

*The article discusses, during the COVID-19 pandemic, the maintenance of the logic of the market in the face of social demands and how consumerism is reconfigured as a social mechanism of oppression and ostentation before the rest of society.*

**Palavras-chave:** Pandemia. Sociabilidade. Economia. Consumo.

**Keywords:** *Pandemic. Sociability. Economy. Consumption.*

A difusão pandêmica da COVID-19 e sua inerente catástrofe global não apenas exigiu esforços técnicos de profissionais da saúde e cientistas para a mitigação dos seus males entre os povos de nosso planeta, mas também a capacidade de análise imediata de pesquisadores das ciências humanas/sociais acerca dos problemas concretos gerados por essa insólita situação que quebrou nossa vazia normalidade cotidiana. Conceitos como assepsia, distanciamento social e isolamento social foram apropriados pela agenda midiática, tornando-se palavras corriqueiras da ordem do dia e certamente se consolidarão nos estudos filosóficos, psicológicos, antropológicos, sociológicos, jurídicos etc. Análises sobre biossegurança e políticas epidemiológicas se tornarão assim ainda mais um grande filão acadêmico para os estudos interdisciplinares.

São inegáveis os diversos transtornos que os cuidados sanitários decorrentes dos efeitos de uma pandemia tão agressiva causam na esfera social. Mudanças repentinas de hábitos, temor de contato interpessoal, diminuição da liberdade de circulação social, aplicação de medidas higiênicas que transitam entre o usual e o paranoico. Com uma razoável licença conceitual, podemos afirmar que estamos sob as normas de um novo contrato social. Se outrora, em nossa moderna sociedade

---

\* Doutor em Filosofia pelo PPGF-UFRJ. Coordenador do Curso de Administração da FACC-UFRJ.

de insegurança, vivíamos sob os signos da incerteza, do medo e da precariedade perante um modelo existencial marcado pela ameaça da penúria, da exploração laboral e da violência ubíqua, somamos ao nosso lastro de desajuste civilizacional o temor global da contaminação viral. Conforme os infelizes fatos comprovam, a COVID-19 não é uma simples gripe e possui elevado poder de letalidade não apenas para os pretensos grupos de risco, mas para pessoas de todas as condições de saúde. Buscamos ainda respostas científicas para compreender todos os seus meandros e, assim, quiçá controlar sua curva pandêmica, e, enquanto esse feliz momento não se conquista, medidas basilares acima mencionadas (asepsia, distanciamento social e isolamento social) são procedimentos que nos afastam relativamente dos riscos pandêmicos: “Precisamos aprender a viver em um mundo viral. É necessário reconstruir, dolorosamente, um novo mundo da vida”. (ZIZEK, 2020, p. 125)

A experiência do tempo livre e do ócio, tão ansiadas na vida prosaica daqueles que são submetidos ao ritmo de atividades laborais estressantes, é de alguma forma recomposta na situação pandêmica da COVID-19. Longos períodos sem sair de casa, exceto talvez para as ditas atividades essenciais (idas na farmácia, mercado, eventuais consultas médicas), certamente é um fator de angústia existencial, caso a pessoa não consiga lidar adequadamente com essa margem de tempo disponível sem fazer algo considerado como “produtivo”, o que já é um fator de discussão, pois o que compreendemos como “produtivo”? Para quem já apresentava um padrão de vida mais recluso, quiçá monástico, o isolamento social não é deveras aterrador. A vivência doméstica pode fornecer ao sujeito uma diversidade de prazeres absolutamente legítimos: “A principal tarefa é estruturar sua vida cotidiana de maneira estável e dotada de sentido”. (ZIZEK, 2020, p. 112)

Talvez o grande debate ético e político que a difusão da COVID-19 estimula resida na necessidade imperiosa de cumprirmos as recomendações sanitárias enunciadas pela OMS conforme os seus rigorosos critérios técnico-científicos, procedimentos que cuidadosamente adotados proporcionam maior segurança sanitária não apenas para o indivíduo precavido, mas também para terceiros ao nosso redor. Nessas circunstâncias, um problema sanitário não se resolve na esfera individual, mas na dimensão social. Por isso mantermos restrições de deslocamento e circulação não é a morte da política, mas a sua afirmação mais genuína, pois ansiamos que, após uma eventual vacina contra a COVID-19, possamos retornar ao modo de vida de outrora, ainda que com os traumas e anseios resultados de experiência tão desagradável: “Abster-se de apertos de mãos e isolar-se quando necessário é a forma atual de solidariedade”. (ZIZEK, 2020, p. 81)

Na realidade brasileira, constatamos que o enfrentamento da COVID-19 esbarra na ação deletéria de demagogos, negacionistas e ideólogos anticientíficos, procedimentos escusos que prejudicam consideravelmente os esforços epidemiológicos e o abnegado trabalho dos profissionais de saúde. Mediante difusão de informações falsas e estimuladoras do ódio político, essas figuras consideram violação das liberdades individuais as medidas restritivas de circulação social, que visam justamente, após esse tormentoso momento, proporcionar o retorno ao

nosso padrão social de outrora. Trata-se assim de um sacrifício momentâneo para que possamos talvez viver melhor depois. Contudo, essas figuras autoritárias e antissociais escamoteiam o fato de que os direitos individuais não se sobrepõem aos interesses coletivos, e as ações epidemiológicas recomendadas por especialistas da área são absolutamente técnicas e não decorrem de interesses politiquieiros. No entanto, as erráticas ações presidenciais, atreladas aos famigerados esforços obscurantistas de desinformação pública inevitavelmente, produzem situações caóticas, potencializando nas massas de apoiadores fanáticos a descrença acerca da gravidade pandêmica. Como ação simplista, é mais fácil se indicar, sem sólido embasamento científico, uma panaceia como solução para a cura da COVID-19, como a alardeada cloroquina, para maior satisfação da indústria farmacêutica e seus acionistas.

Percebemos cada vez mais o embate entre a dignidade humana e a lógica do mercado em sua acepção ultraliberal, que não hesita em se acoplar aos parâmetros mais antissociais na sua sanha por rentabilidade. Por conseguinte, vidas são colocadas em risco para que a estrutura do mercado seja abruptamente reaberta e assim o governo federal não necessite realizar seu papel de intervenção econômica e de providência social para mitigar a diminuição da produção de bens e a perda de renda de diversos setores da população brasileira. Para insatisfação da lógica do mercado, as medidas restritivas impostas pelas ações sanitárias de contenção da COVID-19 exigiram a suspensão temporária de algumas atividades comerciais, gerando perda de renda de grande parte de nossa população. Porém, as pressões de setores empresariais pela reabertura da economia sabotaram os esforços epidemiológicos, impedindo assim o achatamento da curva pandêmica. A grande palavra de ordem do sistema mercadológico é flexibilização, não apenas dos direitos fundamentais, mas também das medidas de controle sanitário. O lobby empresarial exige que lojas de varejo, shoppings, bares, restaurantes e demais serviços sejam reabertos e as pessoas possam frequentar esses espaços de consumo, de sociabilidade e de entretenimento, ainda que seguindo as normas de segurança (uso de máscara, aferição de temperatura corporal, higienização das mãos). Tais procedimentos reconfiguram positivamente os aspectos mais concretos da sociedade disciplinar, o que, em uma emergência sanitária, são fundamentais para a saúde social. Entretanto, poucos empresários e comerciantes estão cumprindo adequadamente as medidas de precaução determinadas pelas autoridades competentes, talvez por causa dos maus exemplos exibidos por líderes políticos grosseiramente incompetentes.

Apesar do elevado índice de mortos pela COVID-19, diversos segmentos sociais permanecem antipáticos em relação aos fatos tenebrosos com os quais convivemos diariamente. Essa situação devastadora exige reflexão sobre o nosso modo de vida estabelecido e mesmo uma capacidade respeitosa de experimentar o luto diante de perdas humanas. Infelizmente as demandas narcísicas, hedonistas e individualistas se afloram em relação aos necessários esforços republicanos por sobriedade, solidariedade e continência dos nossos anseios por circulação social e

pela realização dos sôfregos atos de consumo. Por isso vemos as inclinações egoístas predominarem em relação ao restante da sociedade. A sanha pela satisfação do gozo é mais importante do que a contenção da COVID-19. No fundo o que se celebra nas idas aos bares, restaurantes e nas compras fúteis em shoppings é a morte, por mais paradoxal que isso seja. Coloca-se em risco não apenas a própria vida, mas também a de outrem, pois há evidências de que a contaminação pela COVID-19 pode ocorrer pela difusão de partículas de fluidos pelo ar. Dessa maneira, a fruição do gozo de um cidadão que atrela sua honorabilidade ao ritual de consumo é completamente responsável pela morte de uma outra pessoa atingida pelo coronavírus. Para o sujeito que sofre por não dar vazão aos seus desejos ordinários por decorrência da suspensão dos serviços de consumo social, tais restrições são prisões. Conforme argumenta Bauman,

Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do gozo consumista, os deixados fora como um “problema”, como a “sujeira” que precisa ser removida, são consumidores falhos – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de serem “indivíduos livres” conforme o senso de “liberdade” definido em função do poder de escolha do consumidor. (BAUMAN, 1998, p. 24).

Não pretendemos condenar moralmente o direito ao gozo. Não é essa a questão em pauta. Todavia, é indecente que perante tamanha convulsão social gerada pela pandemia da COVID-19 tenhamos pessoas irresponsáveis que façam da satisfação dos apetites sensíveis e dos desejos de compra o motor das suas vidas. Frequentar locais que apresentam grande concentração humana, no período pandêmico, é uma tentativa autoritária e impetuosa de se demonstrar superioridade em relação às pessoas precavidas e conscientes dos riscos sanitários da exposição continuada em ambientes públicos com elevada carga viral. Talvez para as pessoas que não sofreram com a perda de renda, consumir bens supérfluos ou satisfazer prazeres gastronômicos seja uma maneira não sublimada de ostentar para o restante da sociedade seu poder aquisitivo, como uma espécie de audácia pequeno-burguesa em um mundo desprovido de genuína grandeza moral. Para pessoas que somente se sentem dotadas de valor e de significação social quando sabem que estão em situação melhor do que muitas outras em franca penúria, exibir os seus dotes de consumo é uma efetiva compensação moral para camuflar tamanha pobreza espiritual. Para Erich Fromm:

Em resumo, consumir é uma forma de ter, e talvez a mais importante da atual sociedade abastada industrial. Consumir apresenta qualidades ambíguas: alivia ansiedade, porque o que se tem não pode ser tirado; mas exige que se consuma cada vez mais, porque o consumo anterior logo perde a sua característica de satisfazer.

Os consumidores modernos podem identificar-se pela fórmula: eu sou = o que tenho e o que consumo. (FROMM, 1987, p. 45)

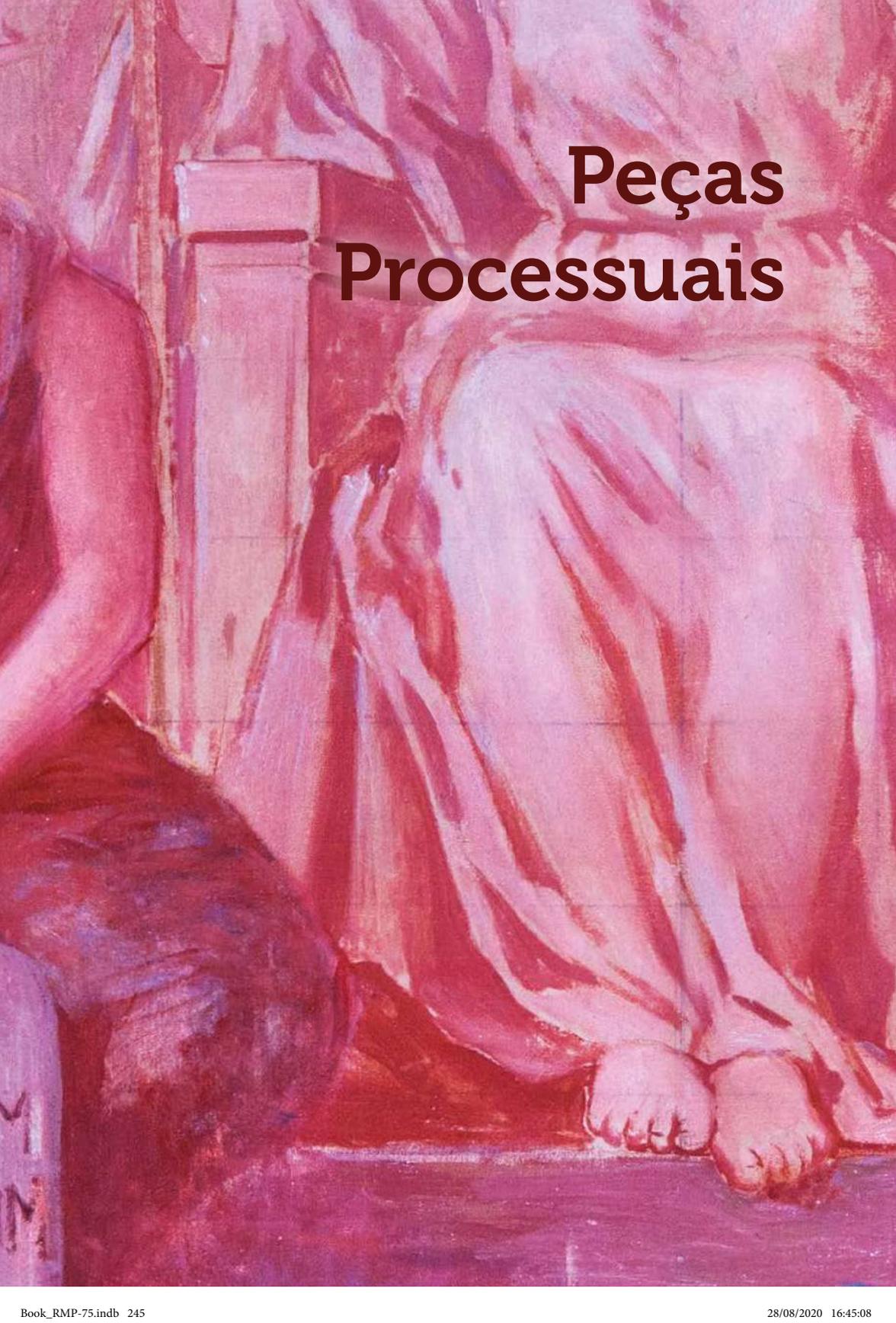
Vivemos sob uma espécie de regime autoritário do gozo, no qual o sujeito de consumo é obrigado a ser feliz. Ora, a felicidade não se conquista através de adições, ou, como dizemos coloquialmente, a “felicidade não se compra”. Ainda que o poder financeiro e a afluência de bens materiais nos proporcionem maior conforto material e razoável controle sobre nossa forma de vida na economia capitalista, a felicidade não é adquirida pela satisfação dos desejos materiais; trata-se apenas de um prazer sensível, legítimo, caso não afete a vida de terceiros ou cause malefícios para o meio ambiente, circunstâncias, no entanto, cada vez mais raras em uma dinâmica econômica regida pela obsolescência dos bens materiais. O consumo torna-se assim um projeto competitivo, bastante conveniente, certamente, para toda a estrutura econômica capitalista. Mesmo com todos os desastres sociais, comprar se torna um procedimento muito importante para a manutenção de nosso *status quo* mercadológico. A humanidade está deprimida por uma pandemia, mas se eu posso consumir nos espaços públicos temerariamente reabertos, por que não o fazer? Esse é o questionamento do sujeito autocentrado, idiotizado, incapaz de se solidarizar com as dores do mundo. Em uma sociedade desajustada, talvez a maior virtude seja se comover.

### Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- FROMM, Erich. *Ter ou Ser?* Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1987.
- ZIZEK, Slavoj. *Pandemia: COVID-19 e a reinvenção do comunismo*. Trad. de Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2020.



Detalhe da imagem da capa



# Peças Processuais



## Pareceres

• • •

# PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ nº 2020.00203500

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de expediente instaurado a partir de provocação da douta Ouvidora, com vistas ao acompanhamento das medidas administrativas adotadas para a complementação das informações requeridas no bojo do Processo MPRJ nº 2019.01400202, no qual o requerente solicitou acesso integral à base de dados que dá origem aos relatórios e gráficos do Portal Radar do Ministério Público, constante do endereço eletrônico “<http://radar.mprj.mp.br>”.

Assim, determinou a nobre subscritora: (i) a juntada aos autos de cópia integral do Processo MPRJ nº 2019.01400202; (ii) que fosse dada ciência da instauração do presente expediente, por meio eletrônico, ao requerente do pedido de acesso à informação que deu origem ao Processo MPRJ nº 2019.01400202, e (iii) o encaminhamento dos autos ao Grupo de Apoio Técnico Especializado – GATE para análise das providências, solicitando informar, em 30 (trinta) dias, como se encontra a produção dos dados na forma requerida.

Após o cumprimento das diligências antecedentes, o Coordenador do GATE/MPRJ se manifestou às fls. 21-22, informando que (a) o Radar MPRJ é uma iniciativa institucional que exhibe de forma consolidada os resultados das análises de superfaturamento realizadas pelo Grupo de Apoio Técnico Especializado – GATE, a partir de janeiro de 2017, em contratos públicos oriundos de licitação, de dispensa ou inexigibilidade de procedimento licitatório; (b) as análises de superfaturamento são feitas pelo núcleo contábil nos casos que envolvem, em regra, aquisição de insumos e serviços, e pelos núcleos de engenharia e arquitetura nos casos que envolvem contratação de obras e serviços de engenharia. Em qualquer deles, utiliza-se como metodologia a verificação da adequação das quantidades contratadas e a comparação dos valores pagos com as tabelas referenciais de preços; (c) as análises incluídas são aquelas realizadas a partir de 2017, muito embora abordem contratos firmados a partir 2005. Assim, por exemplo,

um contrato celebrado em 2009 pode ter sido apontado como supostamente lesivo em 2015, mas remetido ao GATE apenas em 2017; (d) as solicitações de análises feitas ao Gate são provenientes de diversos órgãos de execução distribuídos por 15 (quinze) divisões geográficas internas (CRAAIs), que agrupam os municípios de acordo com a sua localização. Contudo, uma vez que a remessa para análise do Gate dos casos suspeitos não é obrigatória, mas uma opção do membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, segundo sua estratégia de atuação, não é possível dizer com precisão qual é a representatividade desta amostra frente à totalidade dos casos investigados em toda Instituição; (e) o Radar MPRJ possui um contador automático cuja programação tem como base a média por minuto do valor do superfaturamento apurado na série histórica da ferramenta, havendo o ajuste de eventuais diferenças ao fim de cada mês. Os valores e as informações referentes ao ajuizamento de demandas voltadas ao ressarcimento do dano apurado pelo Gate são coletados automaticamente dos sistemas do MPRJ; (f) a ferramenta pode ser usada para obter um panorama geral da atuação institucional que auxilie em processos decisórios, sem, contudo, objetivar a criação de qualquer tipo de *ranking* como nem todo contrato público decorrente de licitação, dispensa ou inexigibilidade celebrado pelos entes públicos é objeto de investigação e menos ainda de solicitação de análise pelo Gate, não há como estabelecer precisamente a relação entre esses números, contudo, é viável comparar os casos analisados nos quais foram identificados danos ao erário com aqueles em que não houve a constatação de nenhum dano; (g) como são muitas as hipóteses ensejadoras de danos ao erário, optou-se por contabilizar apenas aquelas derivadas de contratos públicos oriundos de licitação ou provenientes de dispensa ou inexigibilidade, haja vista que são precedidos de procedimento interno com tipologia legal precisa que podem, em tese, ser minorados com a adoção de boas práticas de controle interno; (h) dois quadros foram criados com a finalidade de facilitar a compreensão: um de custo de oportunidade, que busca estimar em equipamentos, bens e serviços de políticas públicas essenciais o montante dos danos apurados e um quadro estatístico com informações mais técnicas, ainda que simples, sobre os valores; (i) a base de dados é composta dos documentos técnicos produzidos em formato *pdf*, contendo dados referentes ao órgão ministerial solicitante, ao número do MPRJ vinculado ao pedido, à data da análise feita pelo GATE, ao CNPJ ou CPF da pessoa jurídica ou natural investigada, ao órgão público contratante (obtido por meio da coleta dos dados de georeferenciamento), à modalidade licitatória ocorrida, ao serviço técnico realizado pelo GATE (análise de economicidade) e ao valor do dano ao erário apurado.

Esclareceu, ainda, que é possível a criação de *visões* com parte dos dados citados, como no caso do Radar MPRJ que não exibe os CNPJs, podendo, ainda, exportar a base de dados em sua integralidade ou com alguma *regra de negócio* especificamente limitante, nesse caso, excluindo-se os números dos MPRJs assinalados como sigilosos no MGP.

Em relação à complementação das informações requeridas no bojo do Processo MPRJ nº 2019.01400202, informou que a equipe do GATE concluiu a extração da base de dados que dá origem aos relatórios e gráficos do Portal Radar do Ministério Público, com a possibilidade de compartilhá-la em formato *.xls* ou *.xlsx*, como indicado pelo solicitante.

Por fim, o Coordenador do GATE solicita seja esclarecido por esta Consultoria Jurídica o enquadramento jurídico dos dados em questão, especificamente quanto à caracterização das informações do Radar MPRJ como dados públicos, ou não, bem como a possibilidade de cessão total ou parcial das informações contidas naquela base de dados.

## II

A promoção da transparência e do acesso à informação é considerada medida indispensável para o fortalecimento da democracia, uma vez que possibilita que o poder público seja exercido de forma aberta e às vistas dos cidadãos, os quais podem, então, acompanhar, avaliar e controlar a gestão do interesse público.

Nesse sentido, políticas de transparência e acesso à informação têm sido também associadas à melhoria da gestão governamental e compreendidas como essenciais à prevenção e ao combate à corrupção.

A Lei nº 12.527/2011 disciplina o direito de acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. O seu objetivo é o de maximizar a transparência, valor de singular importância em um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, instrumentalizar os indivíduos para o melhor exercício da sua cidadania.

O acesso à informação é um direito fundamental ao alcance de toda e qualquer pessoa. Nos termos do inciso XXXIII do art. 5º, ao qual remete o inciso II do §3º do art. 37, ambos da Constituição da República, *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei”,* ressalvadas, apenas, *“aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

Como se constata, o interesse na obtenção da informação tanto pode ser particular como coletivo ou geral. Em outras palavras, pode permanecer adstrito à tutela da esfera jurídica individual ou projetar-se sobre uma perspectiva verdadeiramente difusa ou coletiva, como sói ser a preservação da base de valores sobre a qual está fundado o referencial de juridicidade que direciona a atuação da Administração Pública. Aliás, não é por outra razão que, doutrinariamente, há quem defenda que se trata de um direito fundamental de natureza coletiva. Por fim, vale lembrar que os motivos que dão sustentação a esse interesse, por imperativo legal, sequer precisam ser declinados. É o que dispõe o art. 10, §3º, da Lei nº 12.527/2011,<sup>1</sup> *verbis*: *“[s]ão vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público”*.

O chamado direito ou liberdade de acesso à informação, nos seus aspectos mais amplos, abrange o direito de obter, receber e transmitir informações. Assegurado o acesso, este há de englobar tanto a procura quanto a recepção, sendo a transmissão

<sup>1</sup> Lei de Acesso à Informação.

da informação um necessário efeito lógico. Longe de estarmos perante um clássico direito de defesa, a ser satisfeito com a só abstenção do Estado em incursionar na esfera jurídica alheia, é imperativa a promoção de ações tendentes a ampliar o universo de informações ao alcance da pessoa humana, proporcionando meios adequados para a construção de um juízo crítico e vigilante a respeito da atuação dos poderes constituídos.

Outro aspecto digno de nota, como se disse, é o de que os poderes constituídos somente podem subtrair do conhecimento da coletividade as informações que se mostrem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. É factível que a imprescindibilidade dessa negativa de acesso há de ser influenciada por um juízo de valor realizado pela autoridade competente, que sopesará os distintos aspectos do caso, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe são subjacentes, e proferirá a sua decisão. Não é por outra razão que debates em torno das informações suscetíveis de serem acessadas pela coletividade já alcançaram os tribunais.

A respeito da tensão dialética entre os referenciais de restrição e acesso à informação, o Supremo Tribunal Federal já proferiu acórdãos do seguinte teor, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO QUE INDEFERE ACESSO A DOCUMENTOS RELATIVOS AO PAGAMENTO DE VERBAS PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA DE SIGILO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, *caput* e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, *caput* e §3º, II; e 216, §2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I. 2. As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso. 3. Ordem concedida. (STF, Pleno, MS nº 28.178/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 04/03/2015, DJ de 08/05/2015)

Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática. Efeitos infringentes. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. 3. Direito Constitucional. Acesso à informação pública como direito fundamental. Emprego de recursos públicos. 4. Direito de acesso às informações de interesse coletivo. Divulgação oficial de forma ampla e irrestrita, ressalvadas as hipóteses de sigilo constitucionalmente previstas. Precedente: SS-AgR-segundo 3.902, Ayres Britto. 5. Dever de transparência dos atos do poder público. Impossibilidade de limitar o acesso a dados públicos com base em apreciação discricionária da Administração Pública acerca da fundamentação do pedido. 6. Jornalista. Relação intrínseca entre a liberdade de imprensa e a democracia. Apuração de irregularidades. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Pleno, RE nº 586.424 ED/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/02/2015, DJ de 12/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA, AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais. II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal. III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Pleno, RE nº 766.390 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/06/2014, DJ de 15/08/2014)

A *ratio essendi* do sistema jurídico é a de permitir o acesso à informação, não a de satisfazer interesses menos nobres ou o injustificável impulso de pleitear formalmente à Administração Pública a concessão de informações já acessíveis ao público em geral. A esse respeito, assim dispõe o art. 11, §6º, da Lei nº 12.527/2011, *verbis*: “[c]aso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos”.

Em relação à forma de disponibilização da informação ao público em geral, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 89/2012, que buscou regulamentar a implementação da Lei de Acesso à Informação no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. De acordo com esse ato normativo, cada Ministério Público deve contar com o serviço de informações ao cidadão (SIC), acessível eletrônica e pessoalmente, com a função de atender e orientar o público, informar sobre a tramitação de documentos e a protocolização de requerimentos de acesso à informação. Ainda de acordo com a Resolução, devem estar disponíveis, nos sítios mantidos por cada Ministério Público na rede mundial de computadores, diversas informações de interesse público, como a estrutura organizacional do órgão, endereços, telefones e horários de atendimento ao público, contratos e licitações, inclusive editais e resultados, procedimentos de dispensa e inexigibilidade, além da

relação de servidores efetivos, cedidos e comissionados, acompanhada dos valores estipendiais a que fazem jus mensalmente, quer tenham natureza remuneratória, quer tenham natureza indenizatória.

Como se percebe, a regra geral é o acesso à informação. A restrição, por sua vez, sempre deve assumir ares de exceção. Em se tratando de informações afetas a cargos públicos, consoante entendimento sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em sigilo ou em proteção à intimidade.

## II.1 - DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O direito à intimidade, ou *right of privacy* para os anglo-saxões, pode ser definido como a faculdade jurídica de manter fora do conhecimento público informações que só à pessoa interessam. A compreensão do alcance desse direito, oponível não só ao Estado, como aos particulares e que assume indiscutível relevância no livre desenvolvimento da personalidade, exige sejam devidamente compreendidos os referenciais de vida privada e relevância social.

A vida privada compreende as ações iniciadas e concluídas num plano de análise cujos lindes envolvem tão somente a individualidade da pessoa humana ou um estrito círculo de relacionamento (v.g.: a família), sendo de reduzida ou de nenhuma relevância os pontos de contato com interesses afetos à coletividade (v.g.: assuntos afetivos inerentes à relação conjugal). Trata-se de esfera pessoal em que o indivíduo pode expressar livremente a própria identidade, quer sozinho, quer no relacionamento com terceiros<sup>2</sup>, alcançando a formação de sentimentos, hábitos, crenças, relações familiares e de amizade. Sob a epígrafe da relevância social, por sua vez, encontram-se aglutinados todos os acontecimentos que, de algum modo, produzam efeitos passíveis de influir, positiva ou negativamente, na organização social (v.g.: o exercício do direito de propriedade que gere lesões ao meio ambiente).

Esses referenciais, no entanto, nem sempre evitarão o surgimento de dúvidas quanto à linha limítrofe entre as questões que só à pessoa interessam e aquelas que gerem reflexos na coletividade. Contextualizando a análise do problema num Estado de Direito, pode-se afirmar que incumbe à ordem jurídica desempenhar a função de elemento de transposição, para o contexto social, de acontecimentos inicialmente situados no plano da vida privada. Justifica-se a conclusão na medida em que somente o Estado pode delinear os bens jurídicos a serem tutelados e estabelecer os padrões imperativos a serem seguidos, ainda que tal resulte numa contraposição de forças, de modo a afrontar a essência de determinadas realidades existenciais. Autoridades públicas, por exemplo, em especial aquelas eleitas pelo sufrágio universal, têm uma esfera de intimidade sensivelmente inferior ao *homo medius*, isto porque questões tipicamente afetas à esfera privada, como, por exemplo, o seu estado de saúde e as pessoas com as quais mantêm relações pessoais, podem influir na sua escolha pelos

<sup>2</sup> JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law*. National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 604.

eleitores, passando a ostentar um inegável interesse coletivo. Afinal, o falecimento prematuro, antes da conclusão do mandato, pode ensejar a sua substituição por um suplente indesejado ou, mesmo, a realização de novas eleições; o relacionamento com pessoas de moral e honestidade duvidosas pode ser indicativo de que o indivíduo comunga de valores similares etc.<sup>3</sup>

O direito à intimidade é especialmente relevante não só por proteger a individualidade da pessoa, como, também, por oferecer um espaço para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção à intimidade pode ser concebida como a *ratio essendi* de inúmeros direitos fundamentais, como a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

A preocupação com a intimidade tornou-se particularmente intensa em face do crescente aumento dos meios existentes para o conhecimento e a difusão da informação, o que aumenta o potencial lesivo de uma exposição pública indesejada<sup>4</sup>.

## II.2 - DIREITO À INTIMIDADE E RELEVÂNCIA SOCIAL DAS INFORMAÇÕES

Cabe ao Estado regular a vida em sociedade e somente o Estado pode definir em que medida acontecimentos individuais são relevantes à sociedade. Nessa linha, assumirão relevância social os acontecimentos que, inicialmente afetos à vida privada, transcendam a individualidade que a originou, quer em decorrência de uma violação à ordem jurídica (v.g.: a infração penal praticada a partir de uma discussão conjugal), quer pelo simples fato de a ordem jurídica considerá-los relevantes à coletividade (v.g.: a necessidade de intervenção judicial para a dissolução do vínculo conjugal). A assunção de relevância social, no entanto, não exige uma previsão normativa pormenorizada de todo e qualquer acontecimento da vida privada que desperte um legítimo interesse da coletividade. Em verdade, o que se exige é que tal interesse esteja amparado pela ordem jurídica, legitimando os atos que nele estejam baseados.

Verificada a existência de uma disposição normativa configuradora de determinado direito e constatado que um fato surgido no âmbito da vida privada enquadra-se no programa da norma, será plenamente lícita a sua transposição para o domínio público (v.g.: a liberdade de expressão pode alcançar quaisquer fatos inerentes à vida privada que sejam relevantes à coletividade). No entanto, ainda que seja lícita a divulgação da informação, a proteção à intimidade, à “realidade do indivíduo”, torna imperativo o seu comprometimento com a verdade, sendo injurídico qualquer ardil utilizado para manipulá-la ou afrontá-la<sup>5</sup>. Não sendo verificada a possibilidade de utilização do elemento de transposição anteriormente referido,

<sup>3</sup> AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e Tutela della Personalità*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 104-106.

<sup>4</sup> AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e Tutela della Personalità*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 4.

<sup>5</sup> AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e Tutela della Personalità*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 10.

terceiros somente poderão penetrar no plano da vida privada caso haja autorização de seu titular, que poderá realizar o controle dos atos daí resultantes ou mesmo retirar a autorização concedida.

Assim, informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas terão acesso restrito a terceiros, independentemente de classificação de “sigilo”, salvo o (i) expresso consentimento da pessoa; (ii) apuração de irregularidades; (iii) cumprimento de ordem judicial; (iv) defesa de direitos humanos e (v) proteção de interesse público preponderante.

A partir dessa perspectiva, passamos a analisar as questões suscitadas pelo Coordenador do GATE/MPRJ quanto à (I) caracterização das informações do Projeto Institucional “Radar MPRJ” como dados públicos, ou não, e (II) à possibilidade de cessão total ou parcial das informações contidas naquela base de dados, incluindo o arquivo *pdf* gerado a partir do resultado das análises realizadas.

O projeto Radar MPRJ é uma iniciativa institucional que exhibe de forma consolidada os resultados das análises realizadas pelo Grupo de Apoio Técnico Especializado – GATE acerca de suspeita de superfaturamento em contratos públicos oriundos de licitação, de dispensa ou inexigibilidade de procedimento licitatório. Portanto, temos a opinião de um órgão público, o GATE, que atua direcionado pela técnica, a respeito de atos igualmente públicos, *in casu*, os contratos administrativos celebrados pelas estruturas estatais de Poder. As solicitações são formuladas pelos órgãos de execução, os quais, de acordo com a sua convicção pessoal acerca do caso, remetem ao GATE o material a ser submetido à análise.

## II.3 – A APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A LEI Nº 8.666/1993

A Constituição da República de 1988 dispôs em seu art. 37, *caput*, que a publicidade é um dos princípios a serem observados pela Administração Pública, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

A Lei nº 8.666/1993, que regulamenta o inciso XXI do referido dispositivo constitucional, e que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, reconhece, explicitamente, o princípio da publicidade como um dos princípios norteadores da licitação. Essa publicidade não diz respeito somente à divulgação das distintas fases da licitação, alcançando também a transparência de todos os atos praticados pela Administração em todas as fases do procedimento licitatório. Ressalte-se que, além de consagrar a observância da publicidade como princípio geral, a Lei de Licitações e Contratos estabeleceu diversas medidas concretas de transparência. Nesse sentido, oportuno destacar o comando expresso no §3º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, *verbis*: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Portanto, verifica-se que a maior contribuição que a Lei de Acesso à Informação trouxe para o aumento da transparência dos atos praticados pela Administração Pública não se relaciona à ampliação da transparência ativa, mas sim da transparência passiva,

ou seja, ao direito de qualquer pessoa requerer informações sobre os procedimentos de licitações e contratos, sem a necessidade de apresentar justificativa para acessar essas informações.

O fato de os negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública, objeto de análise pelo GATE, envolverem, em um dos polos, pessoas naturais ou jurídicas em nada compromete o caráter público da informação. Afinal, como afirmamos, íntimo ou privado é aquilo que diz respeito apenas ao indivíduo, o que, à evidência, não é o caso.

Os documentos produzidos pelo GATE têm viés essencialmente técnico, somente fugindo ao princípio geral de transparência caso tenha sido decretado o sigilo, pelo órgão do Ministério Público com atribuição, nas investigações que lhe deram origem. Caso contrário, a regra é a transparência.

Os referidos documentos, encartados, ou não, aos autos da investigação, serão considerados documentos públicos, não havendo óbice, por exemplo, a que sejam utilizados para subsidiar uma ação popular, ao alcance de qualquer cidadão (CRFB/1988, art. 5º, LXXIII).

Apesar de serem públicos, é factível a possibilidade de esses documentos importarem à esfera jurídica individual, o que exige cuidados na sua divulgação para o público em geral, do qual não se pode exigir formação jurídica. Daí ser aconselhável a divulgação da informação de que a análise realizada deve ser considerada em conjunto com os demais elementos de convicção coletados no procedimento de origem.

Diante desse panorama, podemos concluir que (I) as informações relacionadas ao Projeto Institucional “Radar MPRJ” têm caráter público, (II) devendo ser disponibilizados à população, quando solicitadas por meio de requerimento de acesso à informação, os dados contidos naquela plataforma, incluindo, portanto, os arquivos gerados a partir do resultado das análises realizadas.

### III

À luz do exposto, esta Consultoria jurídica não vislumbra qualquer intercorrência que possa impedir o acesso a informações relacionadas à plataforma do programa Radar MPRJ, especialmente porque os processos em tramitação no Ministério Público são públicos e de livre acesso. Somente as informações cobertas pelo sigilo não devem ser fornecidas. Por fim, para evitar incompreensões pelo público em geral, é de bom alvitre que seja informado que a análise realizada deve ser considerada em conjunto com os demais elementos de convicção colhidos no procedimento de origem, sendo a *opinio* formulada pelo membro do Ministério Público com atribuição.

Rio de Janeiro, 17 de março de 2020.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico



# PARECER

Exma. Sra. Presidente da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade  
da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro,

Dra. Estela Aranha

**Referência:** Elaboração de parecer sobre a legalidade dos Decretos nº 10.046/2019 e nº 10.047/2019 em face das normas que disciplinam os direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1- A Economia dos Dados e a Autodeterminação Informativa.  
1.1- A relação assimétrica dos titulares dos dados pessoais com os detentores das tecnologias: Como garantir a efetiva proteção dos titulares de dados pessoais? 2- O reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. 3- A edição dos Decretos nº 10.046/2019 e nº 10.047/2019: riscos para a privacidade e para a proteção de dados pessoais. 4- Conflitos dos Decretos nº 10.046/2019 e nº 10.047/2019 em face das normas constitucionais e legais – Pressupostos metodológicos. 5- Conceitos jurídicos e regras específicas do Decreto nº 10.046/2019 conflitantes com a Constituição Federal e com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.  
5.1- Natureza Jurídica do Decreto nº 10.046/2019 e o controle de constitucionalidade: trata-se de um decreto regulamentar ou estamos diante de um legítimo decreto autônomo? 5.2- Revogação do Decreto nº 8.789/2016 e as incompatibilidades do Decreto nº 10.046/2019 com os fundamentos e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 5.3- Criação de novos conceitos de dados pessoais alheios à LGPD: Ampliação da coleta de dados pessoais sensíveis e criação de um sistema de vigilância massivo? 5.4- Riscos imediatos relativos à Segurança da Informação: a LGPD será relegada a um caráter meramente decorativo? 5.5- Superposição de Órgãos, Problemas de Governança, de Fiscalização e de *Enforcement*. 5.6- Da necessidade de harmonização das normas atinentes à proteção de dados em consonância com as regras de transferência internacional de dados. 5.7- A irresponsabilidade administrativa, sendo fonte de insegurança jurídica e gerando impactos econômicos negativos.  
6- Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Restrições ao Compartilhamento de Dados entre Órgãos da Administração

Pública e Vedação ao “Constitucionalismo Abusivo”. 6.1- Decisões que restringem o compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública (áreas administrativa e cível). 6.2- Os riscos do “constitucionalismo abusivo”, que promove retrocesso democrático e violação a direitos fundamentais. 7- Conclusão.

## 1- A ECONOMIA DOS DADOS E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

As transformações digitais, o crescimento da nova economia dos dados e a ascensão da chamada 4ª Revolução Industrial vêm promovendo imensos desafios para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, de forma que estes direitos sejam preservados em harmonia com o desenvolvimento econômico e tecnológico.

O aumento do poder computacional, a expansão da inteligência artificial, a progressiva capacidade técnica de coleta e tratamento dos dados – tanto pelo setor privado, quanto pelo Estado – estão conduzindo a um fluxo exponencial de informações pessoais que são utilizadas para diversas finalidades – algumas benéficas para a sociedade e outras perigosas ou obscuras.

Entidades internacionais como a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – e a ONU têm demonstrado grande preocupação com a necessidade de implementação de legislações nacionais que promovam adequadamente a proteção dos direitos dos consumidores e dos cidadãos em relação aos seus dados pessoais, compatibilizando-se estes direitos com a inovação digital e o progresso econômico e tecnológico, a fim de que se assegure a transferência (nacional e internacional) dos dados com segurança, boas práticas e alto nível de governança.

Com a edição da Lei nº 13.709, em 14/08/2018, a chamada LGPD<sup>1</sup> – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais –, o Brasil passou a integrar o grupo de mais de 130 países que possuem a sua própria lei de proteção dos dados pessoais. Deve-se destacar que o texto original da LGPD teve alguns dispositivos modificados pela Lei nº 13.853/2019, especialmente no tocante à constituição e ao funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

*A LGPD foi inspirada na GDPR<sup>2</sup>, regulação de proteção de dados da União Europeia, como aludido por seu relator, Deputado Federal Orlando Silva, no curso do processo legislativo que culminou com a aprovação da lei.<sup>3</sup> O regulamento da União Europeia entrou em vigor em maio de 2018, após o prazo de 2 anos de vacância legal, enquanto*

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

<sup>2</sup> A GDPR – *General Data Protection Regulation* – é a regulação de proteção de dados do direito comunitário europeu (da União Europeia) que disciplina a proteção dos dados pessoais e estabelece normas para que as empresas e os Estados atuem para atingir as finalidades da lei. A GDPR entrou em vigor em maio de 2018 e substituiu a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais 95/46/CE.

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2018/05/29/camara-aprova-pl-de-protacao-de-dados-pessoais-e-envia-para-o-senado/>>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

a LGPD ainda se encontra em período de *vacatio legis*, tendo sido disciplinado que entrará em vigor em agosto de 2020.<sup>4</sup>

Um dos aspectos cruciais relativos à legislação de proteção de dados encontra as suas raízes nas Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais<sup>5</sup>, de 1980, que representam um consenso internacional sobre princípios e regras relativos à coleta e ao gerenciamento da informação pessoal e que se apoiam em três princípios comuns aos países membros da OCDE: democracia pluralista, respeito aos direitos humanos e economias de mercado aberto.

Com bastante atraso e após debates que duraram quase uma década, o Brasil finalmente aprovou a LGPD para acompanhar as mudanças vertiginosas das tecnologias e infraestruturas de informação e de comunicação e para garantir o nível de proteção adequado de privacidade e de fluxos de dados pessoais, tanto nacional quanto internacionalmente – o que gerará benefícios e avanços econômicos e sociais. Como bem esclareceu o Deputado Federal Orlando Silva, “é importante que o Brasil avance na regulação, inclusive para ter uma legislação compatível com a da União Europeia, que considera que as parcerias econômicas com a OCDE acontecerão em função da existência de normas compatíveis nesses países”.<sup>6</sup>

A LGPD e a GDPR assentam-se na *autodeterminação informacional ou informativa*, que visa a conceder aos titulares dos dados pessoais um real poder sobre as suas próprias informações e um efetivo controle sobre os seus dados. A autodeterminação informativa, ao lado do respeito à privacidade e de outros paradigmas normativos, está prevista como um dos fundamentos da LGPD, no inciso II do seu art. 2º.

A *autodeterminação informativa* teve seu marco jurisprudencial determinado a partir da famosa decisão do Tribunal Constitucional da então Alemanha Ocidental<sup>7</sup>, em 1983, na qual foi declarada inconstitucional uma lei que criava um censo estatal que determinava a coleta de dados pessoais dos cidadãos para a otimização de políticas públicas. Esta decisão pioneira apontou para a necessidade de reconceitualização da divisão de poderes na nascente sociedade de informação da época.

A referida lei do censo alemão previa que cada cidadão deveria responder a 160 perguntas, a serem posteriormente submetidas a tratamento informatizado. Como elucidada Danilo Doneda, alguns pontos da lei geraram controvérsia e “fomentaram um sentimento generalizado de insegurança, aliado à impressão de que o governo poderia

<sup>4</sup> Foi apresentado, em 30/10/2019, o PL 5762/2019, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (MDB-MT), objetivando postergar a entrada em vigor da LGPD para 15/08/2022. Foi apresentada, como uma das justificativas para o adiamento da *vacatio legis* da LGPD, a “morosidade” do Poder Executivo na instalação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2018/05/29/camara-aprova-pl-de-protacao-dados-pessoais-e-envia-para-o-senado/>>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

<sup>7</sup> BVerfGE 65, 1 – Volkszählung

se valer dos dados obtidos – que a princípio serviriam a finalidades estatísticas – para realizar um controle capilar das atividades e da condição pessoal dos cidadãos”.<sup>8</sup>

Entidades da sociedade civil organizada e alguns comissários de proteção de dados pessoais iniciaram um debate e chamaram a atenção para os problemas que o censo poderia acarretar aos cidadãos. “Este protesto deu origem ao processo que provocou a sentença da Corte Constitucional, suspendendo provisoriamente o censo e declarando que a lei que o instituía era inconstitucional em relação aos artigos 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental, exatamente a base sobre a qual se estrutura o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht*”.<sup>9</sup>

É importante destacar que, entre os motivos e argumentos que levaram a Corte Constitucional Alemã a reconhecer essa inconstitucionalidade, muitas questões se assemelham ao que discutiremos neste parecer acerca dos Decretos nº 10.046/2019 e nº 10.047/2019:

a) diversidade de finalidades, que impediria que o cidadão conhecesse o uso efetivo que seria feito de suas informações;

b) desmistificação da noção que o tratamento de certos tipos de dados pessoais seria irrelevante para a privacidade;

c) o estágio de desenvolvimento da tecnologia informática utilizada no processamento das informações levantadas com o censo era um fator determinante, visto que a elaboração de perfis formados sobre dados dos indivíduos teria potencial ilimitado e prováveis resultados danosos aos direitos individuais.

Destaca-se, por conseguinte, que nos contornos delineados pelo Tribunal Constitucional Alemão a autodeterminação informativa teria uma dimensão democrática, a fim de propiciar categórica transparência em relação aos motivos e às finalidades do tratamento dos dados pessoais. Uma segunda dimensão da autodeterminação informativa seria ligada ao controle efetivo do titular dos dados em relação à exatidão das informações e à real utilização dos seus dados pessoais.

Atualmente, é importante consignar que o fenômeno da convergência em torno de leis gerais, na Europa e na América Latina, fundadas em direitos básicos concedidos aos titulares de dados e no conjunto de obrigações aos controladores e processadores de dados, vem trazendo novas reflexões acerca da crescente (hiper) vulnerabilidade dos titulares dos dados pessoais e do ressignificado do consentimento como o pilar normativo das leis gerais de proteção de dados, como propõe Bruno Bioni <sup>10</sup>.

<sup>8</sup> DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193.

<sup>9</sup> DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 194.

<sup>10</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais – a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 274: “Ao longo desse percurso, verificou-se que o *consentimento* do titular dos dados *continua a exercer um papel normativo de protagonismo, mas sob um novo roteiro que inclui a atuação de atores coadjuvantes importantes: i) novas formas para operacionalizá-lo, levando-se em conta a arquitetura (de vulnerabilidade) da rede; ii) o relato normativo complementar da privacidade contextual que o limita e o readapta diante de um solo epistemológico que esfacela a técnica tradicional da autodeterminação baseada de declaração de vontade do titular dos dados; e iii) o cidadão também exerce domínio sobre seus*

## 1.1- A RELAÇÃO ASSIMÉTRICA DOS TITULARES DOS DADOS PESSOAIS COM OS DETENTORES DAS TECNOLOGIAS: COMO GARANTIR A EFETIVA PROTEÇÃO DOS TITULARES DE DADOS PESSOAIS?

*Diante da crescente relação assimétrica dos titulares de dados pessoais com os detentores das tecnologias – empresas (tanto Big Techs como startups que coletam enorme quantidade de dados pessoais) e Estados –, torna-se urgente não apenas a concretude do paradigma da autodeterminação informativa, mas a adoção de novas formas de proteção dos direitos dos titulares de dados. Sem o avanço mais amplo desses novos modelos de proteção, assistiremos à materialização dos riscos sinalizados por vozes autorizadas, como Yuval Harari, que apontam para a possibilidade de ascensão de verdadeiras “ditaduras digitais baseadas em tecnologias digitais de vigilância” nos próximos dez ou vinte anos: “Podemos prever (...) a ascensão dessas ditaduras digitais, ditaduras baseadas em tecnologias digitais de vigilância que seguem tudo o tempo todo. Podemos prever que isso acontecerá não só nos países mais desenvolvidos, mas até em alguns países mais atrasados do mundo, na África e no Oriente Médio”.<sup>11</sup>*

As advertências do historiador e filósofo israelense devem ser objeto de profunda reflexão, na medida em que nos alertam para as formas insidiosas de manipulação dos indivíduos pelos poderosos detentores das tecnologias – Estados ou empresas – e nos colocam diante de instigantes questionamentos jurídicos, filosóficos e éticos: Quem é o dono dos dados? Os dados mais íntimos e sensíveis dos seres humanos – do DNA, de saúde, das opiniões e pensamentos – pertencem realmente aos seus titulares?<sup>12</sup>

À medida que, através de sensores biométricos, cada vez mais dados fluírem de seu corpo e de seu cérebro para máquinas inteligentes, será fácil para corporações e agências do governo conhecer você, manipular você e tomar decisões por você. Mais importante ainda, eles serão capazes de decifrar os mecanismos profundos de todos os corpos e cérebros, e com isso adquirir o poder de fazer a engenharia da vida. Se quisermos evitar que uma pequena elite monopolize esses poderes, que parecem divinos, e se quisermos impedir que a humanidade se fragmente em castas biológicas, a questão-chave é: quem é dono dos dados? Os dados de meu DNA, meu cérebro e minha vida pertencem a mim, ao governo, a uma corporação ou ao coletivo humano?<sup>13</sup>

---

dados, se estes forem tratados de forma previsível de acordo com suas legítimas expectativas. Portanto, o conteúdo jurídico-normativo de autodeterminação informacional vai além do consentimento.”

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/11/11/escritor-yuval-harari-rodaviva-entrevista.htm>>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

<sup>12</sup> Lamentavelmente, ainda não temos a cultura da privacidade e da proteção de dados consolidada no Brasil. Muitas pessoas não têm consciência do valor dos seus bens mais valiosos – os seus dados pessoais. Pior do que isso, não têm noção dos riscos envolvidos nessa entrega deliberada e inconsciente dos seus dados, muito menos dos prejuízos que incidentes e vazamentos de dados podem ocasionar aos seus titulares.

<sup>13</sup> HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 109.

Em dezembro de 2019, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) lançou uma consulta pública<sup>14</sup>, com prazo até 31 de janeiro de 2020, para a elaboração de uma Estratégia Nacional de Inteligência Artificial. Dividida em três eixos transversais e seis verticais, o documento traz uma série de perguntas, as quais, diante da sua complexidade e da exiguidade do período da consulta, correm o risco de restringir a participação a poucos especialistas e acadêmicos, não abrangendo toda a sociedade. A importância da consulta pública é enorme, visto que a IA trará profundas mudanças na economia, no governo e na sociedade e as discussões sobre os seus impactos, positivos e negativos, vêm ocorrendo em outros países e organismos internacionais, como a OCDE.

Uma das tecnologias mais preocupantes para os especialistas em segurança da informação e proteção de dados é o *reconhecimento facial*, considerado por Luke Stark, pesquisador da *Microsoft Research*, o *“Plutônio da Inteligência Artificial”*.<sup>15</sup> Entidades e vozes abalizadas em todo o mundo têm apontado os mais diversos riscos dessa tecnologia. Várias cidades do mundo, como São Francisco, estão proibindo o uso de reconhecimento facial, tanto na esfera pública quanto nos ambientes privados, justamente em razão da falta de transparência e de mecanismos garantidores de que essa tecnologia será usada para finalidades exclusivas de segurança, sem riscos de violações a direitos fundamentais, e com alto nível de transparência e *accountability*.

No Brasil, cidades como o Rio de Janeiro e Salvador vêm ampliando o uso de câmeras de monitoramento com sistemas de reconhecimento facial com o principal objetivo de identificar pessoas com mandados de prisão em aberto, de forma que a Polícia Militar seja imediatamente alertada e promova a prisão do indivíduo reconhecido. Erros no sistema de reconhecimento facial já foram divulgados por órgãos de imprensa, contudo, desconhecemos a publicação de estatísticas em relação a esses erros, bem como, não identificamos a adoção de procedimentos oficiais de auditoria desses sistemas.<sup>16</sup>

Organizações da sociedade civil têm solicitado a diferentes órgãos de segurança pública o acesso à informação com base na LAI – Lei de Acesso à Informação – para melhor compreender a gestão dos sistemas de reconhecimento facial. Joana Varon, Diretora Executiva da *Coding Rights*, vem defendendo publicamente que diversos casos no Brasil – e em outros países que adotaram recentemente o uso de reconhecimento facial para fins de segurança pública – *“mostram que há tanto a propensão a abuso policial, como de abusos por parte do setor privado, tendo em vista que sua implementação*

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salalmprensa/noticias/arquivos/2019/12/MCTIC\\_lanca\\_consulta\\_publica\\_para\\_a\\_Estrategia\\_Brasileira\\_de\\_Inteligencia\\_Artificial.html](http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salalmprensa/noticias/arquivos/2019/12/MCTIC_lanca_consulta_publica_para_a_Estrategia_Brasileira_de_Inteligencia_Artificial.html)>. Acesso em: 20/12/2019.

<sup>15</sup> V. Artigo de Luke Stark, Pesquisador na *Microsoft Reserch* Montreal. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/59a34512c534a5fe6721d2b1/t/5cb0bf02eef1a16e422015f8/1555087116086/Facial+Recognition+is+Plutonium+-+Stark.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2019.

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml>>. Acesso em 01 de dezembro de 2019.

*envolve compartilhamento de dados sensíveis com as empresas privadas que implementam esses sistemas”.*<sup>17</sup>

Autoridades como a *European Union Agency for Fundamental Rights* estão conduzindo estudos para formular proposições destinadas à regulação ética e jurídica do reconhecimento facial<sup>18</sup> e de outras tecnologias de inteligência artificial – IA. No tocante ao reconhecimento facial, recente notícia divulgada pelo site *Politico Europe* informa que foi elaborada, por Margrethe Vestager<sup>19</sup>, uma minuta sugerindo proibir o uso do reconhecimento facial nos espaços públicos nos países da União Europeia, pelo período de três a cinco anos, até que existam salvaguardas para mitigar os riscos dessa tecnologia.<sup>20</sup>

No amplo contexto da IA, destacam-se as *Diretrizes da União Europeia sobre Inteligência Artificial e Proteção de Dados*,<sup>21</sup> no âmbito do Comitê Consultivo da Convenção 108 do Conselho da Europa. Estas diretrizes preconizam que o desenvolvimento e o uso da IA devem respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em especial os direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais.<sup>22</sup>

A CNIL (Autoridade Supervisora Francesa) publicou recentemente um guia sobre o uso do reconhecimento facial, dirigido especialmente às autoridades públicas francesas. O material apresenta questões conceituais, bem como os riscos, as vantagens e as regras de uso da nova tecnologia.<sup>23</sup>

Deve-se destacar que as decisões automatizadas têm levantado discussões intensas sobre como o desenvolvimento exponencial da Inteligência Artificial tem conduzido à opacidade, vieses e injustiças, como denuncia o trabalho da matemática e cientista de dados Cathy O’Neil. Ela levantou situações recorrentes em que o uso de algoritmos se consolida em um instrumento para *aumentar as desigualdades socioeconômicas inerentes aos sistemas capitalistas, reforçando a discriminação social derivada da raça e da classe social e transformando-se em uma ameaça à própria democracia*.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://medium.com/codingrights/bem-na-sua-cara-a-ilusao-do-reconhecimento-facial-para-seguranca-publica-47c708b34820>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.

<sup>19</sup> Margrethe Vestager é Vice-Presidente Executiva da Europe Fit for the Digital Age. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager_en)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://www.politico.eu/pro/eu-considers-temporary-ban-on-facial-recognition-in-public-spaces/>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

<sup>21</sup> Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108). Disponível em: <<https://rm.coe.int/guidelines-on-artificial-intelligence-and-data-protection/168091f9d8>>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

<sup>22</sup> Neste sentido, v. FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Novas Tecnologias, Cidadania e o Cuidado: Premissas para a Regulação Jurídica da Inteligência Artificial. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Cuidado e Cidadania: Desafios e Possibilidades*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 341-365.

<sup>23</sup> Disponível em: <[https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance\\_faciale.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance_faciale.pdf)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.

<sup>24</sup> O’NEIL, Cathy. *Weapons of Mass Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. Denver: Crown, 2016.

Na realidade, fora dos círculos altamente restritos e especializados, pouco se conhece dos sistemas de *machine learning* e *deep learning*. Como salienta Ana Frazão, “é difícil julgar ética e juridicamente algo que pouco se conhece. Nesse sentido, os algoritmos têm se mostrado verdadeiras caixas pretas, pois, salvo seus desenvolvedores, normalmente ninguém sabe ao certo como funciona o seu poder de ação e predição: nem os usuários nem aqueles que sofrerão as consequências da referida decisão”.<sup>25</sup>

É fundamental que se promova a conscientização na sociedade, nas empresas e nos órgãos públicos sobre a real necessidade de coleta e armazenamento de dados pessoais, além da dimensão da extensão dessa coleta, haja vista que, quanto maiores forem a quantidade e a diversidade dos dados coletados e a complexidade do processamento, maiores serão os riscos e as dificuldades de se entender a *ratio* das decisões automatizadas.

Novos modelos de regulação ética e jurídica estão sendo propostos e definidos em outros países. A Cidade de Nova York teve uma interessante iniciativa: criou o cargo de “*Chief Algorithms Officer Position*”, que funcionará fora do escritório do Prefeito Bill de Blasio e conduzirá o desenvolvimento de diretrizes e melhores práticas em torno do uso de ferramentas baseadas em algoritmos nas agências da cidade.<sup>26</sup>

Iniciativas como as do *Information Commissioner’s Office* (ICO), a autoridade de proteção de dados britânica, também devem ser incentivadas, como a criação de novas estruturas para auditoria de sistemas de IA baseadas em governança e responsabilidade, bem como, na identificação de riscos específicos da IA. Outra promissora iniciativa do ICO é a promoção de *sandbox* regulatório destinado a apoiar organizações que usam dados pessoais e que podem desenvolver produtos e serviços inovadores com benefício público demonstrável.<sup>27</sup>

## 2- O RECONHECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No direito brasileiro, muito antes da edição da LGPD, as bases principiológicas do direito à proteção de dados pessoais já poderiam ser encontradas em diversos dispositivos constitucionais e na legislação infraconstitucional.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-15052018>>. Acesso em: 07 de novembro de 2019. Ana Frazão analisa as repercussões que a transferência de decisões para algoritmos apresenta no âmbito da responsabilidade civil e punitiva, ressaltando que “a delegação das decisões e escolhas para as máquinas não pode ser vista como uma alternativa isenta de responsabilidades no plano jurídico, dando ensejo ao processo que alguns já chamam de *mathwashing*. A questão a ser enfrentada aqui é saber em que medida podemos terceirizar nossas responsabilidades para máquinas e quais as repercussões jurídicas disso”.

<sup>26</sup> Disponível em: <<https://www.govtech.com/products/New-York-City-Creates-Chief-Algorithms-Officer-Position.html>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.

<sup>27</sup> Disponível em: <<https://ico.org.uk/about-the-ico/our-information/our-strategies-and-plans/>>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

Renomados juristas entendiam que *a privacidade era o locus constitucional da proteção de dados*, no sentido de que os dados pessoais se constituíam em elemento constituinte da identidade da pessoa e, desta forma, os dados deveriam ser protegidos como parte fundamental da personalidade humana.

Neste diapasão, o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais efetiva-se através de diversos dispositivos da Constituição da República que protegem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem: a partir da proteção da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), que abrange a proteção à própria imagem em face, inclusive, dos meios de comunicação de massa; do direito à informação (art. 5º, XIV); do direito ao sigilo das comunicações e dados (art. 5º, XII); da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI); do direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse ou de interesse coletivo ou geral, com exceção daquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII); ou da garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si pelo *habeas data* (art. 5º, LXXII).

A própria legislação infraconstitucional – contida no Código de Defesa do Consumidor, na Lei do Cadastro Positivo, na Lei de Acesso à Informação e no Marco Civil da Internet – criava, como afirma Laura Schertel<sup>28</sup>, uma *obrigação positiva para o Estado*, o qual deveria agir para garantir a efetiva tutela do direito à proteção de dados. Este entendimento doutrinário embasou a investigação e a propositura de diversas ações civis públicas para a defesa dos titulares de dados pessoais em situações de vazamentos de dados, em incidentes de segurança ou em uso indiscriminado de dados dos consumidores, que levaram a condenações e multas.<sup>29</sup>

Ao longo das últimas décadas, entretanto, foi-se construindo a configuração do *direito à proteção de dados como um novo direito fundamental, destacado e independente do direito à privacidade*<sup>30</sup>, com a identificação de uma série de liberdades individuais, atreladas ao direito à proteção de dados pessoais, que não são abraçadas pelo direito à privacidade. E o “centro gravitacional da proteção dos dados pessoais é diferente do direito à privacidade – *i.e.*, a percepção de que a sua tutela jurídica opera fora da dicotomia do público e do privado”.<sup>31</sup>

Por conseguinte, fez-se necessária uma *atualização constitucional para que se reconhecesse a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo em relação ao direito à privacidade, entendimento este que embasou a formulação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, a qual inclui na Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, o inciso LXXIX (“o direito à proteção dos dados*

<sup>28</sup> MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor*. Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>29</sup> Drogaria Araújo, de Minas Gerais, é multada em 8 milhões por pedir CPF de clientes. Notícia disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/12/06/internas\\_economia,1011120/drogaria-araujo-e-multada-em-quase-r-8-milhoes-por-pedir-cpf-de-clien.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/12/06/internas_economia,1011120/drogaria-araujo-e-multada-em-quase-r-8-milhoes-por-pedir-cpf-de-clien.shtml)>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

<sup>30</sup> Destacamos que está fora do escopo deste artigo a discussão sobre eventuais equívocos na construção dogmática do direito à proteção de dados como *mera* evolução do direito à privacidade. Para maior aprofundamento, recomendo a obra de Bruno Bioni citada na N.R. seguinte.

<sup>31</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais – a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

*“pessoais, inclusive nos meios digitais”), além de acrescentar ao art. 22 o inciso XXX (a proteção e tratamento de dados pessoais como matéria de competência legislativa privativa da União).<sup>32</sup>*

O relator da PEC 17/2019, Deputado Federal Orlando Silva – que também foi o relator da LGPD –, inseriu um novo dispositivo normativo na PEC, o qual constitucionaliza a Agência Nacional de Proteção de Dados no formato de uma agência reguladora.<sup>33</sup> Trata-se do acréscimo do inciso XXVI ao art. 21 da Constituição Federal – que cuida das competências da União – com a seguinte redação:

*Art. 21. Compete à União:*

*(...)*

*XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.*

Deve-se consignar que, no tocante às competências legislativas da União, o relatório endossa a *competência privativa da União para legislar sobre a matéria, prevendo a possibilidade da edição de leis que abordem a questão do tratamento e proteção de dados pessoais de forma indireta, no âmbito e competência legislativa de Estados e Municípios*, em consonância com a LGPD, como nos casos de assuntos de interesse local e serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo.

A Comissão Especial sobre Dados Pessoais aprovou, na íntegra, o substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Orlando Silva na sessão ocorrida em 10/12/2019.<sup>34</sup> Em seguida, a PEC 17/2019 seguirá para o Plenário da Câmara dos Deputados para votação em dois turnos. Considerando-se a aprovação do substitutivo do relator, que incluiu um novo dispositivo à PEC (o inciso XXVI ao art. 21 da Constituição Federal), a PEC 17/2019 deverá retornar ao Senado Federal para nova votação.

### **3- A EDIÇÃO DOS DECRETOS N° 10.046/2019 E N° 10.047/2019: RISCOS PARA A PRIVACIDADE E PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

No atual panorama jurídico, causou dúvida e preocupação a edição de dois Decretos pelo Presidente da República, por levantarem sérios questionamentos em relação às normas que regulam a privacidade e a proteção de dados pessoais no Brasil:

<sup>32</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>> e <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

<sup>33</sup> Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=21E55F45F3DB465585226243BA4ADE60.proposicoesWeb2?codteor=1841176&filename=PRL+1+PEC01719+%3D+PEC+17/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=21E55F45F3DB465585226243BA4ADE60.proposicoesWeb2?codteor=1841176&filename=PRL+1+PEC01719+%3D+PEC+17/2019)>. Acesso em: 17 de dezembro de 2019.

<sup>34</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/624541-comissao-aprova-proposta-que-insere-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao/>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2019.

o Decreto nº 10.046 e o Decreto nº 10.047, ambos de 09 de outubro de 2019. Estas normas infralegais, especialmente a primeira, suscitaram diversas indagações sobre eventuais riscos e impactos danosos à privacidade e à proteção de dados pessoais de todos os brasileiros.

O Decreto nº 10.046/2019 “dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados”<sup>35</sup>.

O Decreto nº 10.047/2019 “dispõe sobre a governança do Cadastro Nacional de Informações Sociais e institui o programa Observatório de Previdência e Informações, no âmbito do Cadastro Nacional de Informações Sociais”<sup>36</sup>.

Até a edição dos referidos decretos, o modelo de compartilhamento de dados na administração federal era aquele definido pelo Decreto nº 8.789/2016, regulamentado pela Portaria nº 58/2016, da Secretaria de Tecnologia da Informação. O Decreto nº 8.789/2016 foi revogado pelo Decreto nº 10.046/2016, o qual, em conjunto com a outra deliberação do Chefe do Poder Executivo Federal (Decreto nº 10.047/2019), cria uma gigantesca e unificada base de dados dos cidadãos. Ainda não se sabe a finalidade do compartilhamento nem tampouco como os dados pessoais serão compartilhados pelos órgãos do governo federal – entidades da administração pública direta federal e indireta –, incluindo não só Poder Executivo Federal, como também os demais Poderes.

Autoridades governamentais informam que as medidas previstas nos dois decretos facilitarão o acesso dos brasileiros a serviços governamentais. Segundo Luís Felipe Monteiro, Secretário de Governo Digital do Ministério da Economia, o compartilhamento de dados dos cidadãos facilitará o acesso de determinada informação pelos órgãos públicos e o Cadastro Base do Cidadão (CBC) vai otimizar o relacionamento das pessoas com as instituições públicas, evitando que elas tenham que preencher novos cadastros para lidar com cada instituição<sup>37</sup>.

Certamente, a digitalização e a desburocratização dos serviços públicos são necessárias e tais medidas representam uma antiga reivindicação da população brasileira. Contudo, em que pesem as boas intenções externadas pelos representantes governamentais, os Decretos nº 10.046/2019 e nº 10.047/2019 – que deveriam regulamentar matéria disciplinada pela LGPD – encontram-se em descompasso com pontos cruciais e com os pilares e paradigmas normativos da legislação de proteção de dados, bem como, com as normas constitucionais atinentes à matéria.

Ademais, a estrutura de governança do Decreto nº 10.046, que cria o Comitê Central de Governança de Dados, não é recomendável, haja vista que tal Comitê

<sup>35</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

<sup>36</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10047.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10047.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

<sup>37</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/governo-regulamenta-uso-de-dados-de-cidadaos-e-cria-cadastro-unificado>>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

Central não será composto pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD nem tampouco por representantes de empresas e de entidades da sociedade civil. Como afirma Rafael Zanatta, “isso vai na contramão do que as leis sobre a relação entre direito e tecnologia exigem em relação à governança. Tanto o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.485/2014) quanto a LGPD apontam isso ao exaltar a participação de estruturas multissetoriais, como o Comitê Gestor da Internet (CGI.Br) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados (CNPd)”.<sup>38</sup>

Alguns especialistas consideram que pode estar sendo criada uma *ferramenta de vigilância estatal extremamente poderosa*, que inclui informações pessoais básicas, mas também dados laborais e biométricos, como “*características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar*” (art. 2º, II, do Decreto nº 10.046/2019 – grifo meu).

A voracidade incessante de alguns Estados/Governos por informações pessoais costuma ser justificada e defendida por inúmeros argumentos, de cunho sociopolítico e econômico, como, por exemplo: a criação de melhores políticas de segurança pública e o combate à criminalidade (ex.: adoção de tecnologias de reconhecimento facial/biométrico); a implementação de medidas para uma administração pública mais eficiente (ex.: os modelos de cidades-inteligentes); a otimização dos serviços públicos (ex.: medidas de facilitação para abertura de empresas, sistemas de reclamações e ouvidoria pública etc.)

Essa voracidade estatal pelos nossos dados nos conduz à reflexão sobre o sinistro panorama traçado por Frank Pasquale, no renomado livro *The Black Box Society – The Secret Algorithms that control Money and Information*,<sup>39</sup> em que o autor demonstra que os dados pessoais dos cidadãos têm sido utilizados através de nebulosas parcerias de empresas com os governos para a criação do chamado “*One-Way Mirror*”, possibilitando que esses agentes saibam tudo dos cidadãos, sem qualquer transparência, em um sistema obsessivo de monitoramento e vigilância de cada passo (físico ou digital), consolidando uma *sociedade de vigilância (“surveillance society”)*.

Como desenvolveremos nos tópicos seguintes deste parecer, a criação de tais normas através dos Decretos nº 10.046 e nº 10.047/2019 não foi precedida de uma discussão pública prévia envolvendo a sociedade civil, os empresários e os órgãos multissetoriais (como o Comitê Gestor da Internet). Além disso, não foram lançadas campanhas de conscientização e de alerta à população em relação às novas políticas públicas que estão sendo implantadas.

A grandiosidade da empreitada gera fundadas suspeitas de riscos de vazamentos de dados pessoais, haja vista que os decretos disciplinam a centralização

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/governo-regulamenta-uso-de-dados-de-cidadaos-e-cria-cadastro-unificado>>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

<sup>39</sup> PASQUALE, Frank. *The Black Box Society – The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press, 2015.

de 51 bases de cadastro nacionais (CPF, Renavam, CNPJ, FGTS, Folha Salarial do Seguro-Desemprego, Sisu, ProUni, Fies, Prontuário Eletrônico dos Pacientes do SUS etc.), além das novas bases (Base Integradora e Base Temática) compostas por atributos biográficos e por atributos biométricos de todos os brasileiros.

Temos a destacar inúmeros outros aspectos preocupantes: o não atendimento aos princípios de proteção de dados pessoais estabelecidos pela LGPD; a facilitação de programas futuros que estabeleçam convênios de acesso a empresas privadas que se conectariam a essas informações através do cadastro centralizado; problemas sérios de governança, posto que o Comitê Central de Governança previsto no Decreto nº 10.046/2019 é composto apenas por órgãos do governo federal, sem qualquer participação de entidades da sociedade civil; a ausência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados nas decisões e na supervisão do Comitê Central de Governança, em descompasso com as normas da LGPD e criando a possibilidade de decisões contraditórias de órgãos governamentais superpostos, decisões estas que poderão ser extremamente prejudiciais para os titulares de dados pessoais.

Como alertam Juliano Maranhão e Ricardo Campos, a criação do Cadastro Base do Cidadão, através de decreto presidencial, livremente compartilhado entre órgãos públicos, *“vai na contramão da salvaguarda de garantias e direitos da proteção de dados moderna”*. Desta forma, *“coloca o indivíduo como refém da obscuridade pela qual a burocracia estatal pode interligar uma variedade de dados pessoais coletados em diversas esferas da administração pública, em nome de uma maior eficiência para políticas públicas que não foram previamente esclarecidas”*. Eis o alerta mais importante dos respeitadas juristas: *“coloca em risco a própria democracia liberal, no contexto da sociedade da informação, ao ignorar a divisão informacional de poderes, pavimentando, com isso, o caminho para a criação de um indomável Leviathan 4.0”*.<sup>40</sup>

#### **4- CONFLITOS DOS DECRETOS Nº 10.046/2019 E Nº 10.047/2019 EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS – PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS**

O reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais é o primeiro marco do direito constitucional contemporâneo, fazendo com que os princípios e regras da Constituição tenham aplicabilidade direta e imediata.

O segundo marco do novo direito constitucional é a expansão da jurisdição constitucional, a qual, como afirma Luís Roberto Barroso, se materializou, no Brasil, na *“atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo”*.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019)>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro - Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 31.

E o terceiro marco do direito constitucional contemporâneo é a nova interpretação constitucional, que determina que toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios.

A partir dessas considerações, analisaremos os pontos conflitantes dos Decretos em face da legislação constitucional e infraconstitucional relacionada à proteção de dados e à privacidade, apontando os riscos e descompassos que desestabilizam o sistema de proteção de dados erigido no nosso ordenamento jurídico.

Levaremos em conta as seguintes premissas hermenêuticas:

a) A noção de posição hierárquico-normativa dos Decretos analisados em face das normas constitucionais e legais. Em regra, a existência de hierarquia dos decretos em face das leis no ordenamento jurídico impede que uma regulamentação através de norma infralegal (decretos, portarias e outras normas infralegais) viole uma norma legal, visto que, *na hierarquia dos atos normativos, a lei se sobrepõe ao decreto*.

b) No entanto, a Constituição consagrou espaços de atuação originária do Poder Executivo, a chamada “*reserva de administração*” dos regulamentos autônomos, na qual a lei não pode invadir o espaço normativo dessa “reserva”.

c) Nos pontos colidentes com a proteção do direito fundamental à proteção de dados, discutiremos se os Decretos em tela se valem da chamada “reserva de administração”, haja vista que *eventual conflito entre normas é resolvido através da interpretação constitucional e da submissão das normas hierarquicamente inferiores às normas que estão no ápice do ordenamento jurídico, ou seja, no texto constitucional*.

## **5- CONCEITOS JURÍDICOS E REGRAS ESPECÍFICAS DO DECRETO Nº 10.046/2019 CONFLITANTES COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

*Neste parecer, optamos por concentrar o nosso estudo no Decreto nº 10.046/2019, diante das suas flagrantes inconsistências e deficiências regulatórias, que suscitam importantes questionamentos em relação à privacidade e à proteção de dados, apresentando conflitos com a legislação constitucional e infraconstitucional. Por conseguinte, deixamos para uma futura avaliação o Decreto nº 10.047/2019.*

Deve-se registrar que, com base no entendimento de que o ato normativo do Poder Executivo extrapolou o seu poder regulamentar, foram apresentados, no Congresso Nacional, de acordo com a nossa pesquisa, três Projetos de Decreto Legislativo com o objetivo de sustar o Decreto nº 10.046/2019.<sup>42</sup>

O primeiro Projeto de Decreto Legislativo para a sustação do Decreto nº 10.046/2019 foi o PDL nº 661/2019, de autoria do Deputado Federal André Figueiredo (PDT-CE), o segundo PDL, de nº 673/2019, de autoria do Deputado Federal Orlando Silva (PCdoB-SP), relator da LGPD e da PEC 17/2019. Quanto ao terceiro PDL, de nº

<sup>42</sup> O art. 49, inciso V, da Constituição Federal atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

675/2019, foi apresentado pelo Deputado Federal Ivan Valente (PSOL-SP), na Câmara dos Deputados. Ambos estão nas fases iniciais de tramitação do processo legislativo.

Congratulamo-nos com os Parlamentares que apresentaram os PDLs no Congresso Nacional. Esperamos que tenham uma rápida tramitação e que atinjam o seu objetivo principal. Isto também evitaria que outros entes federativos – os Estados, Municípios e o Distrito Federal – seguissem o mesmo “modelo regulatório” da União, editando decretos com idênticas bases autoritárias e controversas deficiências regulatórias.

Por outro lado, a vigência imediata do Decreto nº 10.046/2019 possibilita a sua contestação através da via judicial, visto que qualquer indivíduo com os seus direitos ameaçados ou violados por força da aplicação do Decreto nº 10.046/2019 poderá buscar no Poder Judiciário a tutela jurisdicional específica. Entretanto, cabe às entidades da sociedade civil organizada ligadas à proteção de dados pessoais e à privacidade discutir outras medidas cabíveis e com alcance mais amplo.

### **5.1- NATUREZA JURÍDICA DO DECRETO Nº 10.046/2019 E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRATA-SE DE UM DECRETO REGULAMENTAR OU ESTAMOS DIANTE DE UM LEGÍTIMO DECRETO AUTÔNOMO?**

No âmbito de atuação desta Comissão de Privacidade e Proteção de Dados da OAB/RJ, coube-nos a avaliação de quais seriam os mecanismos e as ações cabíveis para a defesa dos direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade dos titulares de dados pessoais eventualmente ameaçados por força do Decreto nº 10.046/2019, bem como, quais dispositivos específicos do referido decreto deveriam ser invalidados (ou reconfigurados).

Deve-se considerar que é pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é inadequado questionar ato regulamentar (ex. decretos, portarias) por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), no sentido de que o questionamento de ilegalidades do ato regulamentar deve ser feito no confronto com a legislação infraconstitucional (perante o juízo/Tribunal competente). Isto porque o decreto regulamentar é um ato normativo secundário, sujeito ao controle de constitucionalidade apenas pela via difusa, sendo incabível o controle concentrado de constitucionalidade.

Neste ponto, é necessário examinar a natureza jurídica do Decreto nº 10.046/2019: trata-se de um singelo decreto regulamentar ou estamos diante de um decreto autônomo?<sup>43</sup> Sendo um decreto autônomo, ele entra em conflito com normas legais e/ou com normas constitucionais?

O Decreto nº 10.046/2019 dispõe, no seu Preâmbulo, que se vale das atribuições conferidas no art. 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição Federal. *Por conseguinte, o Decreto nº 10.046/2019 ingressa no campo dos decretos autônomos, que não se confundem com o mero decreto regulamentar, porque o decreto autônomo*

<sup>43</sup> O decreto autônomo é uma espécie normativa que se limita às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

*decorre diretamente do poder normativo que lhe é conferido pela própria Constituição, possuindo efeitos análogos ao de uma lei ordinária.*

*Desta forma, o decreto autônomo previsto no art. 84, VI, alínea "a", da Constituição (como é o caso do Decreto nº 10.046/2019) é ato normativo primário, pois inova no mundo jurídico, é dotado de abstração e generalidade. Em razão disso, esta espécie normativa sujeita-se ao controle difuso e também ao controle concentrado de constitucionalidade.*

É importante consignar que o Decreto nº 10.046/2019, no seu preâmbulo, refere-se à Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), à Lei nº 13.444/2017 (Lei que cria a Identificação Civil Nacional) e ao Capítulo IV da Lei nº 13.709/2018 (o capítulo da LGPD que disciplina o Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público). Neste aspecto, o Decreto nº 10.046/2019 parece exercer o papel de decreto regulamentar. Contudo, ao examinar melhor as disposições do Decreto nº 10.046/2019, verificamos que o ato do Poder Executivo não regulamenta fielmente o Cap. IV da LGPD. Ao contrário, o Decreto contraria diversos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Portanto, este decreto assume as feições de decreto autônomo, pois inova no mundo jurídico, criando novas regras contrárias à própria LGPD, que ainda se encontra em *vacatio legis*.

*Nesse sentido, o Decreto nº 10.046/2019 não só provoca desafios interpretativos; na realidade, ele invade competência normativa que não lhe é outorgada pela Constituição Federal, viola direitos fundamentais e, na prática, estabelece regras que sugerem uma quase-exclusão do Poder Público Federal do arcabouço normativo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.*

Frise-se que *para o STF é irrelevante a forma do ato para se identificar se um ato normativo é primário ou secundário*. O que importa, para a Corte Constitucional, é o verdadeiro conteúdo normativo do ato. Neste sentido, temos um importante precedente – um autêntico *leading case* – no julgamento da ADI (medida cautelar) nº 1.748-RJ, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, proposta pelo Procurador-Geral da República em face de Ato Normativo.

O supracitado ato normativo era o Aviso nº 227/1997 expedido pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu a *inconciliável figura do Promotor de Justiça ad hoc*. Foi acolhido o argumento da representação da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, destacando-se que a forma escolhida pelo Corregedor – Aviso – nenhuma relevância tinha para qualificar o ato ou para impedir que este fosse tido como ato normativo primário. *Desta forma, entendeu o STF: a forma é irrelevante. O que importa é o conteúdo do ato; se genérico e abstrato, será considerado ato normativo primário, mesmo que se autodenomine decreto regulamentar, portaria ou aviso.*

*Pelo acima exposto, conclui-se que o Decreto nº 10.046/2019 assume a figura de um ato normativo primário e exorbita sobremaneira os poderes normativos previstos no art. 84, inciso IV e VI, a, da Constituição Federal. Ademais, viola os dispositivos previstos no art. 5º, X, XII, XIV e XXXIII da Carta Magna, desafiando a propositura dos remédios de controle*

*concentrado de constitucionalidade pelos órgãos, agentes e instituições legitimados, entre os quais o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103, VII, da CF).*

## **5.2- REVOGAÇÃO DO DECRETO Nº 8.789/2016 E AS INCOMPATIBILIDADES DO DECRETO Nº 10.046/2019 COM OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Cumpra destacar, com base no disposto no §1º do art. 4º da LGPD, que os *dados pessoais coletados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e em atividades de investigação e repressão de infrações penais* – excluídos da incidência da LGPD, nos termos do art. 4º, inciso III, e que serão objeto de uma legislação específica<sup>44</sup> – *devem ter o seu processo de tratamento feito com a observação do devido processo legal, dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na lei geral.*

Nos termos do art. 26 da LGPD, o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º da lei:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras,

<sup>44</sup> Insta salientar que o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, nomeou uma Comissão de Juristas destinada a elaborar um anteprojeto de lei para regulamentar o tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública, investigações penais e repressão de infrações penais, conforme a previsão da LGPD. A referida Comissão será presidida pelo Ministro Nefi Cordeiro, do STJ. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/316055/comissao-de-juristas-vai-criar-anteprojeto-para-tratamento-dados-pessoais-por-orgaos-de-seguranca>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

O Cadastro Base do Cidadão, instituído pelo Decreto nº 10.046/2019, prevê a inclusão de quaisquer dados das diversas bases temáticas, institucionalizando um cadastro unificado. A regulamentação anterior, disciplinada pelo revogado Decreto nº 8.789/2016, já era passível de críticas por carregar lacunas e possíveis riscos à privacidade e à proteção de dados dos cidadãos.<sup>45</sup>

O Decreto nº 8.789/2016 dispunha, no seu art. 8º, que a solicitação de acesso a bases de dados de outros órgãos públicos federais (apenas do Poder Executivo Federal) se daria por uma solicitação formal específica e fundamentada, com diversos requisitos, como a identificação do solicitante e do seu endereço eletrônico institucional, a descrição clara dos dados objeto da solicitação e da periodicidade da necessidade de utilização, bem como a descrição das finalidades de uso dos dados, além de medidas atinentes à segurança de acesso à base de dados. Além disso, previa, no seu art. 3º, hipóteses de liberação automática do compartilhamento de dados cadastrais e, no caso de dados individualizados não cadastrais, o compartilhamento seria realizado de acordo com as necessidades dos órgãos interessados (art. 5º).

Esse decreto de 2016 fora divulgado como medida de modernização da administração pública e simplificação dos mecanismos de promoção da eficiência na gestão pública, o que gera perplexidade diante dos resultados inexpressivos desse ato normativo.

Entretanto, em outubro de 2019, com o mesmo discurso do endereçamento dos graves problemas das bases de dados governamentais, das fraudes e das

<sup>45</sup> É importante destacar que os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria da Receita Federal estavam excluídos desse compartilhamento sob a égide do Decreto nº 8.789/2016 e continuam excluídos, nos termos do §2º do art. 1º do Decreto nº 10.046/2019.

inconsistências na execução das políticas públicas, entrou em vigor o Decreto nº 10.046/2019, trazendo *maiores riscos à privacidade e à proteção de dados* (em comparação ao Decreto nº 8.789/2016).

Ademais, o cenário jurídico de 2019 já era diverso do cenário de 2016, visto que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fora sancionada em 2018, aguardando apenas o término do período da *vacatio legis*, e a PEC 17/2019 encontrava-se em votação no Congresso Nacional. *Esse período de vacatio da LGPD destina-se à adequação dos setores público e privado, de forma que, até agosto de 2020, todo o sistema de proteção de dados insculpido pela LGPD seja o norte e a referência para a elaboração de políticas públicas e para as regulamentações setoriais necessárias.*

É importante consignar que concordamos com a construção, no Brasil, de um sistema *seguro e legítimo* de identidade digital do cidadão, tema que já foi objeto de uma lei específica (Lei nº 13.444/2017). E o fato de o governo federal pretender dar efetividade ao Capítulo IV da LGPD, que cuida do tratamento de dados pelos órgãos públicos, seria extremamente positivo, caso se cumprissem adequadamente as normas da LGPD.

Entretanto, ainda que o art. 3º, inciso I, do Decreto nº 10.046/2019 preveja, entre as diretrizes elencadas para o compartilhamento de dados que se observe o disposto na LGPD, verifica-se, no detalhamento das demais normas do decreto, que *as regras adotadas para o compartilhamento de dados pelos órgãos governamentais permitem interligar bases e cruzar dados pessoais sem critérios que sejam conhecidos dos cidadãos, sem informações claras, adequadas e transparentes sobre a realização da coleta e do tratamento, bem como, sobre quem são e como agem os agentes do tratamento.*

Pergunta-se: essa imprevisibilidade seria plenamente justificada para simplificar os serviços públicos, aumentar a eficiência nas prestações públicas, para o combate a fraudes e para reduzir os gastos públicos? *Qual seria o custo dessa política pública em termos de sacrifício dos direitos fundamentais? Poderíamos correr o risco de serem implantados tratamentos e decisões automatizadas baseadas em perfilamento e vigilância em massa? Em tratamento discriminatório e opressivo de minorias? Em repressão de opositores?*

Além disso, a opacidade sobre os agentes de tratamento também trará insegurança jurídica, haja vista que esse tratamento com genéricos objetivos – como o aumento da eficiência na prestação dos serviços públicos – pode facilitar violações aos direitos humanos, como já ocorre na China. Dada a relevância do tema, vale analisar a seguir o sistema de crédito social (*social score*) chinês.

Em livro que aborda o tema do *Big Data*<sup>46</sup>, Rodrigo Dias de Pinho Gomes esclarece que a China, com uma população superior a 1 bilhão de habitantes<sup>47</sup>, pretende lançar um programa de pontuação, que compreende a gestão de um enorme banco

<sup>46</sup> GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>47</sup> 1.382.323.000 habitantes. (UNDATA. China. Disponível em: <<http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=china>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016).

de dados sobre seus cidadãos<sup>48</sup>, alimentado com milhares de informações pessoais, sendo a maioria delas captadas pela internet<sup>49</sup>, tais como: histórico de navegação na internet; itens adquiridos em compras; probabilidade de adimplemento de obrigações, entre vários outros, de forma a perfilar e classificar cada um dos chineses.

Tal projeto tem sido objeto de inúmeras críticas<sup>50</sup>, visto que vem sendo considerado como a *institucionalização de um verdadeiro Big Brother moderno*, pois será obrigatório para toda a população chinesa em 2020, atribuindo a cada indivíduo uma pontuação entre 350 e 950. Esta pontuação ficará vinculada à identidade do cidadão, valendo destacar alguns pontos polêmicos do projeto: o sistema é gerido por duas empresas que administram as redes sociais do país e, portanto, já têm acesso a uma enorme quantidade de dados pessoais sobre os indivíduos e as suas respectivas relações sociais; entre elementos que podem prejudicar a pontuação de um cidadão estão a manifestação de opiniões políticas, incluindo as manifestações de seus amigos, que influenciarão não só a sua própria pontuação mas também a pontuação das pessoas com as quais possuem relacionamentos (familiares, colegas, amigos); a compra de determinados bens melhora a pontuação do indivíduo, enquanto outros bens comprados poderão reduzi-la; o acesso ao sistema permitirá que qualquer interessado verifique a pontuação de qualquer pessoa.

Na realidade, o intuito velado do sistema de *social score* chinês passa a ser a existência de um sistema de controle da moralidade social: *"Critics say China's internet is fast becoming a laboratory where big data meets big brother, where the march of technology combined with profit-driven private companies, authoritarian politics and weak civil liberties is creating a toxic cocktail"*.

Considerando este exemplo assombroso de má utilização do *Big Data* para práticas que claramente violam direitos da personalidade, renova-se a atenção

<sup>48</sup> "China's plan to organize its society relies on 'big data' to rate everyone." (DENYER, Simon. *China's plan to organize its society relies on 'big data' to rate everyone*. The Washington Post, Oct. 2016. Disponível em: <[https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/chinas-plan-to-organize-its-whole-society-around-big-data-a-rating-for-everyone/2016/10/20/1cd0dd9c-9516-11e6-ae9d-0030ac1899cd\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/chinas-plan-to-organize-its-whole-society-around-big-data-a-rating-for-everyone/2016/10/20/1cd0dd9c-9516-11e6-ae9d-0030ac1899cd_story.html)>. Acesso em: 13 nov. 2016). Tradução livre: "O plano da China para organizar sua sociedade depende do "big data" para avaliar todos".

<sup>49</sup> "Harnessing the power of big data and the ubiquity of smartphones, ecommerce and social media in a society where 700 million people live large parts of their lives online, the plan will also vacuum up court, police, banking, tax and employment records. Doctors, teachers, local governments and businesses could additionally be scored by citizens for their professionalism and probity." (DENYER, Simon. China wants to give all of its citizens a score: and their rating could affect every area of their lives. Independent, Oct. 2016. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-surveillance-big-data-score-censorship-a7375221.html>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016. Tradução livre: "Aproveitando o poder do big data e a onipresença de smartphones, e-commerce e redes sociais em uma sociedade onde 700 milhões de pessoas vivem grandes partes de suas vidas on-line, o plano também irá captar dados judiciais, policiais, bancários, fiscais e registros de emprego. Médicos, professores, governos locais e empresas também poderiam ser avaliados pelos cidadãos por seu profissionalismo e probidade".

<sup>50</sup> "This is the most staggering, publicly announced, scaled use of big data I've ever Seen", says Michael Fertik, a Silicon Valley entrepreneur and author of *The Reputation Economy*." (OBBEMA, Fokke; VLASKAMP, Marije; PERSSON, Michael. *China rates its own citizens* – Including online behaviour. The Volkskrant, Apr. 2015. Disponível em: <<http://www.volkskrant.nl/buitenland/china-rates-its-own-citizens-including-online>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

necessária ao estabelecimento de mecanismos legais consentâneos com o atual estado da tecnologia, em que esta possa ser compatibilizada e harmonizada com a privacidade e a proteção de dados pessoais. Neste sentido, a LGPD foi elaborada com estes específicos mecanismos legais, haja vista que prevê a possibilidade de compartilhamento de dados para a execução de políticas públicas com a observância de normas que salvaguardam os direitos fundamentais. *Conclui-se que, de forma alguma, a LGPD admite a integração a priori dos dados em um cadastro unificado e gigantesco.*

Ademais, a LGPD obriga, no seu art. 23, que as pessoas jurídicas de direito público interno previstas no parágrafo único do art. 1º da Lei de Acesso à Informação observem, em relação ao tratamento de dados pessoais que estão sob a sua guarda, que este se dê para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I- Sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

II- Seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais.

O art. 4º do Decreto nº 10.046/2019 prevê a criação de 3 níveis de compartilhamento, de acordo com sua confidencialidade (amplo, restrito e específico), ficando a cargo do “gestor de dados” a categorização do nível de compartilhamento. A opacidade desta regra é preocupante e o nível de governança desse sistema padece de grande subjetividade. E esse “gestor de dados” foge completamente às figuras do controlador e do operador, previstas na LGPD. Outrossim, o “gestor de dados” também não se compatibiliza com a figura do *encarregado*, conforme o disposto no art. 23, inciso III, da lei geral.

É importante ressaltar que *interligar bases de dados e permitir o seu cruzamento sem critérios que sejam devidamente esclarecidos enfraquece o direito à autodeterminação informativa*. Os titulares dos dados serão privados de informações claras, adequadas e facilmente acessíveis sobre a coleta e sobre a realização do tratamento dos dados. O cidadão estaria obrigado a aceitar a coleta estatal de um dado pessoal para uma determinada finalidade (como a execução de uma determinada política pública), com base no art. 7º, inciso III, da LGPD. Contudo, estaria vivendo em um regime de insegurança, posto que o dado coletado mediante aquela finalidade poderia ser utilizado seguidamente para uma outra finalidade, sem o seu conhecimento. Isso viola a LGPD e estaria em desconformidade com as regras e os padrões internacionais de proteção de dados.

Melhor explicando: a LGPD prevê que o tratamento e compartilhamento de dados pela administração pública, entre as hipóteses elencadas nas bases legais do

art. 7º, restringe-se aos dados necessários para a execução daquela determinada política pública, não para uma cadeia indefinida e indeterminada de finalidades inadequadas e/ou obscuras.

*Entendemos que qualquer compartilhamento de dados pessoais sem critérios claros, sem a finalidade adequada (e bem definida) e com preocupante opacidade quanto aos procedimentos adotados estaria vedado pela LGPD e violaria os dispositivos constitucionais atinentes à privacidade e à proteção de dados.*

### **5.3- CRIAÇÃO DE NOVOS CONCEITOS DE DADOS PESSOAIS ALHEIOS À LGPD: AMPLIAÇÃO DA COLETA DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E CRIAÇÃO DE UM SISTEMA DE VIGILÂNCIA MASSIVO?**

Causou perplexidade entre os especialistas em proteção de dados a inserção, no Cadastro Base do Cidadão criado pelo Decreto nº 10.046/2019, de *conceitos estranhos à LGPD* no que diz respeito aos dados pessoais, como atributos biográficos e biométricos. Os atributos biométricos, em uma *relação não taxativa* (art. 2º, II, do Decreto), incluem a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar. *Desta forma, amplia-se sobremaneira a extensão dos dados cadastrais que serão coletados e tratados pelos órgãos governamentais.*

*O conteúdo dos dados biográficos inclui dados inexistentes nas anteriores bases cadastrais e de conceituação extremamente vaga, como “fatos da sua vida” (art. 2º, I, do Decreto nº 10.046/2019) e “grupo familiar”. Atualmente o conceito de família já não se limita à família biológica, mas inclui a família socioafetiva, o que, por si só, amplia a base de dados biográficos dos cidadãos.*

Como a chamada *Biometria Comportamental* está em franca expansão, sendo especialmente incorporada pelas tecnologias de monitoramento, temos um indício de que a coleta desses dados poderá ser massiva, com o argumento de que o Estado está adotando políticas públicas para evitar fraudes e para promover maior segurança para a população. *Essas políticas deveriam ser adotadas com maior grau de transparência, sob pena de se criar um estado de permanente vigilância, com drásticas consequências para os direitos individuais.*

Além disso, as chamadas *base integradora e base temática* (art. 2º, incisos VI e VII do Decreto nº 10.046/2019), *que integrarão os atributos biográficos previstos no art. 2º, I, e os atributos biométricos, provocam indagações sobre o contexto em que ocorrerão o tratamento e a utilização dessas novas bases e o cruzamento desses dados*, especialmente diante do avanço dos sistemas de tratamento automatizado e dos mecanismos de decisão automatizada decorrentes do crescimento exponencial da inteligência artificial, como o reconhecimento facial. Tais informações podem ser utilizadas para um controle político intenso dos cidadãos, típico de regimes totalitários.

Outrossim, uma grande preocupação surge do *descompasso entre as normas do Decreto nº 10.046/2019 e o tratamento que a LGPD disciplina para a coleta dos dados pessoais sensíveis*, que estão elencados no art. 5º, inciso II: dado pessoal sobre

origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; dado referente à saúde ou à vida sexual; dado genético ou biométrico.

Como são conceitos novos, criados pelo Decreto nº 10.046/2019, surge outra pergunta: *serão considerados dados pessoais sensíveis esses atributos biográficos e biométricos que integrarão as bases integradora e temática? Serão observadas as regras específicas do art. 11 da LGPD, que exigem procedimentos diferenciados para a coleta e o tratamento de dados sensíveis? Será dada publicidade à dispensa do consentimento, nos termos do §2º do art. 11 e do inciso I do art. 23 da LGPD?*

#### 5.4- RISCOS IMEDIATOS RELATIVOS À SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO: A LGPD SERÁ RELEGADA A UM CARÁTER MERAMENTE DECORATIVO?

O vazamento de dados é um tema que tem chamado cada vez mais atenção, não apenas em âmbito nacional, mas especialmente na esfera internacional, e esse foi um dos maiores impulsos para a criação de lei específica sobre o tema. Como é do conhecimento geral, uma das exigências para o ingresso do Brasil na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e em outras entidades internacionais importantes, como a Eurojustice e a Europol, foi a aprovação de uma lei geral de proteção de dados, mas é necessário que o nosso país demonstre que a LGPD não terá um caráter meramente decorativo. Todos os países que ingressam na OCDE devem cumprir requisitos técnicos para se adequar aos princípios defendidos pela Organização, que incluem a proteção dos dados pessoais nas transações comerciais.

A pesquisa anual da IBM em parceria com o Instituto Ponemon (*Cost of a Data Breach*) indicou que o Brasil é o quarto país no *ranking* de registros de dados vazados, com 26.523 registros, atrás apenas de Oriente Médio (38.800), Índia (35.636) e EUA (32.434). No ano de 2019, apenas em relação a bases públicas (tanto em órgãos públicos, como em serviços privados exercidos por delegação do Poder Público), ocorreram inúmeros vazamentos de dados pessoais em órgãos públicos, como nos DETRANS de diversos estados e nos sistemas do Governo do Distrito Federal.

Nos Cartórios do Registro Civil das Pessoas Naturais em São Paulo, a situação tomou um tom ainda mais dramático. Segundo matérias jornalísticas, foram vazados 988 mil arquivos, sendo que um único deles teria 381 mil certidões de nascimento com informações de cerca de 1 milhão de pessoas. E o mais assustador: essas informações ficaram dois meses *online*, à disposição de quem quisesse copiá-las.<sup>51</sup>

O próprio CTIRGov, órgão do governo federal, possui estatísticas assombrosas com milhares de registros acerca de incidentes cibernéticos relacionados à segurança dos sistemas de computação ou das redes de computadores em órgãos ou entidades dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/29/falha-de-cartorios-expoe-dados-de-ao-menos-1-milhao-de-pais-maes-e-filhos.htm>>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

<sup>52</sup> Disponível em: <[www.ctir.gov.br](http://www.ctir.gov.br)>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

Buscando uma outra experiência sem precedentes de centralização dos dados de milhões de cidadãos, verificamos o que ocorreu na Índia, em que um conjunto de vazamentos de dados biométricos e outras informações pessoais expôs cerca de 130 milhões de pessoas ao risco de fraudes e outros crimes digitais. De acordo com o *Centre for Internet and Society* (CIS) de Bangalore, brechas em quatro bancos de dados gerenciados pelas autoridades indianas revelaram na internet os números de identificação não somente dos cidadãos indianos, mas também de qualquer pessoa que more e trabalhe na Índia. Nesse país oriental, cada pessoa tem um número de identificação, do sistema Aadhaar, que é um código com 12 dígitos. Esses códigos são mantidos em um banco de dados central da *Unique Identification Authority of India*, onde ficam ligados a dados biométricos que combinam a leitura de íris e as impressões digitais. Segundo a organização CIS, esses vazamentos são sintomáticos de um dano significativo e potencialmente irreversível à privacidade dos indianos.

Assim como se procura justificar a implantação do Cadastro Base do Cidadão, na Índia, a criação do sistema Aadhar foi enaltecida como um sistema que aplicaria a biometria para evitar fraudes e garantiria o acesso facilitado a programas de saúde, educação e assistência pública. Entretanto, as controvérsias sobre questões relativas à privacidade surgiram desde o início e a segurança do sistema foi questionada diante da escala gigantesca da empreitada.<sup>53</sup> Os resultados desastrosos mostram os danos à privacidade e à proteção de dados sendo descortinados. Contudo, muitos pesquisadores e jornalistas indianos que identificaram brechas no descomunal projeto de identidade nacional da Índia alegam que foram perseguidos por agências do governo e estão sendo acusados criminalmente por causa do seu trabalho investigativo.<sup>54</sup>

*Em conclusão, as vulnerabilidades de um banco de dados gigantesco, como aquele disciplinado pelo Decreto nº 10.046/2019, sugerem imensos riscos de vazamentos e de incidentes de segurança que podem comprometer irreversivelmente a privacidade e a proteção de dados dos cidadãos brasileiros.*

## 5.5- SUPERPOSIÇÃO DE ÓRGÃOS E PROBLEMAS DE GOVERNANÇA, DE FISCALIZAÇÃO E DE ENFORCEMENT

O Decreto nº 10.046 entrou em vigor na data da sua publicação. No art. 21, institui o Comitê Central de Governança, cujos membros seriam indicados em até 15 dias, ou seja, até o dia 24 de outubro de 2019. O Comitê é integrado apenas por funcionários da administração direta, sem qualquer previsão de composição multissetorial. *Todavia, em questões relacionadas à tecnologia, a experiência brasileira (e internacional) mostra que o multissetorialismo é a melhor prática.* A participação no Comitê (com garantia de assento) do setor privado, da sociedade civil organizada e da comunidade técnica garantiria que as questões relacionadas entre direito e

<sup>53</sup> Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/seguranca-de-dados/116338-vazamento-dados-biometricos-expoe-130-milhoes-risco-fraude-india.htm>>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

<sup>54</sup> Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN1H10VF-OBRWD>>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

tecnologia tivessem uma visão multidisciplinar. A LGPD e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.485/2014) apontam para essa composição, com o Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade (CNPd) e o Comitê Gestor da Internet (CGI.Br).

*Além disso, não ficou evidenciado se esse órgão terá alguma vinculação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, o que causa grande preocupação, visto que, sendo um comitê que definirá questões fundamentais para o sistema jurídico de proteção de dados pessoais, a ausência de interlocução nessa matéria poderá produzir decisões contraditórias e até mesmo desastrosas para os titulares de dados pessoais.*

*Mais grave: além de não ficar clara a vinculação com a ANPD, há evidências de que haverá um eventual conflito de atribuições ou mesmo uma superposição de atribuições entre a ANPD e o Comitê Central de Governança, diante das antinomias de normas jurídicas, como se vê a seguir.*

O art. 55-K da LGPD prevê que a aplicação das sanções previstas na lei compete exclusivamente à ANPD e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.

Nos termos do parágrafo único do art. 55-K, a ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.

O art. 21 do Decreto nº 10.046/2019 dispõe que fica instituído o Comitê Central de Governança de Dados, a quem compete deliberar sobre diversas matérias que deveriam ser objeto de deliberação da ANPD. Além disso, o art. 26 do Decreto prevê que as controvérsias no compartilhamento de dados entre órgãos e entidades públicas federais solicitantes de dados e o gestor de dados serão decididas pelo Comitê Central de Governança de Dados, com a possibilidade de consulta ao Comitê Interministerial de Governança, sem qualquer previsão de consulta à ANPD.

E o fato de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não ter sido nomeada causa maior insegurança jurídica aos titulares de dados pessoais, visto que compete à ANPD solicitar aos órgãos e às entidades do poder público informações sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento da LGPD. Com a autonomia técnica e decisória assegurada à ANPD pelo art. 55-B, há uma grande expectativa de que a sua atuação técnica possa garantir a efetiva implementação da lei, sendo de vital importância medidas como a solicitação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e a sugestão da adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público (art. 31 da LGPD).

Atribuições fundamentais da ANPD, relacionadas aos seus poderes de fiscalização e de *enforcement*, previstas no art. 31 da LGPD, incluem, ainda, a averiguação de violações em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos e a adoção de medidas cabíveis para fazer cessar a violação, inclusive as sanções

*administrativas previstas nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do art. 52, que podem ser aplicadas às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto no Estatuto do Servidor Público, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Acesso à Informação (nova redação do §3º do art. 52 da LGPD, após a derrubada, pelo Congresso Nacional, dos vetos presidenciais).*

É lícito assegurar que competências específicas do Conselho Nacional de Proteção de Dados e da Privacidade contribuirão positivamente para a atuação da ANPD, auxiliando na formulação das diretrizes estratégicas e para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, com especial atenção aos dados pessoais tratados pelo Poder Público.

## **5.6- DA NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS ATINENTES À PROTEÇÃO DE DADOS EM CONSONÂNCIA COM AS REGRAS DE TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS**

Atualmente, praticamente todas as empresas atuam com a coleta e o tratamento de dados pessoais, seja no seu cadastro de clientes, seja na análise de grandes quantidades de informações para extrair resultados, seja na gestão da folha de pagamentos; melhor dizendo, os dados estão em todos os setores da economia. Considerando que hoje, para as novas tecnologias e para os atuais modelos de negócios, as fronteiras geográficas estão desaparecendo, é fundamental que estes dados circulem pelo mundo, não só nos diversos servidores, mas em sistemas de armazenamento em nuvem e de *cloud computing*.

É importante mencionar que a LGPD, em seu artigo 33, a exemplo da GDPR, exige, para a *licitude da transferência internacional de dados*, que o outro país ou organismo envolvido em uma relação contratual proporcione *grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na lei. Quando isto não for possível, caberá ao controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na Lei, o que representa maiores gastos para as empresas envolvidas.*

Note-se que atualmente o Brasil não dispõe do reconhecimento do nível de proteção adequado pela comunidade europeia, o que significa dizer que as empresas europeias que realizam transferência internacional de dados com o Brasil enfrentam um custo *muito superior em relação a negócios com empresas de outros países da América do Sul* como a Argentina e o Uruguai, que atualmente são “homologados” na União Europeia neste quesito.

Na dura realidade enfrentada pelo empresariado local, a ausência de reconhecimento de elevado nível de proteção de dados no Brasil gera enormes custos para as empresas brasileiras e também para as empresas estrangeiras que querem estabelecer negociações com as nossas empresas, na medida em que esta situação implica aumento de exigências e burocracias para a comprovação das garantias de cumprimento dos princípios de proteção de dados, dos direitos do titular e do regime

geral de proteção de dados previstos na LGPD e na GDPR, encarecendo bastante os produtos e serviços brasileiros.

*Isto significa dizer que o Decreto nº 10.046/2019 poderá representar um indesejado obstáculo para que o Brasil obtenha o tão desejado reconhecimento formal dos europeus como país com nível adequado de proteção de dados. Neste diapasão, a almejada certificação está seriamente colocada em risco, porquanto as regras atinentes à tutela de dados pessoais não se mostrarão efetivas com a nova sistematização introduzida pelo decreto, sistemática esta que possibilita, em tese, a violação de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.*

Como já destacado anteriormente, as Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (“Diretrizes sobre a Privacidade”) foram adotadas como Recomendação do Conselho da OCDE em apoio aos três princípios comuns aos países membros da OECD: democracia pluralista, respeito aos direitos humanos e economias de mercado aberto. Os países Membros da OCDE devem estabelecer procedimentos e instituições legais e administrativas efetivas e comprometidas com a proteção da privacidade e da liberdade pessoal em matéria de dados pessoais.

*Não se pode retroceder em relação a conquistas no campo dos direitos fundamentais, na medida em que, além de todos os pontos destacados, temos hoje a oportunidade de implantar uma legislação alinhada às melhores práticas internacionais, crucial para o desenvolvimento do ambiente de negócios e para as transferências internacionais, a fim de promover a melhora de competitividade das empresas brasileiras.*

## **5.7- A IRRESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, SENDO FONTE DE INSEGURANÇA JURÍDICA E GERANDO IMPACTOS ECONÔMICOS NEGATIVOS**

A Lei nº 13.874/2019 proclama, em seu preâmbulo, a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, estabelecendo garantias de livre mercado e alterando diversas leis, entre elas o Código Civil, a CLT, a Lei das Sociedades Anônimas e a Lei dos Registros Públicos.

A Lei nº 13.874/19 também inseriu *a análise do impacto regulatório* como medida importante a ser adequadamente tratada. O art. 5º determinou a realização da análise do impacto regulatório antes da edição e da alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. Essa análise deve considerar *os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico*.

Outrossim, a Lei nº 13.874/19 combate expressamente o *abuso do poder regulatório*, assim descrito, em síntese, como aquele que redige enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios.

Ademais, cumpre informar que o Brasil caiu 15 posições no *Doing Business 2020*, ranking do Banco Mundial que analisa a regulamentação do ambiente de negócios.

Entre 190 economias, o país caiu da 109ª para 124ª colocação, aproximando-se da posição que ocupou durante 2017 e 2018. Nações como México (60ª), Índia (63ª) e África do Sul (84ª) estão à nossa frente. São analisadas as cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro e os dados são relativos ao mês de maio de 2019.

A despeito dos contornos mais ou menos incisivos da atuação dos agentes econômicos, *a criação do Cadastro Base do Cidadão*, nos termos definidos pelo Decreto nº 10.046/2019, *ensejará insegurança jurídica e produzirá negativas repercussões econômicas que afastarão os investimentos no Brasil*.

Nestes termos, a edição do Decreto nº 10.046/2019, de forma descoordenada e sem a devida consonância com a LGPD, configura-se uma situação *sui generis* em que o Administrador Público propõe uma concentração de dados pessoais em um único cadastro unificado, em um ambiente inóspito, *sem a existência de processos de conformidade legal com a proteção de dados pessoais, podendo gerar danos aos titulares de dados pessoais, caracterizando-se, em tese, a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, amparada na teoria do risco administrativo*.

*Em conclusão, diante da ausência total de elementos concretos de processo de conformidade legal com a proteção de dados pessoais, a implantação do Cadastro Base do Cidadão, nos moldes criados pelo Decreto nº 10.046/2019, colocaria em risco todas as atividades de atração de investimentos, prejudicando o ambiente de negócios, assim como, possibilitaria atração de riscos de responsabilização para os entes públicos e para os gestores públicos.*

## **6- PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RESTRIÇÕES AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VEDAÇÃO AO “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”**

### **6.1- DECISÕES QUE RESTRINGEM O COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ÁREAS ADMINISTRATIVA E CÍVEL)**

O Supremo Tribunal Federal tem dois precedentes importantes para o balizamento da questão atinente ao compartilhamento dos dados entre órgãos públicos. Toda a argumentação exposta neste parecer e os precedentes que serão apresentados podem levar ao questionamento da constitucionalidade de dispositivos do Decreto nº 10.046/2019, impedindo-se a criação do tal cadastro unificado como foi concebido no ato normativo do Poder Executivo Federal.

No Mandado de Segurança MS 36150 MC/DF, impetrado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP contra o Acórdão 2609/2018 do Tribunal de Contas da União – TCU, o INEP *insurge-se contra a decisão do TCU, proferida nos autos do Processo TCU 032.908/2017-2, que determinou a entrega de dados individualizados do Censo Educacional e do ENEM para auditoria do Programa Bolsa Família*.

No supracitado mandado de segurança, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, concede a liminar com fundamento no art. 5º, incisos X, XIV e XXXIII, da Constituição Federal, e na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), que asseguram o sigilo de dados pessoais. Além disso, o Ministro baseia-se no princípio da finalidade, posto que considera que as informações prestadas ao INEP pelos jovens estudantes são fornecidas para o atendimento de uma determinada finalidade declarada no ato da coleta de dados, não podendo ocorrer a transmissão desses dados para outro órgão público para atendimento de finalidade diversa.

**Ementa:** DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TCU. SIGILO ESTATÍSTICO. DADOS INDIVIDUALIZADOS DO ENEM E DO CENSO ESCOLAR. 1. Mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP contra acórdão do TCU que determinou a entrega de dados individualizados do Censo Escolar e do ENEM para auditoria do Programa Bolsa Família. 2. O art. 5º, X, XIV e XXXIII, da CF/1988, e a Lei nº 12.527/2011 – Lei de acesso à informação – asseguram o sigilo de dados pessoais. A divergência quanto ao dever de sigilo do INEP sobre os dados requisitados pelo TCU é matéria sujeita à reserva de jurisdição, não cabendo ao órgão de controle externo decidir sobre a caracterização de ofensa à garantia constitucional. 3. As informações prestadas ao INEP são fornecidas por jovens estudantes para o atendimento de uma finalidade declarada no ato da coleta dos dados e sob a garantia de sigilo das informações pessoais. É plausível a alegação de que a transmissão desses dados para finalidade diversa: (i) subverte a autorização daqueles que concordaram em prestar as declarações; e (ii) coloca em risco a capacidade do INEP de pesquisar e monitorar políticas públicas. 4. Além disso, o fornecimento dos dados requisitados pelo TCU esvaziaria o objeto da impetração, o que justifica o deferimento da liminar. 5. Perigo de dano demonstrado diante da iminência de incidência de multa e da aplicação de sanção de afastamento da autoridade responsável pela entrega dos dados. 6. Liminar concedida.<sup>55</sup>

O segundo precedente do STF que restringe o compartilhamento de dados entre órgãos públicos encontra-se na decisão liminar proferida pela Ministra Cármen Lúcia na Medida Cautelar em Suspensão de Liminar nº 1103 SP, na qual o Instituto Brasileiro

<sup>55</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28INEP+E+TCU%29%28%28ROBERTO+BARROSO%29%2ENORL%2E+OU+%28ROBERTO+BARROSO%29%2ENPRO%2E+OU+%28ROBERTO+BARROSO%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/w45c2o7> Acesso em: 11 de novembro de 2019.

de Geografia e Estatística – IBGE insurge-se contra uma decisão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, proferida na Apelação Cível nº 000568 7 -25.2012.4.03.6108/SP, em que são partes o Ministério Público Federal e o IBGE.

Ao decidir a favor do IBGE, a Relatora prestigia a proteção ao sigilo estatístico, alegadamente indispensável às atividades desempenhadas pelo IBGE e à garantia da fidelidade dos dados estatísticos pelos quais subsidiada a elaboração de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento socioeconômico e regional, objetivo fundamental da República (art. 3º da Constituição da República):

(...) Nesse cenário, o cumprimento da determinação judicial de prestar as informações requisitadas pelo Ministério Público Federal, mediante o afastamento excepcional do sigilo estatístico, surge como grave precedente e parece ganhar contornos extravagantes. Tanto não induz, por outro lado, reconhecer caráter absoluto ao sigilo de dados estatístico levantados pelo IBGE, que pode vir a ceder por determinação judicial quando as circunstâncias do caso concreto assim impuserem.

Não fosse apenas isso a recomendar a suspensão dos efeitos da decisão contrastada, a execução provisória da obrigação de fazer, mediante o fornecimento da identificação pessoal postulada pelo Ministério Público, não poderia ser revertida no futuro, conduzindo ao prejuízo da presente suspensão de liminar e dos eventuais recursos que, porventura, venham a ser dirigidos pelo IBGE aos Tribunais Superiores.

9. Assim, o exame preliminar e superficial da causa conduz a reconhecer que o afastamento do sigilo estatístico imposto pela decisão contrastada dispõe de potencialidade lesiva à ordem pública, por abalar a confiança daqueles que prestam as informações aos entrevistadores do IBGE, comprometendo a fidelidade e veracidade dos dados fornecidos e, por conseguinte, a própria finalidade daquele Instituto, a subsidiar a elaboração de políticas públicas em benefício da sociedade.

10. Pelo exposto, defiro liminarmente o requerimento para suspenderem-se os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região no julgamento da Apelação Cível nº 000568725.2012.4.03.6108/SP (art. 12, §1º, da Lei nº 7.347/1985, art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311747237&ext=.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

## 6.2- OS RISCOS DO “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”, QUE PROMOVE RETROCESSO DEMOCRÁTICO E VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, através de importante decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso, restabeleceu o mandato dos membros do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que haviam sido destituídos imotivadamente através do Decreto nº 10.003/2019. Este Decreto do Presidente da República alterou as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conanda e promoveu a destituição imotivada de todos os seus membros, no curso regular dos seus mandatos.

A decisão do Ministro Barroso foi proferida nos autos da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 622 / Distrito Federal, proposta pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, que afirmou que a norma impugnada esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (art. 5º, CF), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e de vedação ao retrocesso institucional (art. 1º, *caput* e III; art. 5º, XXXVI e §1º; art. 60, §4º, CF).

Insta salientar que a decisão em tela faz um extenso arrazoado do chamado “*constitucionalismo abusivo*”, fenômeno danoso que vem atingindo os regimes democráticos, cuja expressão foi cunhada por David Landau<sup>57</sup>. Essa forma de constitucionalismo utiliza institutos de origem democrática para ceifar o pluralismo em um determinado país, “adaptando” os próprios mecanismos formais do sistema democrático para minar a democracia e os direitos fundamentais. Com muita propriedade, aduz o Ministro Relator:

(...) os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.

Esse fenômeno tem recebido na ordem internacional diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo

<sup>57</sup> LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. University of California Davis Law Review, Estados Unidos vol. 47, nº 1, 2013, p. 189-260.

de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc.; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo.<sup>58</sup>

Deve-se ressaltar que as alterações normativas promovidas pelo Decreto nº 10.003/2019, à semelhança das alterações normativas previstas no Decreto nº 10.046/2019, sinalizam que a edição dos referidos decretos ocorreu no contexto em que havia uma impossibilidade – constitucional e legal –, de diminuição e/ou supressão dos direitos fundamentais.

Neste parecer, demonstramos que, através da edição do Decreto nº 10.046/2019, criou-se uma aparente legalidade para, em verdade, serem promovidas alterações profundas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que solapam os direitos dos titulares de dados pessoais e promovem a quase-exclusão do Poder Público Federal do arcabouço normativo da LGPD. Devem-se observar os limites necessários para que o poder normativo conferido pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo Federal não seja um instrumento oposto ao que disciplina a própria Lei Fundamental da República.

*Em conclusão, destacamos que os atos discricionários do Presidente da República, ao exercer a direção superior da administração pública federal e ao regulamentar e dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Poder Executivo, encontram limites na Constituição da República e nas leis federais. A inobservância desses limites autoriza o Poder Judiciário a revisá-los porque, nesta hipótese, estamos diante de um juízo quanto à constitucionalidade e à legalidade dos atos do Chefe do Poder Executivo.*

*Reiterando as palavras do Ministro Roberto Barroso, entendemos que cabe à Corte Constitucional, como a corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, estar atenta a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes abusiva e distorcida, de violação a direitos fundamentais e de retrocesso democrático, como entendemos ser exatamente o que resulta do Decreto nº 10.046/2019, nos termos expostos neste parecer.*

<sup>58</sup> Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/efddc66cf24522b5830084f2ee8430ca.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

## 7- CONCLUSÃO

Inicialmente, entendemos que devem ser olvidados todos os esforços junto ao Congresso Nacional para que o Decreto nº 10.046/2019 seja suspenso através da iniciativa dos Projetos de Decreto Legislativo mencionados neste parecer – os PDLs 661, 673 e 675/2019 –, haja vista as incongruências, deficiências regulatórias e violações a disposições constitucionais relativas à privacidade e à proteção de dados pessoais que o Decreto nº 10.046/2019 apresenta.

Concomitantemente, consideramos fundamental que sejam adotadas medidas políticas e jurídicas destinadas à cobrança da nomeação e instalação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. É importante destacar que, enquanto não se instala a ANPD, temos um decreto presidencial em vigor há mais de três meses, atribuindo a um órgão monosssetorial (somente com integrantes do governo federal e sem qualquer participação dos órgãos multissetoriais) a competência relativa à tomada de decisões importantes na esfera da privacidade e da proteção de dados dos brasileiros, adultos ou crianças. Essas atribuições previstas no Decreto nº 10.046/2019 conflitam-se com as atribuições da própria ANPD, criam insegurança jurídica e podem ocasionar riscos e/ou danos aos titulares de dados pessoais.

*No tocante à medida judicial sugerida neste parecer, conclui-se que o Decreto nº 10.046/2019 assume a figura de um ato normativo primário que exorbita os poderes normativos previstos no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal e viola os dispositivos previstos no art. 5º, incisos X, XII, XIV e XXXIII, e art. 84, incisos IV e VI, a, da Carta Magna, desafiando a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ou de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, legitimado nos termos do art. 103, VII, da Constituição Federal.*

Este é o parecer,

S.M.J.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2020.

**LUCIA MARIA TEIXEIRA FERREIRA**

OAB/RJ 207.385

Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ



## PARECER

MPRJ: nº 2016.00648940

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS  
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

Assunto: Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: Promotoria de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – São Gonçalo

Suscitado: 1ª PJTC de São Gonçalo

### PARECER DA ASSESSORIA

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de São Gonçalo em face da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo, a respeito da atribuição para atuar em procedimento que versa sobre o resultado de fiscalização efetuada em unidades de atendimento de proteção à mulher vítima de violência doméstica, cujos respectivos relatórios apontaram irregularidades, consistentes na necessidade de provimento de equipamentos e de realização de obras para as suas reativações e regular funcionamento. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não tem competência para julgar as omissões do Poder Público em relação às políticas públicas, inclusive de atendimento à mulher e no enfrentamento à violência doméstica. Precedentes do STJ. Enunciado nº 3 do CNJ. As Promotorias de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem atribuição tão somente fiscalizadora dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Inteligência dos arts. 1º e 2º, *caput*, ambos a Resolução GPGJ nº 2097/2017. Atribuição residual do órgão suscitado para atuar no caso versado, na forma do previsto no art. 2º, I da Resolução GPGJ nº 1173/2003 ajustado ao art. 1º da Portaria Conjunta nº 1/2016/PJTCSG. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, seja declarada a atribuição da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo para prosseguir oficiando no feito.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de conflito negativo de atribuição, onde figura como órgão suscitante a Promotoria de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de São Gonçalo e como órgão suscitado a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo, a respeito da atribuição para atuar em procedimento que versa sobre o resultado da fiscalização efetuada nos CENTROS DE ORIENTAÇÃO À MULHER PATRÍCIA ACIOLI e ZUZU ANGEL, e na CASA ABRIGO DE SÃO GONÇALO, todos situados em São Gonçalo, cujos respectivos relatórios apontaram irregularidades naquelas unidades de atendimento, consistentes na necessidade de provimento de equipamentos e de realização de obras para as suas reativações e regular funcionamento (fls. 04-18), providências estas a serem adotadas pelo Poder Público.

O órgão suscitado declinou da sua atribuição ao argumento de que compete ao suscitante não só a tarefa de fiscalizar as unidades de atendimento à mulher, mas também, em conjunto com o Poder Público, a de adotar as medidas para a melhoria, adequações e aperfeiçoamento objetivando assegurar os direitos fundamentais da mulher (fls. 64-65 e documento de fl. 66).

Contrapondo-se, o órgão suscitante responde às fls. 67-71 (com o documento de fl. 12) afirmando que a sua atuação é eminentemente voltada para a persecução penal dos fatos típicos previstos na Lei Maria da Penha, sendo certo que, no que tange aos centros de atendimento à mulher em situação de violência, lhe foi conferida atribuição para tão somente fiscalizar aquelas unidades de apoio social visando avaliar as condições estruturais e os serviços prestados, conforme se infere do disposto nos arts. 1º e 2º da Resolução nº 2097/2017.

Conclui dizendo que a atribuição para demandar as omissões do Poder Público em relação às políticas públicas, inclusive de atendimento à mulher e no enfrentamento à violência doméstica é do suscitado.

Esse é o breve relatório.

## I – DA ADMISSIBILIDADE

Conforme a lição de Emerson Garcia, configura-se o conflito negativo de atribuições quando *“dois ou mais órgãos de execução do Ministério Público entendem não possuir atribuição para a prática de determinado ato”*, indicando-se reciprocamente, um e outro, como sendo aquele que deverá atuar<sup>1</sup>.

A questão levantada observou a forma e o prazo previstos no art. 5º, § Único da Resolução GPGJ nº 1769/2012<sup>2</sup>, sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse

<sup>1</sup> GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro Lumen Juris, 2005, p. 196

<sup>2</sup> Art. 5º – Parágrafo único – Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será suscitado, de modo fundamentado, nos próprios autos ou em petição dirigida ao Procurador-Geral de Justiça, que decidirá a questão no prazo de 30 (trinta) dias.

consoante disposto nos arts. 10, X da Lei nº 8625/1993<sup>3</sup> e 11, XVI da Lei complementar nº 106/2003 do ERJ<sup>4</sup>.

Nessa esteira de ideias, a suscitação é tempestiva e encontra-se corretamente endereçada, restando caracterizado o conflito negativo de atribuições que deve, portanto, ser conhecido.

## II – DO MÉRITO

Assim como ocorre com o processo jurisdicional, no qual a identificação do órgão judicial competente é extraída dos próprios elementos da ação, também a identificação do órgão ministerial com atribuições para certo caso deve partir da hipótese concretamente considerada, ou seja, dos dados do caso concreto que constitui seu objeto. Nesse sentido ensina a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>5</sup> e Athos Gusmão Carneiro<sup>6</sup>.

O ponto nodal da questão reside em saber se o órgão de execução que atua perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher de São Gonçalo tem atribuição para propor uma ação coletiva objetivando compelir o Poder Público a implementar as medidas que se fazem necessárias para que os centros de atendimento à mulher vistoriados cumpram sua função nos termos da legislação de regência.

Considerando que a competência deste juizado especial é absoluta, e que apenas o suscitante tem atribuição para atuar privativamente perante ele, imperioso é que se perquiria se a pretensão a ser deduzida se insere no âmbito da competência do referido órgão jurisdicional.

Consoante a Lei nº 5337/2008 do ERJ, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo tem competência para processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma prevista na Lei Federal nº 11.340/2006<sup>7</sup>.

À vista do rol de medidas protetivas de urgência elencado na denominada Lei Maria da Penha, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que a atividade jurisdicional ali

<sup>3</sup> Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....  
X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

<sup>4</sup> Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....  
XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

<sup>5</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250/252.

<sup>6</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

<sup>7</sup> Art. 1º Constituem unidades jurisdicionais competentes para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma prevista na Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006:

I – Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

Art. 93, §4º Compete ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o julgamento dos fatos a que se refere a Lei Federal nº 11.340/2006, com a adoção do procedimento nela previsto.

desempenhada é, como salientado pelo suscitante, predominantemente de caráter penal<sup>8</sup>, contudo, o art. 14<sup>9</sup> estabelece que estes juizados especiais também têm competência cível. São órgãos jurisdicionais de natureza híbrida.

Esta atividade de natureza cível, entre outras hipóteses, abarca os casos estampados no art. 22, VI e §§ 1º e 4º e 23, I/IV da referida lei<sup>10</sup>, situações, registre-se, que devem contar com a efetiva participação do *Parquet*<sup>11</sup>.

Nessa ordem de ideias, ao suscitante é acometida, igualmente, atividade de natureza cível, restando, então, fixar-se qual o alcance do art. 26, II, segunda parte, da Lei nº 11.340/2006, dispositivo que regula diretamente o caso sob exame, e cujo teor é o seguinte:

<sup>8</sup> Art. 20. 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.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

<sup>9</sup> Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

<sup>10</sup> 22-V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§1º– As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§4º– Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

<sup>11</sup> Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 26. *Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:*

.....

*II – fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;*

Veja-se que, de impulso, a resposta pode transparecer clara no sentido de que a aludida medida judicial deveria ser dirigida ao juizado especial protetivo da mulher em estrita observância ao *princípio da unidade de convicção*, segundo o qual “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a Justiça, não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízes diferentes”<sup>12</sup>. Essa conclusão, se firmada, atrairia a atuação do suscitante que funciona privativamente junto àquele juizado especial.

Entretanto, não é qualquer medida de natureza cível que estará afeta à apreciação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, mas apenas *aquela que decorra diretamente de prática de violência doméstica ou familiar contra mulher*, nos termos da Lei Maria da Penha.

O entendimento pretoriano tem-se inclinado nesse sentido, como faz ver o aresto proferido pelo STJ e abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DISTRIBUÍDA POR DEPENDÊNCIA À MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). 1. COMPETÊNCIA HÍBRIDA E

<sup>12</sup> 4. Outro aspecto importante da Lei nº 11.340/2006, que deve funcionar como um importante mecanismo de realização da garantia de acesso universal à justiça, é a adoção do princípio da unidade de convicção. Tal princípio foi expressamente examinado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, do STF, no julgamento do Comp 7.204-1/MG, em que se discutiu se seria da Justiça do Trabalho ou da Justiça Estadual a competência para examinar as demandas que tivessem por objeto indenização devida pelo empregador ao seu empregado em razão de acidente de trabalho. Em seu voto, o Min. Peluso afirmou que o princípio da unidade de convicção é aquele “segundo o qual, por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a Justiça, não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízes diferentes”. 5. Pois era exatamente isto que se queria aqui, em matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher. Não parece adequado, em um modelo afinado com o processo civil de resultados, que a um juízo (o criminal) caiba apreciar uma parte da causa e a outro, (o de família), aspecto distinto. Afinal, é difícil explicar para o jurisdicionado porque, por exemplo, o juízo de família considerou o demandado culpado pela separação tendo em vista a violência do cônjuge, a tornar insuportável a vida em comum, enquanto outro juízo, criminal, profere sentenças absolutórias. Ou vice-versa. Com a criação do Juizado afasta-se este risco, já que o mesmo órgão jurisdicional exercerá cognição sobre todos os elementos da causa, tanto os civis como os penais. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E O PROCESSO CIVIL*. Revista de Processo | vol. 168 | p. 255 | Fev / 2009DTR\2009\705)

CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO “JUIZADO” ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPOSTADO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. 2. POSTERIOR EXTINÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA. IRRELEVÂNCIA PARA EFEITO DE MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 14 da Lei nº 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar.

1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei nº 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. *Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza civil, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei nº 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.*

2. Na espécie, a ação de divórcio foi promovida em 16/6/2013, em meio à plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida, a ensejar a pretensão de dissolução do casamento. Por consectário, a posterior extinção daquela (em 8/10/2013), decorrente de acordo entabulado entre as partes, homologado pelo respectivo Juízo, afigura-se irrelevante para o efeito de se modificar a competência.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1496030/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 19/10/2015) (Grifou-se.)

O resultado dessa orientação forjou no cenário do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) o Enunciado nº 3 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cujo teor é o que se segue:

ENUNCIADO nº 3 do CNJ – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente.

Então, a defesa dos direitos transindividuais de natureza cível, ou não, escritos na lei de proteção à mulher só imporão ao suscitado o dever de agir nas hipóteses em que se caracterize a prática de violência doméstica ou familiar contra mulher, em regime de urgência, nos precisos termos da Lei Maria da Penha.

Veja-se que, na hipótese retratada nos autos, o que se pretende é compelir o Poder Público a implementar as medidas que se fazem necessárias para que os centros de atendimento à mulher vistoriados cumpram sua função nos termos da legislação de regência. A questão, portanto, diz respeito ao sistema da Rede Atendimento, ou seja, ao conjunto de ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento, à identificação e ao encaminhamento adequados das mulheres em situação de violência e à integralidade e à humanização do atendimento.

Não se identifica aqui a necessidade de qualquer resposta a uma ação decorrente, direta ou imediatamente, das situações emergenciais esculpidas na lei, senão a adoção de uma medida que apenas mediamente contamina o sistema de proteção.

Por isso, a melhor exegese é a de que *o Ministério Público* a que se refere o art. 25, II, segunda parte, da Lei nº 11.340/2006, *não é necessariamente o que atua junto ao juizado especial.*

Por esses motivos, assiste razão ao suscitante quando afirma que a atribuição para demandar as omissões do Poder Público em relação às políticas públicas, inclusive de atendimento à mulher e no enfrentamento à violência doméstica, não é sua, mas do suscitado.

Esta, inclusive, tem sido a prática forense empregada, como se vê da *Ação Civil Pública*, processo nº 399092-79.2014.8.19.0001, *com semelhantes causa de pedir e pedido, proposta pela 6ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital*, que tramitou junto ao Juízo de Direito da 14ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da

Capital, tendo sido prolatado acórdão<sup>13</sup> favorável ao MP, em evidente demonstração de que, tanto o *Parquet* fluminense, quanto à Justiça local – em ambas as instâncias – reconhecem que a atribuição e a competência para essa espécie de demanda não são dos órgãos especiais de suas respectivas instituições.

Certamente foi essa a abordagem que inspirou as regras internas que tratam do tema.

Veja-se que o art. 1º, § Único da Resolução GPGJ nº 1468/2008<sup>14</sup> comete ao suscitante oficial, privativamente, junto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *nas medidas cautelares protetivas de urgência* previstas na Lei nº 11.340.

Especificamente com relação ao objeto versado nestes autos, os arts. 1º e 2º, *caput*, ambos da Resolução GPGJ nº 2097/2017<sup>15</sup> *concedem ao suscitante tão somente*

<sup>13</sup> Décima Primeira Câmara Cível - Apelação Cível nº 0399092-79.2014.8.19.0001- Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - Apelados: Município do Rio de Janeiro Estado do Rio de Janeiro - Relator: Desembargador Claudio de Mello Tavares - A C Ó R D ã O: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, NECESSITANDO DA ESPECIAL PROTEÇÃO DO PODER PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO NO QUAL RESTOU APURADO QUE OS ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DESTINADOS A ESSA PROTEÇÃO NÃO VÊM CUMPRINDO ADEQUADAMENTE O SEU ENCARGO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EXPRESSA NA DESCONTÍNUA E PRECÁRIA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EQUIPAMENTOS PÚBLICOS QUE SE MOSTRAM CARENTES DE RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE QUADRO FIXO DE PESSOAL, FUNCIONANDO AS UNIDADES DE ATENDIMENTO À MULHER, EM SUA MAIORIA, COM MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA E TRABALHADORES TEMPORÁRIOS. INEXISTÊNCIA, POR OUTRO LADO, DE CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL DOS SERVIDORES. AGRAVAMENTO DO QUADRO VERIFICADO A PARTIR DO INGRESSO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM GRAVE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA, CULMINANDO COM A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS EM ALGUMAS DE SUAS UNIDADES. PRETENSÃO DEDUZIDA COM VISTAS À ADOÇÃO DE MEDIDAS POR PARTE DOS DEMANDADOS, À ESTRUTURAÇÃO ADEQUADA DOS ÓRGÃOS COMPONENTES DA REDE DE ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, QUER RELATIVAMENTE AO DIMENSIONAMENTO DOS RECURSOS HUMANOS, INCLUSIVE COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS, QUER NO QUE RESPEITA ÀS CONDIÇÕES FÍSICAS E MATERIAIS NECESSÁRIAS PARA O FUNCIONAMENTO DAS UNIDADES DE PROTEÇÃO. PEDIDO, NO ENTANTO, JULGADO IMPROCEDENTE. RAZÕES RECURSAIS APTAS À REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE DENEGAÇÃO DO PEDIDO A PRETEXTO DE QUE O PODER PÚBLICO NECESSITA POR VEZES DE FAZER “ESCOLHAS TRÁGICAS” E OBSERVAR O “PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL”. ARGUMENTOS EM TELA QUE SE CONSUBSTANCIAM CONSTRUÇÕES DE JURIDICIDADE QUESTIONÁVEL, PORQUANTO VOLTADOS A JUSTIFICAR O INCABÍVEL DESCUMPRIMENTO DA LEI PELO PRÓPRIO ENTE PÚBLICO A QUEM INCUMBE, POR RAZÕES ÓBVIAS, O INAFASTÁVEL DEVER DE OBSERVÂNCIA. INCIDÊNCIA À ESPÉCIE, SOBRETUDO, DO ARTIGO 226, §8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 11340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PROVIMENTO DO RECURSO. (Grifou-se.)

<sup>14</sup> “Art. 1º - (...)”

“Parágrafo único – Incumbe às Promotorias de Justiça junto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher oficial, privativamente, nas medidas cautelares protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, no âmbito das respectivas circunscrições territoriais.”  
RESOLUÇÃO GPGJ nº 1.860/ 2013.:

Art. 1º - Fica criada a Promotoria de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo, em correspondência a um dos cargos de Promotor de Justiça resultantes da transformação determinada pela Resolução GPGJ nº 1.809, de 06 de março de 2013, com atribuição para atuar perante o respectivo órgão jurisdicional.

“Art. 1º - (...)”

“Parágrafo único – Incumbe às Promotorias de Justiça junto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher oficial, privativamente, nas medidas cautelares protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, no âmbito das respectivas circunscrições territoriais.”

<sup>15</sup> CONSIDERANDO que é dever legal do Ministério Público fiscalizar as entidades públicas e particulares referidas no art. 26, II, da Lei Federal nº 11.340/06, destacando-se os programas de proteção destinados ao abrigamento de mulheres em situação de risco;  
CONSIDERANDO a necessidade de monitorar as atividades desenvolvidas nos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

*atribuição fiscalizadora* dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar e com o fim precípua de avaliar as condições estruturais dos serviços prestados e das atividades desenvolvidas, de forma a assegurar a observância dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Em consonância com o raciocínio desenvolvido, no sentido de que o juizado especial não tem competência para julgar tal demanda de caráter prestacional, a resolução acima referida não poderia ser mais realista do que o rei.

Ora, se o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo não tem competência para julgar tal demanda e se o suscitante tem atribuição específica e privativa para atuar apenas junto a esse juizado especial, de concluir-se que não terá atribuição para deduzir essa pretensão junto a juízo diverso, no caso, o geral de competência fazendária.

Na outra ponta, o órgão suscitado tem atribuição residual para atuar nas questões relativas à cidadania – como a do presente caso – que não se incluam na atribuição das 2ª e 3ª PJTC de São Gonçalo, na forma do previsto no art. 2º, I da Resolução GPGJ nº 1173/2003<sup>16</sup> ajustado ao art. 1º da Portaria Conjunta nº 1/2016/PJTCSG.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de, *conhecido o conflito negativo de atribuições, seja julgado procedente, com vistas à declaração da atribuição da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo* para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2017.

**MARLON OBERST CORDOVIL**

Procurador de Justiça  
Assistente da Assessoria  
de Atribuição Originária em Matéria Cível

CONSIDERANDO o que consta nos autos do Processo MPRJ nº 2015.00346628, relativo ao sistema informatizado Módulo Mulheres Livres;

CONSIDERANDO o que consta nos autos do Processo MPRJ nº 2016.01115306,

**R E S O L V E**

Art. 1º – *A fiscalização, pelo Ministério Público, nos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar tem o objetivo de avaliar as condições estruturais dos serviços prestados e das atividades desenvolvidas, de forma a assegurar a observância dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.* (Grifou-se.)

Art. 2º – Compete às Promotorias de Justiça com atribuição para officiar perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher realizar as atividades referidas no art. 1º.

<sup>16</sup> Art. 2º - Incumbe às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, com atribuição nas áreas territoriais correspondentes aos Núcleos definidos no art. 4º, além do disposto na legislação específica:

I – promover a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos interesses afetos à cidadania e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no âmbito judicial e no extrajudicial;

De acordo.

**CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR**

Procurador de Justiça  
Assessor-Chefe da Assessoria  
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref.: MPRJ 2016.00648940

Órgão de origem: Promotoria de Justiça junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

**SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL**

Subprocurador-Geral de Justiça  
de Assuntos Cíveis e Institucionais

Peças

• • •

## PEÇA PROCESSUAL

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos**

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**3º Grupo de Câmaras Criminais**

**Ação Penal Originária nº 0024229-24.2020.8.19.0000**

**Relator: Des. Fernando Antonio de Almeida**

Excelentíssimo Relator,  
Colendo Grupo de Câmaras,

Ação penal ajuizada em face de vereador. Inconstitucionalidade superveniente da prerrogativa de foro prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Linha evolutiva restritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prerrogativa de foro. Objetivação explícita da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade. Sistema de precedentes e o critério da *ratio decidendi* enquanto base justificatória de transposição da “norma” a casos futuros análogos. Unidade e integridade do Direito. Invalidação da norma inscrita no art. 161, inc. IV, “d”, “3”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Validade e eficácia dos atos investigativos, processuais e decisórios praticados sob a égide da norma então em vigor e da interpretação constitucional outrora perfilhada pelo STF. Declínio de competência.

### I. RELATÓRIO

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* ofereceu denúncia em face de *Saint Clair Esperança Passos*, Vereador à Câmara Municipal de Mesquita, pela prática do crime de desobediência especial capitulado no art. 8º, inc. VI, da Lei nº 7.853/89.

De acordo com a denúncia, a partir de dezembro de 2018, o denunciado, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Mesquita, omitiu-se e recusou-se a fornecer dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública na área da tutela coletiva da pessoa portadora de deficiência, deixando de cumprir

requisição formulada pelo Ministério Público no inquérito civil instaurado para fiscalizar o cumprimento, pelo Poder Público, da Lei nº 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), no que tange à reserva de vagas de outorga na frota de táxis para pessoas com deficiência no referido Município.

Notificado por despacho de fl. 12, o vereador denunciado apresentou resposta preliminar às fls. 14-16, acostando os documentos de fls. 17-54.

Embora o fato imputado tenha sido cometido durante o exercício do cargo, relacionando-se às funções, após o exercício da pretensão punitiva, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da prerrogativa de foro estabelecida pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro em favor de vereadores,  *julgando-a inconstitucional, por unanimidade,<sup>1</sup> em controle difuso.* (RHC nº 181.895/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2020)

Assim, torna-se imperioso analisar o alcance dos efeitos da referida decisão – que reconheceu a inconstitucionalidade da norma concessiva do foro por prerrogativa de função aos vereadores do Rio de Janeiro – no âmbito da competência originária para conhecer e julgar a presente demanda penal.

## II. LINHA EVOLUTIVA RESTRITIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRERROGATIVA DE FORO

De proêmio, convém observar que a mencionada decisão se insere no atual contexto restritivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função desde a tese fixada na Ação Penal nº 937-RJ, na qual a citada garantia foi limitada aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas pelo agente público nele investido.

Com o novo paradigma jurisprudencial, acendeu-se intenso debate na comunidade jurídica referente à aplicação da tese aos diversos cargos contemplados pela Constituição com igual prerrogativa, que não o de parlamentar federal em relação ao qual a decisão foi tomada (como os cargos de chefes do Poder Executivo, ministros de Estado, vereadores, defensores públicos, magistrados, membros do Ministério Público, entre outros).

Tanto que, logo depois, verbetes vinculantes foram submetidos à deliberação da Corte, visando dispor que *“a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública”* e que *“são inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses*

<sup>1</sup> Os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux e Roberto Barroso, que compõem a Primeira Turma do STF, votaram pela inconstitucionalidade do artigo 161, IV, “d”, “3”, da Constituição Estadual.

*de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria*".<sup>2</sup>

Não bastasse isso, mais recentemente, o Pretório Excelso acabou por declarar a inconstitucionalidade da regra prevista na Constituição do Estado do Maranhão (art. 81, inc. IV) que conferia foro privilegiado *"aos Procuradores do Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia"*, seguindo, pois, a atual tendência restritiva da competência originária na Corte, sob o fundamento de que a medida fere os princípios constitucionais da igualdade e do juiz natural.<sup>3</sup>

Nessa conjuntura, outras questões processuais foram sendo dirimidas pelo STF mediante aplicação daquela tese geral a casos concretos, sempre de modo restritivo: já se entendeu que a competência originária não prevalece na hipótese em que o agente detentor do foro se invista em outro cargo; ou, ainda, que tal garantia se desfaz ante a solução de continuidade entre mandatos.

Por seu turno, escorado na nova linha hermenêutica, o Superior Tribunal de Justiça aplicou, por simetria, o mesmo entendimento em relação ao cargo de governador de Estado (na Ação Penal nº 866/DF, Min. Rel. Luis Felipe Salomão), declinando da competência em favor do juízo de 1ª instância, sob o fundamento de que os fatos não guardavam relação de atualidade com o mandato exercido pelo chefe do Executivo estadual.

Agora o Supremo Tribunal Federal limitou, ainda mais, a prerrogativa de foro ao julgar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao prescrevê-la em benefício de vereadores dos seus Municípios, *"criou novo caso de competência especial por prerrogativa de função, o que é incompatível com a decisão liminar concedida em controle concentrado por esta Corte, na ADI nº 558 MC/RJ"*. (RHC nº 181.895/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2020)

Como se verá, essa decisão do Supremo Tribunal Federal *alargou o conteúdo objetivo do provimento cautelar concedido na citada ADI nº 558, de 1991*. De acordo com os próprios termos da fundamentação, *"embora não tenha sido abordada especificamente a regra encartada no art. 161, IV, "d", "3", da Constituição Estadual [a qual prevê o foro para vereadores] assentou, que silente a Constituição Federal sobre prerrogativas processuais penais dos integrantes das Câmaras Municipais, plausível é a conclusão de que não se deixou espaço à inserção de normas constitucionais locais"*.

Em que pese a decisão ter sido proferida em demanda subjetiva – portanto, em controle difuso de constitucionalidade –, os novos desenvolvimentos teóricos sobre a jurisdição constitucional, bem como a introjeção no processo civil brasileiro de um sistema de precedentes, exercem constrição sobre o julgamento de casos futuros que versem sobre questão análoga, para não dizer, idêntica.

<sup>2</sup> Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>>.

<sup>3</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411172>>.

### III. BREVES NOTAS SOBRE A TENDÊNCIA JURÍDICA DE OBJETIVAÇÃO OU ABSTRATIZAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não é nova a ideia de que o recurso extraordinário, instrumento de singular importância no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, tem como finalidade "assegurar a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição".<sup>4</sup> O raciocínio evidentemente pode ser aplicado em relação a qualquer instrumento processual ou recursal no qual o STF resolva questão constitucional incidente.

Como pontificam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET, "não há dúvida de que já houve avanços na concepção vetusta que têm caracterizado o recurso extraordinário entre nós. A Lei nº 10.259/2001, que retirou o caráter marcadamente subjetivo do recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais, deu ao recurso extraordinário características de defesa da ordem constitucional objetiva".<sup>5</sup>

No mesmo sentido, pode-se destacar a observação de PETER HABERLE segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo".<sup>6</sup>

Esta última faceta apontada por Haberle, como se verá adiante, constitui relevante vetor axiológico de interlocução e diálogo de completude entre as diversas decisões da Corte Suprema nos dois modelos de controle de constitucionalidade; permite que seus precedentes interpenetrem os respectivos âmbitos objetivos, de modo a interagir na linha da evolução histórica de compreensão da parametricidade constitucional, como garantia da integridade e progresso da jurisprudência constitucional.

A própria ideia de coletivização do processo, derivada da necessidade prática de se aumentar a efetividade da tutela jurisdicional, tem produzido intensa evolução nas categorias clássicas do direito processual, implicando modificação nas antigas regras individualistas quanto à legitimidade ativa e aos limites subjetivos da coisa julgada, com a introdução de uma série de novos mecanismos que repercutem na jurisdição constitucional, como visto.

Incidentes processuais em demandas repetitivas, a sistemática da repercussão geral, a modulação de efeitos, a admissão de terceiros, a previsão de *amicus curie*, entre outros instrumentos, ao pluralizarem o debate constitucional, têm por objetivo ampliar a eficácia das decisões dimanadas da Suprema Corte, de modo a legitimá-las, para além das partes litigantes no processo.

É o que a doutrina tem identificado como processo de *objetivação* ou *abstratização* do método de controle incidental no âmbito do STF, o que produz

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.263.

<sup>6</sup> *Apud, Op. cit.*, p. 1.263

resultados decisórios, quando não vinculantes, dotados de autoridade persuasiva a ser observada pelas demais instâncias judiciárias na perspectiva da unidade e integridade do Direito.

#### IV. SISTEMA DE PRECEDENTES E O CRITÉRIO DA *RATIO DECIDENDI* ENQUANTO BASE JUSTIFICATÓRIA DE TRANSPOSIÇÃO DA “NORMA” A CASOS FUTUROS ANÁLOGOS

Absorvidas pela ordem jurídica brasileira, aquelas noções constituem, de certo modo, o desdobramento lógico de uma aproximação entre sistemas jurídicos de origem diversa. De um lado, modelos da família de direito romano-germânica conferem, ao lado da lei positiva, relevância ao precedente jurisprudencial como fonte vinculante; de outro, sistemas originários da *common law* socorrem-se de regras positivas e estatutos legais para fins de organização político-jurídica do Estado e da sociedade, a par do precedente judiciário.

A literatura jurídica de países onde o Direito se desenvolveu segundo a tradição da *common law* é pródiga quanto a esse tipo de investigação em torno do sistema de precedentes, cujos avanços teóricos contemporâneos podem contribuir para melhor explicar o raciocínio jurídico envolvido no seu funcionamento, inclusive, perante as famílias legais romano-germânicas.

Nesse sentido, Ronald Dworkin ressalta a ideia de que *“a força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”* e, entre as conclusões sobre a responsabilidade judicial, *“a mais importante delas determina que ele [o juiz] deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”*.<sup>7</sup>

Tal reflexão nos impele, por razões de equidade e justiça, a conferir *peso* às decisões judiciais tomadas no passado, a despeito dos ritos legalmente previstos para fins de vinculatividade obrigatória, outorgando autoridade persuasiva aos julgados, especialmente, promanados de Tribunais Superiores.<sup>8</sup>

Na mesma linha, Frederick Schauer, após incursionar sobre a teoria e a prática do precedente, enfrentou o problema pertinente à identificação de *similaridades relevantes* entre a decisão pretérita e o caso futuro sobre o qual as partes confiam que seja solucionado, da mesma forma, pelos tribunais. Avaliando esse tema sob um prisma interno ao sistema, o autor encontra a solução na perspectiva da *ratio decidendi*, enquanto base ou justificação para a decisão anterior proferida pelo tribunal.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 177.

<sup>8</sup> Para uma explanação sobre essa questão, vide artigo de Roscoe Pound, intitulado *“What of stare decisis?”*, disponível em <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>>, onde o autor se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

Assim sendo, preleciona que “precisamos saber não apenas o que o tribunal decidiu, mas porque assim decidiu. Então, uma visão comum na Inglaterra e em outros lugares é que, como as regras, os precedentes têm razões ou justificativas por trás de suas soluções e, portanto, tornam-se obrigatórios para todos os casos subsequentes que se enquadrem na ratio decidendi do caso anterior”.<sup>9</sup>

Curioso notar que esse tipo de raciocínio decisório não é estranho ao chamado sistema civil de direito (*civil law*). Ao contrário, manifestam-se nos velhos brocardos latinos da hermenêutica de acordo com os quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Na voz de Carlos Maximiliano, cânones como esses “constituem pequenas sínteses, fruto da experiência de séculos, conglomerado de ideias, fórmulas gerais” e “desempenham relativamente o papel de bússola em relação ao pólo: apenas indicam o rumo em que pode ser encontrado. Não é pouco: uma direção orientada constitui uma preciosidade para quem estuda, investiga e almeja concluir com acerto”.<sup>10</sup>

Portanto, uma ideia cardeal quanto à produção de decisões consentâneas com o precedente é a de que os tribunais devem oferecer a mesma resposta do caso passado ao caso semelhante futuro, havendo a expectativa da comunidade política no sentido de que os trabalhos jurisdicionais em geral se desenvolvam de forma coerente, ainda que a composição da Corte tenha se modificado ou, a princípio, até mesmo que seus membros tenham alterado o seu pensamento. Não por outra razão que, hoje, no direito positivo brasileiro, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, CPC).

Portanto, apelar aos mencionados referenciais teóricos tem a utilidade de demonstrar que, apesar de outros tipos de raciocínio para fins de *generalização* do precedente, as razões que lhe são subjacentes ainda constituem elemento fundamental na determinação da norma a ser aplicada a casos similares, tanto na tradição anglo-saxônica quanto no mundo romano-germânico.

## V. DOS MARCOS TEÓRICOS E NORMATIVOS AO CASO CONCRETO

Na citada ADI nº 558, de 1991 – que serviu de fundamento à decisão proferida no RHC nº 181.895/RJ (caso atual dos vereadores) –, o STF não abordou própria e especificamente a validade da norma concessiva de prerrogativa de foro originário aos parlamentares municipais, conquanto tenha veiculado, à guisa de *obiter dictum* – até a evolução da jurisprudência conforme veremos abaixo – que o silêncio da Constituição Federal sobre as prerrogativas processuais penais dos integrantes das Câmaras Municipais tornava “*plausível a conclusão de que não se deixou espaço à inserção de normas constitucionais locais*”.

<sup>9</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p. 50.

<sup>10</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 197.

A referida Ação Direta também não suspendeu a eficácia do art. 161, IV, “d”, “3”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, justamente aquele dispositivo que define a competência do Tribunal de Justiça local para processar e julgar demandas penais ajuizadas em face de vereadores municipais.

Aliás, tal conclusão foi categoricamente explicitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “*ao contrário do que já se cogitou, a referida ADI não examinou, propriamente, a validade da regra de extensão da prerrogativa de foro aos vereadores, prevista no art. 161, IV, d, da Constituição estadual*”. (STF, HC nº 110.496/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013)

Com efeito, a cautelar deferida na ADI nº 558, de 1991, *ajuizada pelo Procurador-Geral da República após representação oferecida pelo Procurador-Geral de Justiça do MPRJ à época*,<sup>11</sup> versou sobre a aplicação das prerrogativas atribuídas aos deputados estaduais no art. 102 da Carta estadual aos vereadores – por previsão extensiva do art. 349 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro –, *não alcançado a prerrogativa de foro, inscrita no art. 161, IV, d, da mesma Constituição*,<sup>12</sup> *cuja inconstitucionalidade já era sustentada desde então pelo Parquet fluminense*.

Além disso, não se deve perder de vista “*a existência de precedentes que, à luz do disposto no art. 125, §1º, da Constituição Federal, reconhecem a legitimidade do constituinte estadual para fixar a competência do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, estabelecer a prerrogativa de foro às autoridades que desempenham funções similares na esfera federal (ADI nº 2587, ADI nº 541, HC nº 70.474)*”, como enunciou o próprio STF no supracitado julgado. (STF, HC nº 110.496/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013)

A propósito, um repositório da jurisprudência do STF sobre a matéria também pode ser encontrado no RE nº 464.935-7/RJ, valendo colacionar o excerto abaixo, porque pertinente à validade até então da prerrogativa de foro concedida pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro a vereadores, *in verbis*:

Acertou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao anular o processo que, contra então réu vereador, tramitou perante o juízo

<sup>11</sup> Representação formulada por Antônio Carlos Biscaia, Procurador-Geral de Justiça no biênio 1991/1993.

<sup>12</sup> CERJ, art. 102 [...]

§1º - Desde a expedição do diploma, os Deputados da Assembleia Legislativa não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da Casa.

§2º - O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Assembleia Legislativa, a fim de que esta, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

(...)

§5º - As imunidades dos Deputados subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante voto de dois terços dos membros da Casa, no caso de atos praticados fora do recinto da Assembleia Legislativa, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

§6º - Os Deputados não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

de primeiro grau, reconhecendo a aplicação dos dispositivos da Constituição estadual.

Não há afronta ao art. 22, I, da Constituição Federal sob fundamento de que seria competência privativa da União legislar sobre processo e direito penal. É que esse dispositivo da CF deve ser analisado sistemática e conjuntamente com outros preceitos. No tema, a própria Constituição confere aos Estados, no art. 125, §1º, poder para definir regras relativas à competência e organização de seus Tribunais. E, ao fazê-lo, as únicas limitações por observar são as impostas pela própria CF, como aquelas decorrentes do princípio da simetria. Afronta haveria se lei federal disciplinasse, no ponto, matéria reservada aos Estados-membros por mandamento constitucional. (STF, 2ª Turma, RE nº 464.935-7/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/06/2008)

Também nessa direção caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Reiteradamente, vinha decidindo o Tribunal da Cidadania ser possível às Constituições estaduais atribuir competência aos Tribunais de Justiça para processar e julgar vereadores. A propósito, confira-se acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

**HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VEREADOR. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO CONSTANTE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. SIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. A Constituição estadual pode atribuir competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, vereador, por ser agente político, ocupante de cargo eletivo, integrante do Legislativo municipal, o qual encontra simetria com os cargos de deputados estaduais, federais e senadores, sendo que estes, por força do disposto na própria Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra “b”), têm foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, e aqueles perante os respectivos tribunais de justiça, conforme Cartas estaduais, tendo em vista, inclusive, a regra que se contém no art. 25, parte final, da Carta da República.” (STJ, HC 40.388/RJ, 5ª Turma, Rel. p/ acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 10/10/2005)

Extrai-se, ainda, do voto condutor que *“se o exercício do cargo estadual ou federal determinar, para aquele que o exerce, foro por prerrogativa de função, quando da prática, em tese, da infração penal, poderá o constituinte estadual, forte na previsão contida no*

*parágrafo primeiro do artigo 125 da Constituição Federal, também instituí-lo para aqueles que exercerem cargos, em tese, similares, na sua esfera de legislador constituinte estadual, tal como fez a Constituição do Estado do Rio de Janeiro”.*

Contudo, a partir do novo paradigma – adotado no RHC nº 181.895/RJ, da relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/06/2020 –, o Supremo Tribunal Federal julgou incompatível com a Constituição o próprio foro originário previsto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro em favor dos vereadores.

A bem da verdade, a Constituição fluminense não “criou novo caso de competência especial por prerrogativa de função, o que é incompatível com a decisão liminar concedida em controle concentrado por esta Corte, na ADI nº 558 MC/RJ”. A previsão já existia e não houvera sido abarcada pela decisão cautelar no aludido processo de fiscalização abstrata de leis, até aqui, não invalidada pelo STF.

De toda sorte, a decisão em referência *per fas et nefas* acabou por estender, agora, os efeitos daquele provimento cautelar, ditado em método concentrado de controle, à norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que estabelece a garantia de foro privilegiado aos edis (art. 161, IV, d, CERJ). Fê-lo, a nosso ver, nos desdobramentos e em razão da atual linha restritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, porém, transferindo-a e acoplando-a ao campo próprio de fundamentação daquele processo abstrato.

Assim, pode-se notar claramente mais um passo na direção da *objetivação* do processo de controle difuso de constitucionalidade no âmbito do STF, no caso, à luz de uma linha evolutiva dos precedentes sobre a matéria, o que implica ressignificação da norma-parâmetro em geral pertinente ao objeto impugnado, com as consequências lógico-jurídicas sobre todos os casos semelhantes.

## VI. DA FUSÃO EXPLÍCITA DOS MÉTODOS DE CONTROLE PELO STF, A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E A *RATIO DECIDENDI*

Se temos a expectativa de que os tribunais em geral, como visto, ofereçam as razões para as decisões proferidas – pois “*é a chave para o bom funcionamento de um sistema de precedentes*”<sup>13</sup> em voga no Brasil –, o STF facilitou sobremodo a investigação, no que tange à prerrogativa de foro, ao explicitá-las por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 937/RJ.

Verbalizou-se, em primeiro plano, um *argumento de princípio*, baseado na constatação de que a posição anterior não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas; em segundo, uma *concepção pragmática* no sentido de que a nova

<sup>13</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p. 56.

interpretação representa solução para desafogar os tribunais, trazendo a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral ou na persecução penal em particular.

No caso do foro dos vereadores, torna-se nítida a *superação* do antigo julgado (*overruling*), o que ocorre, à luz da experiência jurídica estrangeira, “quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade”.<sup>14</sup>

Cabe aqui uma necessária explicitação do raciocínio: a nosso sentir, a evolução dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil, nos tempos atuais, permite concluir a respeito da existência de verdadeiros *canais de diálogo decisório* entre o modelo difuso e o modelo concentrado.

Com a objetivação do controle difuso e a proeminência da formulação de teses jurídicas a partir da *ratio decidendi*, cada vez mais a faceta de proteção ao direito constitucional objetivo, citada por Haberle, mostra-se fundamental. Além de aproximar o controle difuso do controle concentrado, essa característica permite que, através do controle difuso, agora objetivado, o tribunal revise o sentido da normatividade constitucional construída em ação de controle concentrado anterior, para adequar a parametricidade normativa da decisão pretérita aos influxos de nova posição do tribunal, como consequência lógico-jurídica da leitura contemporânea da Constituição, criando o que se pode denominar de um “sistema de diálogos de decisões constitucionais” entre tais modelos de controle, mais apropriado à preservação da dinâmica de coerência, integridade e atualidade da jurisprudência.

No caso sob exame, se em dado momento histórico já houve posição reconhecendo a validade jurídica do foro por prerrogativa de função dos vereadores – e, como se verificou no caso da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tal foro não fora antes declarado inconstitucional –, fato é que, com o novo posicionamento do STF em sede de controle difuso *objetivado*, a releitura da projeção objetiva da decisão em medida cautelar anterior representa exemplo patente de que a comunicabilidade entre os modelos de controle permite ao Tribunal um sistema dinâmico de reordenação e atualização de seus precedentes, garantindo-se a proteção do direito objetivo constitucional preconizada por Haberle em sua máxima eficácia.

Com efeito, aqui, a intervenção no desenvolvimento no Direito implicou nova forma de enxergar o fenômeno jurídico, tornando o precedente inconsistente, totalmente incompatível com o novo paradigma. Além disso, a interpretação cada vez mais restritiva sobre a prerrogativa de foro evidenciou que o raciocínio subjacente ao julgado anterior se encontrava desatualizado e conflitante com os valores atualmente compartilhados na sociedade.

<sup>14</sup> PADDEN, Amy I. *Overruling decisions in the Supreme Court*. The Georgetown Law Review. Vol. 82, 1994, p. 1689-1732.

Em suma, diante dos referenciais teóricos aplicáveis, da nova interpretação conferida pelo STF, do novo precedente, da natureza objetiva da questão, *a unidade do ordenamento e a integridade do Direito não podem conviver com a ideia de que um vereador ostente a prerrogativa e outro não a possua no mesmo plano da federação brasileira por incompatibilidade com a Constituição da República.*

Por fim, cabe registrar que *todos os atos investigativos, processuais e decisórios anteriores são válidos e eficazes, porque foram praticados sob a égide da norma então em vigor e da interpretação constitucional outrora perfilhada pelo STF, como inafastável decorrência do postulado da segurança jurídica.*

Essa posição, aliás, foi externada no novo paradigma decisório, em que o STF julgou a competência originária inconstitucional, determinou a remessa dos autos ao juízo de 1ª instância, porém, *“mantida a validade de todas as decisões proferidas”.*

## VII. CONCLUSÕES

*Por estas razões, o Parquet conclui que não mais compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar vereadores pela prática de qualquer ilícito penal, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da prerrogativa de foro a eles conferida pelo art. 161, IV, d, 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, dispositivo não mais subsistente na ordem jurídica.*

*Essa conclusão decorre da extensão do conteúdo objetivo da decisão cautelar proferida em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF para o caso versado em controle difuso, com o qual a Suprema Corte abstratizou a posição externada a propósito da invalidade daquela prerrogativa concedida aos parlamentares municipais, por incompatibilidade com a Constituição da República.*

*Além disso, com base em um sistema de precedentes que se pretende sério e eficiente no Brasil, a exemplo dos países de tradição jurídica anglo-saxônica, os precedentes, notadamente oriundos da Suprema Corte, quando não vinculantes, detêm autoridade persuasiva, em respeito à unidade e à integridade do Direito, de modo que normalmente merecem ser observados pelas demais instâncias judiciárias.*

*As razões de decidir que impelem a nova interpretação sobre a prerrogativa de foro no âmbito do STF, considerada a linha evolutiva jurisprudencial, mostram-se presentes no caso dos vereadores, denotando a expectativa geral de que os casos análogos, para não dizer idênticos, sejam tratados do mesmo modo.*

*Assim sendo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos, requer o declínio de competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação penal em favor de uma das varas criminais da capital, a qual couber por distribuição.*

*Além disso, requer-se que todos os atos investigativos, processuais e decisórios anteriores sejam expressamente considerados válidos e eficazes, porque foram praticados*

*sob a égide das normas então em vigor e da interpretação constitucional outrora perfilhada pelo STF, como decorrência natural do postulado da segurança jurídica.*

Rio de Janeiro, 24 de junho de 2020.

**RICARDO RIBEIRO MARTINS**

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

**TULIO CAIBAN BRUNO**

Promotor de Justiça  
Assistente





Detalhe da imagem da capa

# Memória Institucional Personalidades





## Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.



## Programa Personalidades do MPRJ Cidadania em destaque

Texto e entrevista:  
Márcio Klang - Coordenador  
Nataraj Trinta - Historiadora  
Transcrição:  
Isaura Guimarães - Museóloga  
Edição – Versão 01:  
Maristela Santana



*Da esquerda para a direita: Dra. Gláucia Maria; Dra. Maria Cristina Tellechea; Dr. Salvador Bermeguy; Dr. Márcio Klang; Dra. Luciana Sapha; Dra. Eliane de Lima; Dr. Vinícius Leal Cavalleiro e Dr. Ertulei Laureano Matos*

### **Apresentação: Dra. Luciana Sapha**

Bom dia, excelentíssimo senhor coordenador desse projeto maravilhoso. Muito feliz por abrir um evento com colegas tão queridos num tema tão importante. O que parece estranho é que são todos mais novos e, até agora, nós temos visto programas

que homenageiam as personalidades que já atuaram a favor do Ministério Público, que levantaram o nosso nome, que levantaram a bandeira e hoje estamos aqui com quatro “crianças” praticamente... Mas a atuação tão intensa nesse tema por tanto tempo os legitima a esse título de “personalidade” de hoje. Então, eu agradeço e desejo a todos um feliz evento e que seja muito proveitoso para todos nós.

**Dr. Márcio Klang:** Eu que agradeço a sua presença.

### **Bloco 01 - Quem é Gláucia Maria da Costa Santana?**



*Dra. Gláucia Maria da Costa Santana*

**MK:** Bom dia, senhoras e senhores. Esta é a nona edição do Projeto Personalidades do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que é um programa que busca colher depoimentos para registro oral, de acervo oral público do Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior. E hoje o programa é um programa temático em que quatro colegas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro irão falar especificamente sobre um tema que está na ordem do dia, que é o combate à improbidade administrativa, a questão da cidadania. Bom, vamos começar, então, as entrevistas com a Dra. Gláucia Maria da Costa Santana

e Dr. Vinicius Leal Cavalleiro; *ladies first*, primeiro a Dra. Gláucia. A pergunta clássica. Quem é Gláucia Maria da Costa Santana?

**GMCS:** Sou mineira, do interior de Minas Gerais, lá em Inhapim. É uma cidadezinha que eu brinco que tem no mapa, muito pequena, não tem trinta mil habitantes.

**MK:** Fica próximo de qual cidade?

**GMCS:** Caratinga, Governador Valadares, naquela região. Sou casada há trinta e quatro anos com Geraldo Santana, um petroleiro apaixonado. Há mais petroleiros na plateia que também têm a mesma paixão. Tenho dois filhos, Glauco e Gabi. Ambos tentaram uma carreira frustrada no Direito, não conseguiram acompanhar o ritmo da mãe e fizeram outras escolhas, não tinha a ver com eles. Felizmente, porque nós temos que buscar ser felizes, fazer aquilo que gostamos. E tenho um neto maravilhoso que fez dois aninhos no sábado e é a nossa paixão. Estou no Ministério Público há vinte e quatro anos, uma carreira muito rápida para chegar onde estou porque, àquela época, éramos um número menor de órgãos de execução ou havia muitas vacâncias. Entrei em 1995 e com dois anos eu já trabalhava na capital. Passei pelo interior muito pouco, fui titular em Itaboraí, depois em Nova Iguaçu, no Júri. Entrei no Ministério Público pelo Júri, eu era apaixonada, acho que ainda sou. Acho que, se um dia eu deixasse onde estou, seria para o Júri que eu voltaria. Depois, veio a oportunidade de ir para a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania. Estou ali prestando esse serviço há dezenove anos. Em resumo, é isso.

**MK:** Gláucia, você fez faculdade onde?

**GMCS:** Eu estudei na Universidade Estácio de Sá, aqui no Rio.

**MK:** Onde, na Rua do Bispo?

**GMCS:** Sim. Depois, fiz Mestrado também pela Estácio, fiz uma pós-graduação em Direito Sanitário a distância pela UnB [Universidade de Brasília] e só fui a Brasília para a defesa da monografia. A minha formação é essa. Fora isso, o dia a dia vai nos especializando, você vai estudando questões que te afetam diretamente com o exercício da profissão.

**MK:** E por que você escolheu a carreira do Direito?

**GMCS:** Um acaso. Eu fiz a minha primeira faculdade em Minas, em Letras. Muito jovem, cheguei na hora do vestibular, fiz a inscrição, não sabia o que fazer e cheguei em Letras e falei: “Letras é bom”. Felizmente, porque também gosto de escrever, sempre fui boa redatora. Na região em que eu morava não existia a possibilidade de fazer Direito. A gente também não tinha condições de se deslocar para fazer faculdade fora. Tinha uma família simples. Estudei nas escolas públicas da cidade e então vim para o Rio. Fui trabalhar na Vale do Rio Doce, durante doze anos, e, na Superintendência Jurídica, tive contato com o Direito. Fui Secretária Executiva do Superintendente Jurídico. Eu lia o Diário Oficial, ele ditava e eu fazia minutas para ele. Tomei gosto e comecei em Direito com minha filha já com um ano de idade. Formei-me aos trinta anos e entrei no Ministério Público com trinta e um.

**MK:** Muito bem.

## **Bloco 02 - As mudanças no âmbito da Cidadania dentro do Ministério Público**

**MK:** Agora eu tenho uma segunda pergunta. Eu queria que você me dissesse como foi sua trajetória nesses dezenove anos na Cidadania. Quando você começou lá, o que mudou? O que ficou? O que mudou drasticamente? O que é parecido com o que era quando você chegou? Enfim, um pouco da história da sua trajetória nesses anos de Cidadania, de probidade.

**GMCS:** Nós chegamos, um grupo de promotores nas Promotorias de Tutela da Cidadania, em dezembro do ano 2000. Está fazendo agora dezenove anos. E nós fomos numa titularidade originária, quer dizer, a atribuição antes era exercida pelo Procurador-Geral, à época, José Muiños Piñeiro Filho, que, aliás, esteve aqui na oitava edição. Ele teve a oportunidade então de criar o órgão de execução.

**MK:** Antigamente era dele a atribuição?

**GMCS:** Era do Procurador-Geral. Ele transfere essa atribuição para as promotorias então recém-criadas. Primeiro foram criadas seis, depois criaram mais duas e nós iniciamos com uma gama de atribuições imensa e era muito legal porque achávamos que

éramos capazes de cuidar daquilo tudo. Só não atuávamos nas áreas de Meio Ambiente e de Consumidor, mas todo o resto estava na Cidadania, inclusive, esse nosso nome “Promotoria de Justiça de Cidadania” permanece até hoje e ele foi se descaracterizando ao longo do tempo.

**MK:** Como assim? Explica o porquê?

**GMCS:** Porque a Cidadania naquele momento era tudo. Nós só não atuávamos em Direito do Consumidor e em Direito Ambiental porque tinham promotorias especializadas. Então, como a Tutela Coletiva era feita? Chegava uma representação, leitura: “é matéria de Meio Ambiente” ou “é matéria de Consumidor”, “não é daqui”. Nós tínhamos essa coisa residual. Atuávamos em Saúde, Educação... Perdão, em Infância nós também não atuávamos, já era especializada desde então. Atuávamos em Educação, Saúde, Idoso, Pessoa com deficiência, discriminação, minorias, transporte, serviços públicos, licitações, probidade administrativa, desvio funcional, segurança pública.

**MK:** Pouca coisa, não é?

**GMCS:** Era tudo. A gente era meio um “faz tudo” ali. Com o tempo e o crescimento do nosso trabalho, as pessoas vão conhecendo e vem aumentando a demanda. Ao Ministério Público coube por bem ir direcionando isso para a especialização, foram sendo criados os grupos de promotorias.

**MK:** Desculpa interromper, mas naquele início da função da Promotoria de Cidadania, como é que os assuntos chegavam até vocês? Qual era o meio? Qual era o instrumento disso?

**GMCS:** As pessoas podiam se dirigir ao balcão, ao protocolo do Ministério Público com as notícias. Elas também podiam se dirigir pessoalmente ao Ministério Público e pedir para serem atendidas por um Promotor. Nós tínhamos e ainda mantemos o sistema de um Promotor de Cidadania de plantão para quem quer ter contato com um Promotor, sempre recebemos essa pessoa. Se ela não trouxe por escrito, reduzimos a escrito e distribuimos para uma das nossas promotorias que agora são oito. Desde o início e logo depois, foram criadas a sétima e a oitava, nós somos oito de longa data. E um de nós então se tornava o promotor natural e seguia. O sistema de Ouvidoria veio a ser criado mais tarde, se não me engano, em torno de 2000, não tenho exatamente a data de criação.

**MK:** 2000 e pouquinho.

**GMCS:** É. Até então, o sistema era esse. A imprensa nos demandava muito e nós trabalhávamos muito de ofício, catávamos, líamos jornal... E todos os dias a gente pode olhar para o jornal e vamos entender que aquilo que nós estamos defendendo tem função, tem atividade, tem medidas que podem ser tomadas. Nós temos um manancial diário de informações que chegam a nós. O Tribunal de Contas, os tribunais mandam para nós; o Judiciário, as Corregedorias, muitas pessoas nos demandam. O volume era imenso e, com o tempo, fomos dando uma melhor planejada aumentando os órgãos de execução, especializando. Isso trouxe maior possibilidade de prestar um melhor serviço. Hoje, o que remanesce disso tudo é que a expressão “cidadania” nos traduz muito pouco. Com certeza, em torno de 70%, 80% dos nossos casos são de defesa do patrimônio público, de defesa da probidade administrativa. E um residual que eu arriscaria dizer em torno de 30% de cidadania. Então, talvez a gente merecesse mudar o nome, porque essa expressão “Promotoria de Cidadania” induz a erro muita coisa. Muitas pessoas chegam com uma ideia do que vão encontrar e às vezes existe certa frustração quando eu digo: “olha, isso a gente não pode fazer”. Porque a expressão “cidadania” é muito aberta... Talvez uma adequação desse nome para “Promotoria de Patrimônio Público e Residual”. Eu não falei de assistência social que é uma demanda absurda que está em nossas mãos, população de rua, habitação, enfim, é uma riqueza imensa.

**MK:** Por hipótese, chega a notícia da questão da população de rua que tem aqui em frente. Em que consiste essa atuação da Promotoria da Cidadania?

**GMCS:** De imediato, chegada a notícia, nós temos o dever de instaurar um procedimento que vai ser o nosso suporte para promover as diligências e interagir com o Poder Público e com a pessoa beneficiária da nossa atuação no sentido de melhorar aquela condição. Nós temos “N” instrumentos e isso me deixa muito feliz. Digo que não me sinto personalidade, eu me sinto instrumento, é isso. O Ministério Público, ele é rico de instrumentos para melhorar a vida das pessoas e acho que a gente melhora efetivamente. No caso da população de rua, nós vamos interagir com o Poder Público responsável, com aquela pessoa para entender qual a necessidade dela, porque ela está ali, vamos buscar no conjunto da legislação o que é cabível na defesa dos interesses daquela pessoa.

### Bloco 03 - Quem é Vinicius Leal Cavalleiro?

**MK:** Quem é Vinicius Leal Cavalleiro?

**VLC:** É um pouco difícil, não é?! Enquanto o senhor perguntava para Gláucia, eu ficava pensando o que eu ia responder. Em primeiro lugar, bom dia, obrigado pela oportunidade. Também me sinto realmente



*Dr. Vinicius Leal Cavalleiro*

muito lisonjeado, chegar ao ponto de virar uma “personalidade”, eu achava que só minha avó quando eu era criança falava: “Ah, você é uma figura!” Eu achava que o máximo que ia chegar na vida era ser uma “figuraça”, mas virar uma “personalidade”?! Quero agradecer também a participação de todos, muito obrigado. Já iniciei aqui dizendo que sou um filho de “vô” e “vó”. Sou criado ali do jeito que deu, com a grande participação de toda a família misturada. Eu sou do Rio, sou carioca nascido e criado, e com perfis diferentes em momentos diferentes. Eu estudei em colégio militar, fui concursado no Colégio Militar, aí não me adequava. Virei um aluno alterado, apesar de às vezes ter até me esforçado em obter

boas notas, mas o comportamento não me deixava muitas vezes seguir adiante no Colégio Militar. Eu fui fazer PUC, sou formado pela PUC. Em dado momento da vida, fui trabalhar como *barman* para sustentar a faculdade (...). Então, quando também decepcionado com a situação, voltei a estudar e, no final da faculdade, vinha fazendo uma sequência de concursos.

**MK:** Você estudou na PUC em que ano mais ou menos?

**VLC:** 1993 a 1997, foram cinco anos que cursei. Sou do concurso do Ministério Público de 1998, então acho que consegui num tempo recorde, porque não fui muito estudioso na faculdade, realmente. Fiz o que dava pra fazer. Acho que consegui passar no Ministério Público tendo um conhecimento em tempo recorde, virando noite e ao mesmo passo em que tentava também outros concursos. Passei no Tribunal de Contas, hoje o cargo corresponde a Analista de Controle Externo. Também fui Oficial de Justiça do TRF – 2ª Região por poucos meses, aqui na Rua do Acre que, aliás, foi uma maravilha. E sempre busquei na minha vida profissional buscar compreender como funcionavam os ciclos da vida, os fluxos das coisas para poder, talvez, posicionar-me melhor diante das angústias e das dúvidas que eu tinha. Em um dado momento, desde que eu comecei a aprender, por exemplo, Direito Administrativo, que é uma matéria pouco comum para Promotor de Justiça. Promotor de Justiça àquela época gostava muito do crime, eram vocacionados ao Júri, enfim, temos aqui tribunais...

**MK:** Eu não gostava de Direito Administrativo e continuo não gostando.

**VLC:** Até por buscar uma amizade com o professor, o professor era cultíssimo, Dr. Francisco Mauro Dias, pessoa ótima. Então eu comecei a gostar da matéria, fui me dedicando tanto que, quando passei no Ministério Público, minha melhor nota foi em Administrativo. As pessoas me olhavam: “Mas que cara estranho, gostar de Administrativo!” E em Penal eu passava com 50, 60.

**VLC:** Ele era realmente uma pessoa fantástica. E eu fui tendo a felicidade de conhecer outros professores na área e ir me dedicando cada vez mais, a ponto de, como Promotor Substituto, desde a época em que Dr. José Muiños Piñeiro Filho detinha a atribuição originária buscando equipes, antigamente eram as equipes as novas

promotorias e, sabendo que eu seria promovido à mesa, consegui por meio de um concurso de lotação de Substitutos ficar alguns meses, em março de 2000. E de lá para cá, praticamente o tempo inteiro, sou vocacionado à área de Tutela Coletiva. Assumi a minha primeira titularidade no interior, em Nova Friburgo. Ali, o “genérico do genérico”, porque a gente também pegava Meio Ambiente, assim como Dra. Gláucia falou. Meio Ambiente, Consumidor.

**GMCS:** Mais de um município.

**VLC:** Sete municípios na ocasião. Então, o aprendizado no trabalho era diário. Isso fazia com que a gente se dedicasse cada vez mais para compreender primeiro o que acontecia.

#### **Bloco 04 - Obstáculos para a atuação efetiva na Tutela Coletiva**

**MK:** Nos dias de hoje, quais são os maiores obstáculos que você encontra em termos práticos para conseguir bons resultados? Para sua atuação efetiva como Promotor da Tutela, quais são os muros que você encontra? Ou quais são os “nós” que você encontra para sua atuação?

**VLC:** Vivemos um momento em 2001, 2002 que nós tínhamos que nos reafirmar enquanto instituição, quando começou a ser questionada a nossa possibilidade de ingressar com ações civis públicas, de improbidade. Um pouco antes, acabava de ser trancada a via da possibilidade de se discutir, por exemplo, tributos e previdência pela via da ação civil pública. E quando nos vocacionamos à proteção do patrimônio público, mais especificamente à Lei de Improbidade, as questões que se discutiam eram se aquelas pessoas contra as quais nós demandávamos, se tinham foro de prerrogativas ou não, se aquela era uma ação cabível. Então, a todo o momento, desde que eu me lembro, como atuante nessa área, nós sempre encontramos uma espécie de dificuldade, às vezes até montada para que não avançássemos de certa forma.

**MK:** Mas, por exemplo, se você pedisse uma informação a determinado órgão público, essa informação não chegava? Não era respondida?

**VLC:** Não chegava, não era respondida. Os inquéritos demoravam muito também, como muitos ainda continuam demorando por conta disso. O acesso à informação, mais do que a informação, a informação qualificada, informação sem distorções, a base de dados hoje ainda não chega. Então hoje, por exemplo, estou especificamente numa área que é vocacionada à receita pública, menos a despesa. Na parte tanto criminal na sonegação fiscal, quanto na cível na verificação de benefícios, cessões, operações de crédito realizadas pelo Estado, as informações são sempre carimbadas com a regra oponível a nós no sigilo. Há sempre uma dificuldade na obtenção, no momento adequado da informação qualificada para que a gente possa reagir da forma que se espera.

**MK:** Pegando um gancho nessa sua observação, uma coisa que sempre me incomodou, essa questão de sigilo. Por que só Juiz tem discernimento para poder quebrar sigilo? Nós todos somos, desculpe a expressão, oligofrênicos? Nós todos, Promotores, nós somos oligofrênicos e não podemos lidar com sigilo?! Ou só os juízes que fizeram faculdade, que fizeram concurso público?! O que você diz disso?

**VLC:** É curioso, porque muitos Juízes foram colegas de faculdade, lá atrás. Dividiam pão com ovo quando comiam ali no refeitório da faculdade. A questão, eu acho é de vivência, de interpretação e de reafirmação da nossa posição institucional. Veja bem, hoje nós defendemos a bandeira de que não é um sigilo quebrado, é uma transferência de sigilo a quem compete investigar pela função condicional que temos. Se há eventualmente alguma improbidade, algum desvio, algum dano ao patrimônio público ocasionado por uma informação, pouco importa se em um primeiro momento ela é sigilosa ou não. O que importa é o fato ser desvendado. Se aquele detentor de uma regra, de uma informação supostamente sigilosa fizer mau uso dela, ele será responsabilizado, seja quem for, inclusive o Juiz.

**MK:** Desculpa interromper, mas é porque isso me veio à cabeça. Os Juízes têm as garantias constitucionais que asseguram a eles a possibilidade de serem independentes. Nós também temos as mesmas garantias, então esse não pode ser um argumento: "Ah não! Vocês não têm as garantias", porque nós temos! Quer dizer, as pressões que eventualmente um Juiz poderia sofrer para fazer a *disclosure* daquele segredo, ele tem as garantias que o asseguram

poder resistir. Nós também temos. Então, porque essa resistência ao órgão que investiga que investigue? Será que é porque não querem que investigue?

**VLC:** O sentimento que eu tenho é esse. Não querem que investigue e aí há um “Q” de disputa de poder. Hoje em dia, a informação é muito valiosa. A informação correta, despida de *fake news*, despida de preconceitos, ela é muito valiosa. É um diamante que hoje em dia é vendida até institucionalmente a um preço muito caro. E eu vou além nessa questão institucional porque o Ministério Público tem missões. Talvez a palavra forte, uma prevaricação, daquele que não cumpre a missão, seria forte. Mas assim como também são fortes as garantias ao membro do Ministério Público para investigar. Mais do que isso, há as responsabilidades e as missões, que são as missões de bem investigar e de bem atender em virtude disso. Até compreendemos, em dado momento a brincadeira que se pode fazer, de repente, um paralelo seria no seguinte sentido: “olha, a pessoa que acabou de entrar no ônibus não se senta à janela”. Não tem esse jargão? O Ministério Público hoje, talvez de uns dez anos para cá, tem se firmado cada vez mais uma instituição capacitada, gabaritada, investigativa que muitas vezes comete eventuais deslizes ou falhas. Sim, mas na virtude de tentar consertar determinados fatos, determinados casos.

**MK:** E isso não é privilégio nosso.

**VLC:** Não é privilégio, eu acho que é do ser humano. Se remontarmos à Idade Medieval, o que se praticava antigamente para se chegar à civilidade, não é?! Então eu penso que o Ministério Público ainda está avançando historicamente. Nós somos uma instituição jovem. Nessa área especificamente não criminal, mas jovem ainda. Então, temos missões que são importantes e que esbarram em interesses múltiplos igualmente importantes.

## **Bloco 05 - A fiscalização da oferta de serviço público**

**MK:** Você acha que o Ministério Público vem conseguindo modificar políticas públicas em função dessa atuação dele justamente relativa à questão da probidade administrativa, da seriedade do trato da coisa pública?

**VLC:** Há duas vertentes nisso. Eu sou obrigado a acreditar nisso, Márcio. Senão, fico numa situação um tanto quanto esquizofrênica. Outra coisa, por mais que a gente mude, vamos sempre continuar tentando mudar mais, porque é do ser humano, os erros, as falhas. Entre o que há falha e o que há dolo ou o que há uma má vontade de elaborar uma boa política, há uma distância muito grande. Penso também que a democracia brasileira também é jovem e que, por conta disso, ela vai continuar cometendo falhas, exageros. E hoje estamos vivendo um momento de um racha muito grande, político e se pode gerar más práticas. Normalmente a atividade administrativa se conduz melhor quando ela é mais perene. Quando ela é mantida, você consegue verificar o planejamento, a execução e o cumprimento no todo e em parte das metas estabelecidas. Quando há muita ruptura, você nem sabe mais o que está planejando, vira um desgoverno. E aí o Ministério Público tenta e ingressa nessa séria discussão para muitas das vezes tentar manter um pouco dos serviços públicos, que estão quebrados. Nós falávamos aqui da população de rua. Existia certa política com dado gestor. Muda o gestor, muda a cabeça, muda a política, mas o ser humano continua dependente dela, assim como o SUS. Você tem fluxos e serviços que estão estabelecidos constitucionalmente. Há regras e padrões técnicos para isso. E acho que o Ministério Público está aqui para garantir que essas regras de padrões técnicos se perpetuem independentemente do político que estiver à frente delas naquele momento. Acho que isso vai ser uma atividade perene nossa.

**MK:** Muito bem.

## **Bloco 06 - O MPRJ e os Direitos Humanos – Quem é Salvador Bemerguy?**

**MK:** Agora vamos para Dra. Eliane de Lima Pereira e Dr. Salvador Bemerguy. Começando, *ladies first*, pela Dra. Eliane. A pergunta que nós construímos tem um texto enorme, mas enfim. Educação, saúde e saneamento básico são áreas ligadas aos Direitos Humanos e à Cidadania. Como explicar para a população o que é um interesse público relevante e que justifique a intervenção do Ministério Público nessas áreas de Direitos Humanos e Cidadania?

**ELP:** Bom, essas áreas, na verdade, são carros-chefes da nossa atuação. E toda atuação do Ministério Público, de acordo com o que nos guia a Constituição de 1988, ela é atravessada pela atuação com a perspectiva dos Direitos Humanos. Então, toda essa área

e muito que o senhor comentou, na verdade, tem um aspecto prestacional, mas que deve sempre possuir uma perspectiva de atendimento aos Direitos Humanos.

**MK:** Agora eu vou passar a bola para o Salvador e vou fazer a mesma clássica pergunta. Quem é Salvador Bemerguy?

**SB:** Bom dia a todos. Agradeço o convite, gostaria de destacar que essa é a terceira vez que sou chamado ao Ministério Público para participar de um evento e isso muito me honra. Numa primeira oportunidade para dar uma palestra sobre o Tribunal do Júri, a



*Da esquerda para a direita: Dr. Salvador Bemerguy, Dra. Eliane de Lima e Dr. Marcio Klang*

atuação do promotor do Júri. Numa segunda oportunidade, para falar aos novos promotores que tomaram posse e a alguns do último concurso que ainda vão tomar posse, já que fui membro examinador da banca de Processo Penal, suplente. E nessa terceira oportunidade para participar, entre aspas, como personalidade, porque não me sinto “personalidade”. Eu fiz três concursos públicos em que logrei êxito de ser aprovado: Defensoria Pública, Ministério Público e PUC - Rio de Janeiro. Sou professor concursado da PUC desde 1995. Leciono a cadeira de Direito Processual Penal, Execução Penal e Direito Penal.

## Bloco 07 - Quem é Eliane de Lima Pereira?

**MK:** Quem é Eliane de Lima Pereira?

**ELP:** Eu nasci no Rio de Janeiro, sou filha de uma migrante paraibana, minha mãe é paraibana, Maria. Meu pai, Nelson, filho de portugueses, primeiro filho a nascer no Brasil. Estudei a minha vida inteira na educação pública, tive uma escola pública de qualidade; estudei no Colégio de Aplicação da UERJ. Ingressei na UERJ, depois fiz Mestrado lá também. Ao todo, eu digo que foram praticamente duas décadas de UERJ. Hoje eu tenho a satisfação de ter uma filha também cursando Direito na UERJ. Após essa minha formação com aquela fase da chegada das filhas que são uma enorme alegria, também fiz um Mestrado na Argentina, onde eu ia, ficava uma semana, voltava; mestrado em “Mediação de Conflitos”, o que de certa forma me habilitou a essa lida com diversos setores da sociedade, mesmo do ponto de vista institucional. É algo que me proporcionou ferramentas que são de fundamental importância. Casei-me com Marcelo, durante a realização do concurso.

**MK:** Seu concurso é de quando?

**ELP:** Meu concurso é de 1994. Formei em 1993, ingressei na faculdade em 1989, sou a primeira turma pós-Constituição de 1988. Eu sou a primeira turma da UERJ pós-Constituição, acho que isso tem um valor e por isso repito. Formei em 1993, ingressei no último concurso de 1994 e tomei posse em 1995. Acho importante falar, porque eu fiz a prova, a primeira fase do concurso, no dia 9 de outubro e me casei dia 15. Então, realmente foram fatos determinantes e concomitantes na minha vida. É bastante importante. Ingressei no Ministério Público com vinte e três anos e, portanto, muito jovem, hoje eu tenho essa noção. O que me favoreceu em muitas coisas e em outras nem tanto.

**MK:** E aí foi para o interior? Foi para a comarca do interior? “Clínica geral”? Para a Baixada?

**ELP:** Sim. Eu que havia estagiado na faculdade em escritório de advocacia criminal, no escritório dos filhos do saudoso professor Heleno Fragoso, eu imaginava que seria quase um caminho natural na atuação criminal. E fui surpreendida assim, na chegada ao Ministério Público, pela fala de duas pessoas que me cooptaram.

Foram a Dra. Ida Maria Moulin Aledi Monteiro e a Dra. Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro. Acho muito importante porque eu percebi que esse era o afeto que me guiaria na instituição e permaneço assim fiel a ele.

**MK:** Elas foram suas professoras ou as conheceu no estágio?

**ELP:** Não. Assim que eu ingressei no Ministério Público. O meu primeiro contato com o Ministério Público, com a área da Infância se deu com essas duas valiosíssimas colegas, empenhadíssimas na área da Infância. Foram sem sombras de dúvida as pessoas que tiraram o Estatuto da Infância e Adolescência do papel, deram aquele grande passo. E eu, na verdade, tinha uma ideia de atuação em outras áreas do Ministério Público e também tive a sorte, entre tantas que acho que tive na vida, de ser aluna da professora Heloísa Helena Gomes Barboza. A ideia que eu tinha de Promotora foi de Heloísa atuando na área de Família, na área de Fazenda, enfim, isso realmente foi algo também que me marcou. Bom, então, eu realmente fiquei dois ou três anos nessa itinerância praticamente de início de carreira, que é bastante comum. Daí, a primeira oportunidade com três, quatro anos de carreira, comecei a atuar na área de Infância Infracional. Eu digo que, se tenho uma marca, e tenho a impressão de que nós todos temos uma marca, assim como foi muito bem relatado pela Gláucia e pelo Vinicius, foi na atuação na área da Infância Infracional.

**MK:** É uma atuação muito difícil, não é Eliane? A área da Infância Infracional é muito desgastante.

**ELP:** É muito desgastante. E eu brincava, meio à brincadeira, meio a sério, que, assim que a minha filha mais velha se tornasse adolescente, eu deixaria de atuar nessa área porque seria muito adolescente na minha vida. Mas precisou que a segunda filha se tornasse adolescente para eu realmente entender que não tinha mais condições, eu tinha dado a minha contribuição nessa área. Não que a gente saia, não pense e não tenha um olhar sempre muito atencioso para a área da Infância, mas acabei me removendo à época, no ano de 2015, quando eu já estava muito envolvida com as questões de Mediação. Removi-me para um JECRIM, que é o Juizado Especial Criminal, e atuei por dois anos, quando recebi o convite para assumir as funções da Assessoria de Direitos Humanos e Minorias. Não tenho qualquer dúvida em afirmar que esse é o maior desafio da minha carreira.

## Bloco 08 - Diferenças entre investigação no Tribunal do Júri e na Cidadania

**MK:** Salvador, eu sei que você esteve no Tribunal do Júri por muito tempo e depois foi para a Cidadania. Em ambos os lugares há investigação. Como se diferenciam? Quais são as diferenças entre a investigação no Júri e a investigação na Cidadania? Existe alguma diferença?

**SB:** No Tribunal do Júri, fui titular da 2ª Promotoria de Justiça junto ao 4º Tribunal do Júri da Capital. À época, eram três promotorias, Dr. Júlio César Lima dos Santos, que aqui se faz presente, era titular de uma delas. Não existia investigação, já que a investigação, grosso modo, era feita pela Central de Inquéritos. Nós recebíamos o inquérito feito, a investigação feita pelo inquérito ou recebíamos o auto de prisão em flagrante. Então, minha experiência em atos de investigação perante crimes dolosos contra a vida e os que guardam conexão de competência do Tribunal do Júri, não tive participação enquanto Promotor de Justiça durante mais de doze anos como titular na capital do Rio de Janeiro. A diferença que sinto, não só na questão relativa à investigação, mas relativa à atuação, é bem marcante porque no Júri a atuação do Promotor de Justiça, principalmente em sessão plenária, é uma atuação que individualiza muito o membro do Ministério Público, fica uma coisa personificada. É um ambiente em que você é muito atacado pelos Advogados, pelos Defensores Públicos porque os embates são extremamente marcantes e a depender também da postura do Promotor, do Advogado e do Defensor Público. E eu, como não tenho uma postura muito suave, tive enormes discussões no plenário. Como Defensor Público, assisti a Dra. Gláucia enquanto estagiária do Ministério Público no 2º Tribunal do Júri, porque fui assessorar um Defensor Público em um plenário, e lá conheci Dra. Gláucia ainda como estagiária do Ministério Público. Quando fui para a Cidadania, o meu mundo mudou completamente porque senti como se tivesse caído de um paraquedas. Um local em que a realidade fática e jurídica era completamente distinta da minha vida toda no Ministério Público porque foi tudo Júri. Júri na Baixada, Júri no Interior, Júri na Capital. Só tinha experiência em Juízo Único e, quando cheguei à Cidadania, fui recepcionado pela Dra. Gláucia. Estive no gabinete dela para falar e pedir auxílio, ou seja, tentar trocar um pouco de experiência e absorver experiência, não somente dela como do Rogério Pacheco Alves, que eu sucedi, e achei extremamente gratificante a parte da investigação. Muito embora seja uma investigação, [é] uma missão muito árdua, porque você necessita muito da colaboração de vários

outros órgãos para que obtenha êxito. O Ministério Público depende muito da colaboração de outros órgãos, principalmente com relação a informações técnicas e acho que a minha contribuição ou não na investigação da Cidadania...

**MK:** Deixa-me fazer um parêntese. Essas informações técnicas as quais você se refere, elas atualmente são oriundas desses órgãos públicos que nem sempre são colaborativos. Essas mesmas informações técnicas poderiam ser obtidas pelo próprio Ministério Público, por organismos dele se ele os criasse, se ele tivesse a infraestrutura para isso? Ou não?

**SB:** Engraçado, ontem na sala de aula na faculdade eu falei sobre essa questão da estrutura do Ministério Público, pelo menos do que eu tenho conhecimento da realidade aqui no Rio de Janeiro. Eu falei que era boa, mas, se fosse possível, deveria ser melhorada, principalmente em relação aos órgãos de assessoramento, aos órgãos de execução.

**MK:** Você fala de perícia, por exemplo?

**SB:** Sim. Do quadro técnico que possa fornecer elementos informativos de natureza técnica. Portanto, se eu não tenho conhecimento sobre engenharia, geologia, medicina, contabilidade e eu preciso dessas informações para inserir uma imputação que vou fazer através de uma ação civil pública ou de uma ação de improbidade.

**MK:** Então, não seria demais afirmar que uma meta que o Ministério Público deveria se propor seria justamente melhorar essa estrutura para uma melhor atuação dos órgãos?

**SB:** Aperfeiçoar a estrutura que já existe e é boa.

**MK:** Porque quando eu entrei não tinha nenhuma. Agora já existe alguma.

**SB:** Não posso testemunhar um fato que eu não presenciei. Mas, também quando entrei no Ministério Público não existia nenhum patrulheiro para ajudar. Quando entrei na Defensoria Pública não tinha nem computador, tive que comprar uma máquina de datilografia que eu levava para cima e para baixo.

**MK:** “Legenda”: máquina de datilografia era um equipamento usado antes do computador.

**SB:** Eu não sou tão velho assim. Não tinha nem papel, você tinha que comprar o seu papel. Então, na realidade eu acho que levei para a Improbidade uma visão mais objetiva. A minha forma de atuar na Improbidade, na Cidadania e, faço minhas as palavras da Dra. Gláucia, acho que essa denominação deveria sofrer uma alteração. Eu levei uma visão mais objetiva até em razão da minha origem no Ministério Público, que é uma origem de atuação no Tribunal do Júri.

### Bloco 09 - Lei de Improbidade em debate - Parte 01



*Da esquerda para a direita: Dr. Salvador Bemerguy; Vinicius Leal Cavalleiro; Dra. Gláucia Maria; Dra. Eliane de Lima e Dr. Marcio Klang*

**MK:** A questão é a seguinte. Hoje está havendo no Congresso Nacional uma audiência pública relativa ao Projeto de Lei nº 10.887, que tramita desde 2018, e pretende fazer uma reforma na Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992, que regula a improbidade administrativa. Ou seja, existe um projeto de lei em curso no Congresso Nacional que busca modificar a Lei de Improbidade. Entre várias ideias e propostas contidas nesse projeto, há aquela

que restringe o ato ímprobo ao mundo do dolo e exclui a culpa e o evidente erro. Repetindo: exclui a culpa e o evidente erro. O que vocês acham dessa proposta?

**VLC:** Eu acho que uma das dificuldades que nós temos no nosso dia a dia é exatamente fazer a prova desse dolo em certos atos. É compreensível que o administrador público, muitas vezes, não é obrigado a saber de absolutamente tudo. Compreender de fluxos, de SUS, de pessoas, saber como se comporta a criança na rua... Um bom administrador, então, ele eventualmente comete falhas.

**MK:** Ok. Ou se não souber, cercar-se de pessoas que saibam.

**VLC:** Para isso ele tem o segundo, o terceiro escalão e deveria louvar-se das melhores práticas de trabalho. Quando falamos em improbidade, desvio de recurso público, enriquecimento ilícito, é muito pouco provável que um administrador, uma vez que se verifica um valor saindo dos cofres públicos e ingressando no cofre de particular, em um montante maior, ou em um montante que não deveria nem existir, que não haja um dolo na conduta. Você provar o óbvio às vezes fica um pouco complicado. Se objetivamente verifica-se que houve uma conduta extremamente ilegal, o conceito do dolo pelo aspecto cível fica um pouco implícito nisso, senão acabamos levando isso para uma discussão no âmbito penal. Desde que a Lei de Improbidade começou a ser mais exercida, a gente tentou evitar que isso acontecesse justamente para não esbarrar em questiúnculas que acabaram ganhando força do tipo: “Ah! Determinado agente tem foro por prerrogativa”; “Oh! Determinado ato deveria ser punido como crime de responsabilidade”. São questões que fazem com que tirem de nós a possibilidade de debater aquele ato na seara em que lhe é devida para ser debatido.

**MK:** Até porque, se você está na área Penal, tem uma questão de interpretação mais restritiva. O Direito Penal é aquele direito mais escravo do texto e do tipo previsto na lei penal, ao passo que no “direito não penal” essa restrição não é exatamente igual à do Direito Penal. Se você começa a falar de dolo e culpa, não parece que isso estaria trazendo para o “direito não penal” conceitos e interpretações do Direito Penal?

**VLC:** O Direito Penal tem suas vicissitudes. Minha avó dizia: “seus ônus e bônus”. Há certas investigações, certos instrumentos que são utilizados na investigação criminal que são ótimos: receptação

telefônica, determinadas quebras de sigilo que nós no Cível não temos. Se pegarmos os conceitos justamente da área Penal que engessam a atividade do Promotor de Justiça, porque aí entraríamos nos ônus, e aplicar isso na improbidade, nós só ficaríamos com os ônus. Ou seja, não teríamos os instrumentos de investigação. E um instrumento que ganhou bastante notoriedade recentemente foi a colaboração popularizada como “delação premiada”. O instrumento de colaboração nasceu da prática da verificação de uma ação em que se precisava punir as organizações criminosas. Se utilizássemos também dos bônus do Criminal, então faríamos, equilibrando forças. Mas se você trazer só os conceitos que engessam a atividade do Ministério Público, acho que fica latente qual a intenção de um projeto de lei como esse.

**GMCS:** Há uma discussão no meio jurídico, especialmente na defesa sobre a natureza da lei. Ela tem uma natureza penal? Ela tem uma natureza civil? Ela é híbrida? A gente tem instrumentos na Lei de Improbidade que são muito importantes e que não se confundem com instrumentos do crime. Na Tutela Coletiva, entendemos que é de suma importância e acho que isso é uma evolução que ainda temos que alcançar, que houvesse essa possibilidade do trabalho conjunto da atuação do crime na improbidade, porque tiraríamos essa grande dificuldade que agora a jurisprudência traz de a gente indicar claramente o dolo em uma conduta ímproba. Então, imagina uma licitação de uma grande obra. Parece implícito, como Dr. Vinicius comentou, que o desvio do dinheiro, o superfaturamento, o sobrepreço, eles nos permitem intuir um desejo de causar dano ao patrimônio público. Como eu vou medir isso? Eu vou chegar para o sujeito e falar: “você tinha vontade de maltratar o patrimônio público?”, “não, não tinha”, “mas olha, você tomou atitudes que...”. E o Supremo Tribunal Federal hoje vem nessa linha de jurisprudência de que, não havendo dolo, tolera-se a conduta irregular ou ilegal. Há hoje uma área muito cinzenta que nos prejudica muito. É um trabalho bastante frustrante quando você tem situações de declaração expressa de que sem dolo não se recompõe o dano.

## Bloco 10 - Lei de Improbidade em debate - Parte 02

**SB:** Eu só gostaria de fazer um adendo à observação do Dr. Vinicius e da Dra. Gláucia. O aspecto que a decisão recente que Dra. Gláucia estava mencionando do Supremo Tribunal Federal é relativo à questão



*Da esquerda para a direita: Dr. Salvador Bemerguy, Dr. Vinicius Leal Cavalleiro, Dra. Gláucia Maria e Dra. Eliane de Lima*

se a responsabilização por atos de improbidade sofre ou não a sanção da prescrição. Para que você busque a questão do ressarcimento do dano decorrente de um ato de improbidade, e neste acórdão que passa a ser um paradigma porque é oriundo da Suprema Corte, os Ministros deixaram mais ou menos alinhavados como você pode fazer uma aferição, se estará prescrita ou não a questão relativa à busca do ressarcimento, a questão do enriquecimento, a questão se o administrador ou alguém obteve ou não uma vantagem que reste clara. Ou seja, a conduta ali desenvolvida, as circunstâncias fáticas daquela conduta que indicariam a presença ou não do atuar doloso. Nisso, transbordando ou saindo do Direito Administrativo e indo para o Direito Penal, a discussão é a mesma, porque, quando você fala de dolo no Direito Penal que se diferencia da culpa, não tem como adentrar a mente do criminoso para saber o que ele queria. São as circunstâncias fáticas que vão mostrar qual é a efetiva intenção daquele atuar, se efetivamente ele tinha a ideia com a finalidade específica de obter aquele resultado e praticar aquela ação. Eu não tenho como entrar na mente do Dr. Vinicius e saber aferir o que ele quis dizer ao pegar o copo d'água e pronunciar umas palavras ao senhor. Então, a demonstração da conduta dele, a realidade da conduta é que poderá aferir se ele atuou com culpa ou com dolo. Levar isso para a improbidade vai trazer celeumas enormes porque,

como Dra. Gláucia falou, em um crime você fazer uma aferição de um fato isolado, um fato de uma repercussão diminuta frente a uma lesão decorrente de um ato de improbidade. Então, misturar conceitos, ou institutos, ou searas de diferentes direitos, acho que seria uma coisa que deveria ser mais bem pensada pelo legislador. E uma questão relativa ao projeto que o senhor fez menção e eu gostaria de destacar, e aí vai a minha visão do preconceito contra o Ministério Público. O projeto de lei diferentemente da atual Lei de Improbidade que veda a recomposição do erário de forma administrativa pelo Ministério Público, vedada no artigo 17, parágrafo 1º, permite que sejam feitos acordos em que a pessoa ali apontada como autora de uma lesão ao erário público recomponha o erário num acordo com o Ministério Público, evitando que o MP tenha que propor uma demanda para obtenção daquele ressarcimento. Só que o projeto prevê uma dupla fiscalização porque esse acordo pode ser feito judicialmente ou extrajudicialmente. Quando é feito extrajudicialmente tem que passar pelo crivo do Ministério Público. Acredito que vai ser do Conselho Superior do Ministério Público porque não faz menção, mas de um órgão interno do MP, e eu acredito que será do Conselho Superior e depois ser submetido à apreciação do Judiciário para homologação. É como se fosse um TAC [Termo de Ajustamento de Conduta] que hoje é só aferido pelo *interna corporis*, pelo Conselho Superior. Com o projeto, a aferição será *interna corporis* e pelo Judiciário, mas por que ir para o Judiciário? Para mim isso é um retrocesso porque é uma modalidade de TAC.

## Bloco 11 - A corrupção e as desigualdades sociais

**VLC:** Existe uma questão que permeia, pelo menos assim eu penso. Quando se atua na Tutela Coletiva, você tem interfaces com o crime na questão de alguns crimes específicos, contra a administração pública, o artigo 359 [do Código Penal], e existe também uma questão que permeia as promotorias, digamos assim, prestacionais. Porque a corrupção é um mal que, independentemente da forma como você encara, qual efeito jurídico você vai dar, ela tem uma consequência lógica: o subfinanciamento da política pública. Pensa que você se organiza em um dado momento, que é um momento em que vige a lei orçamentária, esperaria uma quantidade de recursos "X" para uma política pública "Y" e quando há um sobrepreço, uma coisa que se paga a mais por aquilo que não estava planejado, o recurso é finito. Vai para um lado ao invés de ir ao

outro. Então, independentemente até de ter ocorrido dolo, culpa ou falha administrativa, detectado o sobrepreço, o subfinanciamento, um atuar equivocado, ainda que seja do administrador que tenha gerado prejuízo ao financiamento da política pública, ou seja, que tenha gerado dano ao patrimônio público, pouco importa no nosso olhar se isso foi decorrente de uma ação A, B ou C. Se foi, gerariam outras sanções para a pessoa que geriu, mas acho que tem que compreender esse pensamento no momento em que estamos oficialmente, desde 2017, que chamamos de desequilíbrio de metas, estamos num regime especial de recuperação fiscal criado para o Estado do Rio de Janeiro. Justamente porque nós temos necessidades absurdas a serem financiadas e temos poucos recursos frente às necessidades apresentadas. Não há mais cabimento nesse momento em se pensar, em hipótese nenhuma, em gerir mal a coisa. Então, independentemente da discussão até mesmo que permeia o recente julgado, se teve ou se não tem prescrição relativa a isso que é da improbidade e é muito cruel. São cinco anos depois da saída do gestor. Se fizéssemos muitos paralelos como são feitos com o crime de corrupção, por exemplo, acho que a pena é de doze anos, prescreve, portanto, acho que em vinte anos! Corrijam-me se eu estiver errado, você ter cinco anos pra correr atrás do maior prejuízo! Você tem uma coisa muito mais grave, muito mais séria por detrás disso tudo que é o estado das coisas. Saímos daqui do prédio do Ministério Público, há dezenas de moradores de rua sem o serviço de acolhimento de assistência social, sem ir ao hospital. Isso é fruto, é uma máquina que se retroalimenta, então é uma questão cultural que especialmente acho que no Estado do Rio de Janeiro ganhou relevância. Aí você diz: “Ah, deixa pra lá! Ah, não! Mas coitado, o ‘cabra’ já ficou preso dois anos!” Não se trata de ser preso, se trata de recuperar aquilo que foi perdido, porque aquilo não tem mais retorno. Nós já estamos perdendo uma juventude inteira com o subfinanciamento da educação, perdendo o tratamento adequado da saúde, do acolhimento ao idoso, da população de rua, nada funciona, meu Deus! Nada funciona com um orçamento de 52 bilhões! Como é que isso é possível?!

**MK:** Até em dólar isso é dinheiro, não é?!

**VLC:** É dinheiro em qualquer circunstância.

**ELP:** Eu nunca atuei diretamente na área da improbidade, não obstante tenha uma visão que muito a valoriza. Mesmo porque

uma das perspectivas mais importantes da Constituição e, portanto, também da atuação do Ministério Público, é o combate à desigualdade. E eu entendo a questão da improbidade, da corrupção como uma forma, um instrumento perverso de promoção de desigualdade. Então, nesse aspecto reconhecemos que na área da Cidadania não deve ser o *monotema*, como costume dizer. É bom que não seja, mas a sua importância tem que ser reafirmada.

## Bloco 12 - Perguntas da Plateia - Dra. Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea



Gravação da entrevista

**MK:** O último bloco agora são perguntas da plateia, para qualquer um ou para os quatro.

**MCPAT:** Bom dia a todos. Cumprimento inicialmente o querido colega Márcio Klang pela iniciativa e por mais um bem-sucedido programa. Parabéns a todos pela riqueza do nosso debate. Realmente não foi surpresa porque já nos conhecemos de longa data, sei da história institucional de cada qual, mas confesso que é muito bom, eu que já passei por vários “Ministérios Públicos”, chegar

ao decanato com esse *nipe*. Fiquei muito sensibilizada com a fala no tocante à denominação “Cidadania”. Ela já me parece que não revela exatamente a dimensão da atuação, porquanto as especializações foram ocorrendo e essa Cidadania acabou em um viés residual. Então eu gostaria que todos, especialmente Dr. Salvador e Dra. Gláucia, que se manifestaram nesse sentido, mas Dr. Vinicius e Dra. Eliane também pudessem dizer como vocês veriam a atuação de vocês melhor representada em termos de nomenclatura.

**SG:** “Defesa do Patrimônio Público”.

**GMCS:** Eu acrescentaria “e da Cidadania”. Mas eu destacaria o patrimônio público: “Promotoria de Justiça de Tutela do Patrimônio Público e de Defesa da Cidadania”. Eu faria algo assim porque o residual é extremamente importante. Se nós não temos no planejamento o desejo de fazer um destaque e deixar as promotorias só com o patrimônio público, se ela vai permanecer com esse residual, acho que tem que agregar no nome. Agora, se também temos uma possibilidade de se especializar em cidadania, isso que hoje é residual, esse nome poderia representar. Porque desse modo entra todo o conjunto de Defesa dos Direitos Humanos nessas políticas públicas que esse residual cuidaria.

**ELP:** E também de minorias no sentido de vulnerabilidade. Eu acho que se nós pudéssemos destacar a parcela da população que mais precisa do Ministério Público, acho que isso poderia ser medido através dos índices de vulnerabilidade. E essas minorias são parcelas da população, não necessariamente em número reduzido, mas que estão em extrema situação de vulnerabilidade.

**VLC:** Eu concebo a pergunta da Dra. Maria Cristina como uma provocação a nós muito positiva no seguinte sentido: a permanecer da forma como estão as promotorias, inclusive até da forma como são colocadas as questões para as atuais Promotorias de Cidadania, o nome seria “Promotoria de Patrimônio Público”. Porque a distinção sempre é: “Ah, é improbidade”, então eu mando para a Promotoria de Cidadania. No entanto, a cidadania é um conceito muito mais amplo, global. Veja bem, o Promotor da Infância exerce a cidadania seja em um caso individual, seja no coletivo em saúde, educação, idoso, deficiente. Há áreas em que o Ministério Público ainda não se especializou, independentemente se eu vou tratá-la como uma promotoria prestacional com ou sem poder de identificação na

improbidade, com ou sem poder para o crime decorrente disso. O Promotor investiga o fato, ele não investiga a consequência jurídica do fato. Ele se debruça em áreas técnicas querendo saber como melhor funciona o fluxo, como melhor funciona o equipamento, como as pessoas lidam em virtude daquele mau serviço público ou, às vezes, até particular. Temos o Consumidor também, prestado no interesse coletivo, enfim. Ele investiga o que está acontecendo e não qual a esfera jurídica, qual foi a sanção ou qual foi ação que eu vou mover. A ação, a gente se preocupa na hora de redigir. Portanto, eu pensaria: “por que não?”. Por que dar nomes nesse aspecto? Porque nós já temos, por exemplo, a Promotoria de Saúde que já faz o prestacional. Eu gostaria de devolver como uma provocação, talvez. Por que não transformar algumas promotorias dessas ditas de Cidadania, como mais de Saúde para que ela se exerça na plenitude? Tudo que a legislação, todos os instrumentais que o Ministério Público tem de investigação e de possibilidades. Eu vou ter mais promotorias? Eu não sei. Eu vou ter menos? Não sei, mas prefiro que o Promotor de Saúde ou de Educação ou de Infância exerça a cidadania que se espera que o Ministério Público exerça em prol dele, fazendo tudo que estiver ao alcance.

### **Bloco 13 - O Ministério Público e a prestação de serviços públicos**

**ELP:** Nós tivemos, eu e Dra. Roberta Rosa Ribeiro, que compartilhar as funções da Assessoria de Direitos Humanos e Minorias com mais alguns outros colegas, na Maré. É um complexo de dezesseis favelas e fiquei bastante impressionada com o meu e o nosso desconhecimento acerca das necessidades daquela população que de fato vive em situação de vulnerabilidade. E não vou me restringir a questões relacionadas à segurança pública, sobretudo o que envolve o controle externo da atividade policial, mas eu vou falar de coisas que me sensibilizaram. Especialmente, por exemplo, saber que aquela população nos seus diferentes bairros não possui uma rede de transporte público. O que isso significa? Que apenas vans e mototáxis circulam naquele espaço. Então, a pergunta que eu faço: que denominação a gente utilizaria para o atendimento dessas pessoas com essas necessidades? Eu só citei uma das carências, mas poderia falar, por exemplo, da precariedade da oferta do ensino médio. O jovem que mora numa dessas dezesseis favelas ou ele estuda à noite em uma escola que fica na verdade nas bordas da comunidade, ou ele sai para estudar em outra comunidade. E nós devemos também nos perguntar até que ponto não é positivo que

esse jovem saia, porque ele não tem que viver em gueto, não é bom para as comunidades nem para a cidade como um todo.

**MK:** Isso tem um custo para ele. E tem um tempo, não é?!

**ELP:** Sem sombra de dúvida. Então, pensar na população em situação de rua, pensar na questão do racismo, pensar na questão de toda a problemática que envolve a diversidade de gênero.

**GMCS:** Religiosa.

**ELP:** Esse ponto é fundamental.

**MK:** O saneamento básico.

**ELP:** O saneamento básico. Nas questões relacionadas à intolerância religiosa, hoje até me questiono muito sobre esse termo e as pessoas vêm pensando e chamando de racismo religioso. Quem atua? Quem é o carro chefe do Ministério Público para atuar nessas questões?

**SB:** Cidadania pelo residual.

**ELP:** Sim, existe um papel fundamental da Assessoria em relação à articulação, em relação à sensibilização, mas de fato nós não temos poder de ação, de recomendação etc. Muitas vezes, encontramos bastante sensibilidade do colega que atua na Cidadania, mas que é engolido, por exemplo, por questões envolvendo o patrimônio público que estão ali à porta, batendo em alto e bom som e das quais ele não tem como fugir, como de fato no dia a dia ele acaba pautando como prioridade. Então, talvez nessa nossa readequação, e eu ressaltai nessa ida à Maré, a importância desse trabalho ser bastante profundo e reestruturante na oportunidade do planejamento estratégico, de pensarmos fora das caixas. Como olhar para essa comunidade e pensar na questão da acessibilidade do cadeirante diante de um quadro desses que não tem transporte público? Enfim... Como fica a questão da saúde mental de uma população que sofre com as operações policiais?

**MK:** Agora, isso é matéria de políticas públicas?

**ELP:** Sem sombra de dúvidas, é uma boa denominação.

## Bloco 14 - Perguntas da Plateia - Assessoria de Direitos Humanos e Minorias

**Vanessa da Costa de Souza:** Queria dirigir a pergunta especialmente à Dra. Eliane para falar um pouco sobre como deve ser difícil ser um ícone, falar sobre Direitos Humanos dentro do Ministério Público e essa interlocução com a sociedade. Apesar de ser um termo historicamente muito universal, como é hoje nessa sociedade tão polarizada falar do tema de Direitos Humanos?

**ELP:** Obrigada, Vanessa, pela pergunta. Eu confessei na minha primeira fala que, de fato, essa é a minha missão mais desafiadora nesses 25 anos de Ministério Público, não tenho a menor dúvida. Acho que em primeiro lugar o apego, o verdadeiro apeço ao que está disposto na Constituição, nos documentos internacionais, na lei. Eu acho que essas são as nossas ferramentas. Tendo também a compreensão de que muitas vezes o nosso papel é contra majoritário, e deve ser contra majoritário, até porque essa estrutura do Estado na medida em que o Legislativo e Executivo são eleitos, e nós, sistema de Justiça, não, que a gente tem de velar por aquelas pessoa que de fato representam um número reduzido da população. Vou citar um exemplo que acho bastante esclarecedor e reduzido...

**MK:** Será reduzido? Agora eu me questiono. Quantos milhões de brasileiros estão abaixo da linha de pobreza?

**ELP:** Sim, sem sombra de dúvida, mas se nós pensarmos, por exemplo, naquele paciente de uma doença rara. Quem vela por ele? Ele não tem voto, muitas vezes a indústria farmacêutica sequer tem interesse comercial em produzir um tratamento, desenvolver um medicamento para aquela pessoa. Então é o Ministério Público, eu não tenho a menor dúvida de que é o Ministério Público. Cito esse exemplo porque foge um pouco de questões que hoje poderiam ser pautadas como morais, enfim. Porque acho que isso esclarece bastante.

**MK:** A questão da tuberculose é uma questão que, quando eu estive nos Direitos Humanos, fiquei impressionado de saber que a Rocinha, depois da população carcerária, é o segundo lugar onde tem a maior incidência de tuberculose no Brasil! A Rocinha que fica perto dos ricos ali...

**ELP:** Entre Gávea e São Conrado.

**MK:** Ali tem o segundo índice de incidência de tuberculose.

**ELP:** Eu estive na Rocinha há aproximadamente um ano, e fiquei muitíssimo impressionada com condições que eu classificaria como medievais. São pessoas morando em pedras, muitas vezes. E um dado que me chocou...

**MK:** Uma concentração demográfica absurda que produz esse tipo de resultado cruel.

**ELP:** Sim e com condições muito insalubres. Então, a expectativa de vida de um morador da Rocinha é vinte anos menor que um morador da Gávea.

**MK:** Que é vizinho, não é?!

**ELP:** É. Na verdade, a Rocinha se localiza entre Gávea e São Conrado. Então, como assim?! Qual é a função que um Promotor de Justiça que se ocupa dessa área ao constatar essa imensa desigualdade a ponto disso? O que isso significa? Isso significa uma perda de vinte anos na vida de homens e mulheres! Da mesma forma que um aluno do ensino fundamental de uma dessas dezesseis favelas da Maré perde ao final do ensino mais de dois anos de escolaridade. Então, como deve agir o Promotor? Porque isso está constatado e essa é a importância também do que nós temos investido nos últimos tempos em relação à produção de dados. Porque nós temos esses dados hoje em dia, não há mais como disfarçar, não há mais desculpas. Instrumentalizar uma ação que atenda a essas vulnerabilidades é de fundamental importância. Só para complementar a pergunta da Vanessa, acho que uma das descobertas que teve início no Ministério Público nos últimos anos é o contato com sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos e eu falo especialmente do Sistema Interamericano [de Proteção dos Direitos Humanos] que tem jurisdição. O Estado brasileiro no exercício pleno da sua soberania aceitou a jurisdição obrigatória em 1998 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso não é pouca coisa, é importante que a gente compreenda.

**MK:** Isso também toca a questão dos refugiados?

**ELP:** Todas as questões que cheguem à Corte; que cheguem à Comissão [Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959] e

após à Corte Interamericana [de Direitos Humanos, criada em 1979]; nós precisamos nos apropriar, porque está lá no art.127 [da CF/1988] que nós temos de velar pelo cumprimento da ordem jurídica, do sistema do regime democrático e não há como não observar esse tipo de jurisdição. É também mais um instrumental que nós podemos acessar, devemos acessar, precisamos fazer o que hoje se denomina “controle de convencionalidade”. Ou seja, em relação àqueles documentos que o Brasil se obrigou no pleno exercício da sua soberania, documentos internacionais. É importante que a gente de fato cumpra isso aqui, tenha essa consciência, tenha instrumental para fazer valer o que todos nós estamos comprometidos. Acho que isso é muito importante.

### **Bloco 15 - Perguntas da Plateia - Dr. Ertulei Laureano Mattos**

**ELM:** Eu gostaria de dizer coisas pessoais, simples para mim. Estou diante de quatro pessoas que eu tive o privilégio, a vida toda, de ver a atuação. Eu tenho quarenta e dois anos de carreira, mas queria dizer: Eliane, eu tive o privilégio de trabalhar com você por dois anos. Isso que você diz aí, faz na prática. Você é uma pessoa que sabe receber pessoas que às vezes não sabem nem onde é a porta do Ministério Público. Quando se localiza e fala com você, sai daqui com a ideia de quanto essa instituição é importante para ela.

**GMCS:** É verdade.

**ELP:** Obrigada.

**ELM:** À Gláucia, eu vou dizer o quê? Outro dia, eu estava na Justiça Federal, no lançamento de um livro e eu sabia quem era Gláucia porque eu conheço o atuar dela. Talvez seja uma das pessoas mais corajosas e que mais estoura portões, aqueles que não querem abrir. Você é daquelas que invadem, e invade com a Lei na mão, com o seu processo na mão, com a sua capacidade de enfrentar adversidades. Vinicius, tive o privilégio de conhecê-lo trabalhando na administração do [Procurador-Geral de Justiça] Antônio Vicente da Costa Júnior. Administração em que eu não fui mais do que ninguém, mas enfrentava dificuldades das mais variadas porque nem dinheiro tinha, talvez vocês não saibam. Ficamos seis meses sem o duodécimo e eu encontrei a compreensão de muita gente. Consegui presidir o Conselho [Superior], presidir o Órgão Especial

sem ter experiência suficiente ainda, era relativamente jovem. Isso faz quase vinte anos e eu vi quem você é. Você é uma pessoa que esteve comigo o tempo todo, uma relação como se eu fosse um tio mais velho e me tratava como um irmão mais velho, na verdade era isso. E você foi uma das primeiras pessoas da geração jovem, tinha vinte e poucos anos, vinte e quatro, vinte e cinco. Você me tratava como se eu fosse uma pessoa com uma importância que eu sabia que não tinha, mas isso, de coração, é muito grande. E, desde aquele momento, vi em você o que vi nas outras duas pessoas que não estão aqui por acaso. E chegaram porque construíram, embora jovens, a história e estão na memória do Ministério Público, não é à toa. Salvador, eu conheci quando ele chegou ao Ministério Público.

**SB:** De uma forma meio equivocada.

**ELM:** Não posso dizer não, não é?! Ou posso?

**SB:** Pode. Não tem problema.

**ELM:** Foi uma coisa engraçadíssima. Minha mulher era Defensora Pública na época e era Corregedora. Ela era uma pessoa muito rígida, não era uma pessoa injusta, mas era muito rígida. Salvador foi tirar a certidão dele para tomar posse. Ele pegou a certidão e a Dra. Silvia Maria Nascimento Teixeira disse: “olha, eu não posso te entregar agora porque tem um erro”. Ele pegou, olhou e disse: “não Doutora, não tem erro nenhum, eu vou levar”. É porque ele estava classificado no sexo feminino.

**SB:** Estava “Defensora”.

**ELM:** Salvador é isso.

**SB:** Mas, eu posso só complementar? Porque ficou meio dúbia a situação. À época, a Corregedora-Geral da Defensoria Pública não queria me dar a certidão e eu precisava dela naquele dia para poder contar o tempo de serviço na Defensoria e ela falou que só me daria tempos depois. Eu disse: “não, pouco importa “Defensora”, “Defensor”, o que tiver, eu quero a certidão!”. E peguei da mão dela. Quando cheguei aqui, você era Subprocurador-Geral e marido da Corregedora.

**ELM:** Não aconteceu nada, você foi empossado.

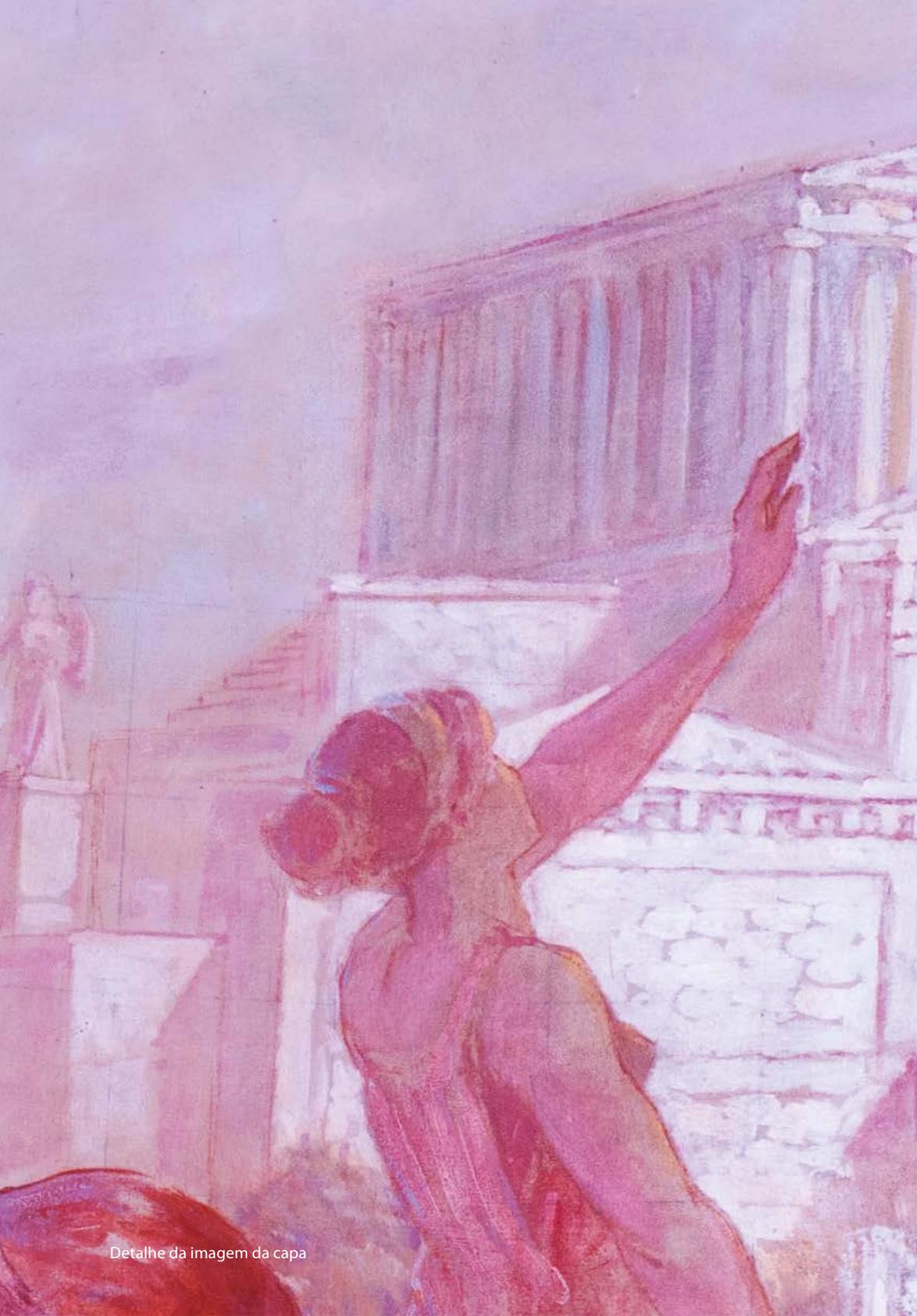
**MK:** Mas foi empossado “a Defensora” ou “o Defensor”?

**ELM:** “O Defensor”.

**SB:** Eu acho que “o Promotor”.

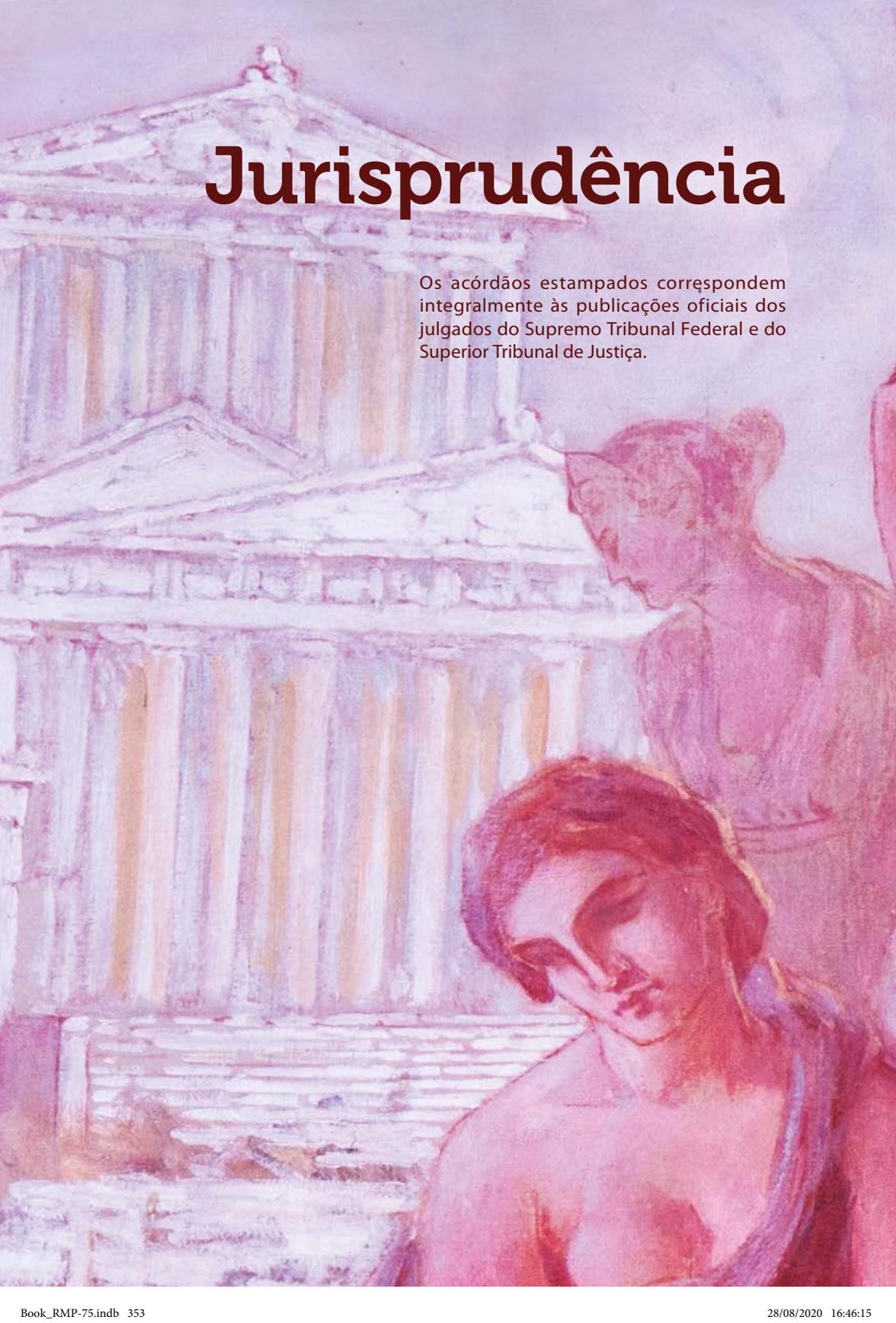
**ELM:** Salvador, eu vejo você... Você e Vinícius formam, embora não seja uma dupla diretamente, mas vocês são pessoas que vivem o dia a dia, vivem com responsabilidade. Eu vou fazer uma coisa com você publicamente aqui, não conheço cara mais assíduo no órgão de execução do que esse camarada, sabe por quê? Além de tudo, eu fiscalizo a presença dele no restaurante da AMPERJ. Ele realmente é o freguês mais assíduo, o cliente mais assíduo, é o colega que mais ali está, e conheço também a profundidade da importância do seu trabalho.





Detalhe da imagem da capa

# Jurisprudência

The background of the page is a painting in shades of purple, pink, and white. It depicts a classical building with a pediment and columns. In the foreground, there are two figures, possibly women, rendered in a soft, painterly style. The overall mood is serene and artistic.

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 111.278 / MINAS GERAIS**

10/04/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): ANA PAULA FERREIRA DOS SANTOS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. SISTEMA DE VIGILÂNCIA. SÚMULA 567 DO STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.

2. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício.

3. Incidência da Súmula 567 desta Corte, segundo a qual o “*Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto*”.

4. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em não conhecer da

impetração, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Brasília, 10 de abril de 2018.

## MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – REDATOR P/ O ACÓRDÃO

10/04/2018  
PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 111.278 / MINAS GERAIS**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO**

**PACTE.(S): ANA PAULA FERREIRA DOS SANTOS**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Juízo da Oitava Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, no processo nº 0024.04.308664-4, condenou a paciente a 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, ante o cometimento da infração prevista no artigo 155, §4º, inciso IV (furto qualificado por concurso de agentes), do Código Penal, afirmando que subtraiu peças de roupas de estabelecimento comercial, colocando-as na bolsa e sob as vestes, sendo detida, na sequência, por segurança do local. Substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal estadual deu-lhe provimento para, concluindo tratar-se de crime impossível, absolver a paciente. Consignou que foi monitorada por segurança do estabelecimento, no decorrer de toda a prática delituosa, circunstância a evidenciar a ineficácia do meio empregado. O Ministério Público opôs embargos de declaração, não acolhidos.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial nº 1.210.602, protocolado pela acusação, foi provido pelo Ministro Relator a fim

de restabelecer a sentença condenatória. Evocou a jurisprudência do Tribunal, reputando inviável a caracterização, no contexto, de crime impossível. A defesa formalizou agravo regimental, desprovido pela Quinta Turma.

A impetrante diz configurada violação dos verbetes nº 7 e nº 279 das Súmulas, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo, pois o provimento do recurso especial teria demandado revolvimento de provas. Aduz estar-se diante de quadro revelador de crime impossível. Realça a adequação do contexto trazido à balha com o versado no artigo 17 do Código Penal. Sublinha que, ao ter sido monitorada ininterruptamente por segurança do estabelecimento, o meio empregado pela paciente mostrou-se absolutamente ineficaz. Cita doutrina a corroborar com a argumentação veiculada.

Não houve pedido formal de liminar. No mérito, busca seja a ordem concedida para reconhecer que o Superior Tribunal de Justiça procedeu à incursão do conjunto probatório ou, sucessivamente, para considerar, ante a caracterização de crime impossível, atípica a conduta da paciente.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo indeferimento da ordem.

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça, realizada em 6 de março de 2018, constatou-se ausente informação sobre a situação prisional da paciente e o cumprimento da sanção imposta. O andamento do processo de nº 0024.04.308664-4 revelou estar este baixado.

Lancei visto no processo em 26 de março de 2018, liberando-o para exame na Turma a partir de 10 de abril seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante. É o relatório.

**10/04/2018  
PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS Nº 111.278 / MINAS GERAIS**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):**

**FURTO – IMPOSSIBILIDADE.** Verifica-se configuração de crime impossível quando, a partir da retirada de mercadoria da prateleira e colocação em bolsa, está o agente sob vigilância do estabelecimento, sendo instado, na saída, por segurança, a apresentar a comprovação do pagamento.

Observem as premissas fáticas assentadas no acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, última instância ordinária. Consta, inclusive com transcrição do depoimento, que setor de fiscalização do estabelecimento percebeu a retirada de mercadorias da prateleira – roupas – e colocação no interior de bolsas e da respectiva vestimenta. Então, permitiu-se a saída da paciente quando, então, foi instada por segurança a apresentar o comprovante de pagamento dos bens. Em síntese, desde o primeiro ato perpetrado esteve a paciente sob cerrada vigilância, fato a tornar impossível a subtração. Bem andou o Tribunal estadual quando assentou a configuração de crime ou tentativa de crime impossível.

Defiro a ordem para restabelecer o pronunciamento absolutório formalizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

**10/04/2018**  
**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS Nº 111.278 / MINAS GERAIS**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** – Presidente, também aqui, a hipótese é de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Um pouco a questão jurídica é saber se a existência de sistema de vigilância em estabelecimento comercial constitui óbice para a configuração do crime de furto, o que eu, pessoalmente, penso que não seja.

De modo que eu não estou conhecendo e tampouco estou concedendo a ordem de ofício.

**10/04/2018**  
**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS Nº 111.278 / MINAS GERAIS**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)** – Eu também peço vênia ao eminente Relator e acompanho a divergência, entendendo que o circuito de segurança televisivo não impede a consumação do crime.

**PRIMEIRA TURMA**  
**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS Nº 111.278**  
**PROCED.: MINAS GERAIS**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO**  
**PACTE.(S): ANA PAULA FERREIRA DOS SANTOS**  
**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Decisão:** A Turma, por maioria, não conheceu da impetração, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 10.4.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho.  
Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma



## **HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

11/09/2018

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCUS TOSCANO DE BRITO MONTEIRO GESSARIO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Habeas corpus.* 2. Importação de sementes de maconha. 3. Sementes não possuem a substância psicoativa (THC). 4. 26 (vinte e seis) sementes: reduzida quantidade de substâncias apreendidas. 5. Ausência de justa causa para autorizar a persecução penal. 6. Denúncia rejeitada. 7. Ordem concedida para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 11 de setembro de 2018.

**MINISTRO GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

11/09/2018

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCUS TOSCANO DE BRITO MONTEIRO GESSARIO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de concessão de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Marcos Toscano de Brito Monteiro, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro Felix Fischer, no agravo regimental no agravo em Recurso Especial 1.058.395/SP, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA.

A decisão recorrida não destoa do entendimento firmado nesta Corte quanto ao fato de que a importação de sementes de maconha é conduta que se amolda ao tipo penal descrito no art. 33, §1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido. (eDOC 2, p. 265)

De acordo com os autos, o paciente foi denunciado pelo crime previsto no artigo 334-A do Código Penal (contrabando), acusado de importar pela internet 26 sementes de maconha (eDOC 2, p. 87-89).

O Juízo da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP rejeitou a denúncia (eDOC 2, p. 93-99).

Dessa decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito (eDOC 2, p. 103-111).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região proveu o recurso, determinando que a denúncia fosse recebida e que o paciente respondesse pelo crime de tráfico internacional de drogas (art. 33, §1º, inciso I, c/c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006), prevalecendo no caso o princípio do *in dubio pro societate* (eDOC 2, p. 136).

Em seguida, a defesa apresentou recurso especial (eDOC 2, p. 160-173), o qual foi inadmitido na origem (eDOC 2, p. 197-201). O agravo então interposto (eDOC 2, p. 204-209) foi submetido à apreciação pelo STJ. O relator do AResp 1.058.395/SP, Ministro Felix Fischer, negou provimento ao especial.

Contra essa decisão, interpôs-se agravo regimental. O recurso não foi provido.

Neste *habeas corpus*, a defesa sustenta que, conforme a denúncia, não há como afirmar-se que as sementes apreendidas seriam destinadas à preparação com a finalidade de tráfico ou mercancia (eDOC 1, p. 4).

Aponta que o STF teria reconhecido repercussão geral ao RE-RG 635.659, de minha relatoria, em que se discute a constitucionalidade da criminalização do porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal, caso do presente *writ*.

Com essa argumentação, a defesa requer a concessão de medida liminar a fim de que se determine o sobrestamento da ação penal na origem. No mérito, pleiteia a concessão da ordem para que seja restabelecida a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

Em 30.5.2017, deferi a liminar (eDOC 5).

O Ministério Público apresentou parecer pela denegação da ordem (eDOC 19).

É o relatório.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** No presente *habeas corpus*, a defesa requer a manutenção da decisão das instâncias ordinárias que determinaram o trancamento da ação penal.

De fato, o STF entendeu haver repercussão ao recurso extraordinário (RE-RG 635.659) de minha relatoria, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no ponto em que se criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal.

O julgamento do referido extraordinário pelo Pleno teve início em 10.9.2015. Já proferiram votos os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, encontrando-se os autos no Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes, dado pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

No caso, o paciente está sendo processado por importar 26 sementes de maconha, que, segundo o Juízo de origem, seriam para uso próprio, de forma que há real plausibilidade na alegação de que a conduta praticada pelo paciente se amolda, em tese, ao artigo 28 da Lei de Drogas, dispositivo cuja constitucionalidade, como já consignado, está sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Juízo de origem, a denúncia merece ser rejeitada, tendo em vista que: (i) as sementes não apresentam a substância *tetrahydrocannabinol* (THC), geradora de dependência e, portanto, não podem ser caracterizadas como “droga”; (ii) tais sementes não podem ser consideradas matérias-primas destinadas à preparação da droga, pois se extrai o produto vedado pela norma pela planta e não pela semente; (iii) a quantidade de droga não se coaduna com o delito de tráfico internacional e drogas; (iv) a conduta descrita poderia se amoldar no tipo penal do artigo 28, §1º, da Lei nº 11.343/06; (v) as sementes não chegaram sequer a ser semeadas, o que torna indevido o enquadramento no tipo penal previsto no artigo 33, §1º, da referida lei; (vi) não há lesão ao bem jurídico capaz de enquadrar a conduta no artigo 334 do Código Penal; (vii) não há, nos autos, qualquer indício de que o denunciado teria habitualidade na conduta de importar sementes com o objetivo de traficá-las.

Na doutrina, afirma-se que a matéria-prima, conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os

entorpecentes que causem dependência física ou psíquica (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99). Ou seja, a matéria-prima ou insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta *Cannabis sativa*, que não possuem a substância psicoativa (THC).

Ademais, verifico que, em outros julgados desta Corte, em razão da pequena quantidade de sementes de maconha importadas, o Ministro Roberto Barroso deferiu a liminar para suspender a tramitação da ação penal na origem, nos HCs 147.478/SP, 143.798/SP e 131.310/SE.

Diante do exposto, considerando as particularidades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substâncias apreendidas, com base no artigo 192, *caput*, do RISTF, *concedo a ordem para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau que, em razão da ausência de justa causa, rejeitou a denúncia*.

É como voto.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Senhor Presidente, estou, neste momento, também votando em ambos os *habeas corpus*. Princípio pelo fim, dizendo que estou acompanhando a conclusão do eminente Ministro Gilmar Mendes com as seguintes observações que me permito fazer em relação à fundamentação.

Efetivamente, o fundamento que estou acolhendo nesta perspectiva está centrado na citação que o eminente Ministro-Relator fez da obra dos Professores Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, porque não há dúvida de que a semente em si não é droga, de que a semente também não pode ser considerada matéria-prima ou insumo ou produto químico destinado à preparação de droga ilícita.

Portanto, sem embargo do debate que se possa fazer acerca da expressão consumo pessoal, do tipo do enquadramento que se fez em relação ao contrabando ou mesmo do tráfico internacional, o princípio da legalidade estrita, no Direito Penal, não me parece dar margem à latitude de construção de tipos por analogia ou por extensão. E, colocados esses limites estritos, tenho para mim que a discussão central – e é este o fundamento que estou a adotar – se centra aqui numa dimensão de atipicidade e, sem embargo de uma verticalização que se possa fazer e que eu venha a fazer em casos futuros, parece-me a hipótese da espécie da atipicidade em sentido formal, visto que, na dimensão material da atipicidade, teríamos que considerar caso a caso quantidades e um conjunto de circunstâncias atinentes, por exemplo, à lesividade.

Assim, com estas observações, eu me atenho a este argumento que está como fundamento no voto do eminente Ministro-Relator quando cita expressamente que a matéria-prima, o insumo – é a redação que consta do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes que nos obsequiou voto previamente –, a matéria-prima, o insumo deve ter condições de qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzir a troca ilícita, o que não é o caso, uma vez que as sementes não possuem, como foi dito da tribuna, essa substância psicoativa cuja sigla é THC.

Portanto, com este fundamento, Senhor Presidente, e também me reservando a verticalizar esse tema, eis que está em curso no Plenário um debate que compreende a matéria que aqui está numa relação de continente e conteúdo.

Com esta declaração oral de voto, Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, pela concessão da ordem em ambos os *habeas corpus*.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): MARCUS TOSCANO DE BRITO MONTEIRO GESSARIO**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

**COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Presidente, só uma observação a partir do voto do Ministro Fachin. Aqui, nós temos, é muito curioso, a lei que trata do tema é uma lei de 2006, que foi amplamente discutida, que tinha até esse impulso inicial de descriminalizar, talvez, o porte, mas é um tema sempre muito polêmico.

E, também, o Ministro Toffoli já teve oportunidade até de levar ao Plenário a discussão sobre o chamado tráfico privilegiado, a ideia de dar um tratamento diferente àqueles que tinham como profissão a prática do tráfico e àqueles que eventualmente se envolveram ou se envolviam com o tráfico.

Agora, na prática, é muito curioso, pelo menos as observações que nós fazemos, e também as referências que vêm sendo feitas, recentemente o Ministro Raul Jungmann, que está muito preocupado com essa temática, tocou no tema, o resultado da aplicação da Lei nº 11.343/2006, levou a um recrudescimento da política de encarceramento. Nós sabemos disto, até em *ictu oculi*, verificado os *habeas corpus* que tramitam por esta Turma e pelo Supremo Tribunal Federal.

De modo que, inclusive, há um apelo para que esse tema seja revisitado a partir do debate que nós travamos para tratar, de fato, das questões que são estanques, a questão realmente do tráfico sistemático e organizado e a questão do possível uso de drogas.

Então, nós estamos tratando de um tema realmente extremamente sensível. Vossa Excelência, inclusive – ainda hoje eu citava –, trouxe aquele voto, digno de todos os encômios, HC coletivo, tratando do tema das mulheres gestantes ou lactantes, com filhos menores presas. Se nós formos olhar, certamente os dados que aí estão – e certamente o Ministro Toffoli, na Presidência do CNJ, vai aprimorar esses dados –, vamos verificar que é uma multidão de mulheres presas por suposto tráfico juntamente com os filhos.

Portanto, é um tema que nós temos que tratar com todo o cuidado para, de fato, separar a autêntica criminalidade, a criminalidade organizada dessas situações eventuais e circunstanciais.

De modo que, a mim, parece-me que este é um tema que a história está nos dando a oportunidade de revisitarmos e que é muito caro para a questão do próprio tema de segurança pública.

De modo que eu queria fazer este registro, considerando que, talvez, num período não muito distante, retomemos o julgamento da questão central que está posta no Plenário.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

#### ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Senhor Presidente, como já foi dito da tribuna pelo eminente Ministro Relator, há dois casos meus em julgamento: trata-se da Lista 7 de 4 de setembro. Eu neguei seguimento aos *habeas corpus*, mantendo as decisões do STJ e negando, nas listas, provimento ao agravo interposto pelos pacientes.

Eu vou fazer referência a esse voto. Vejo que a Turma já se encaminha no sentido da posição do eminente Relator, pelas manifestações ocorridas e pelos votos já proferidos. Então, não vou fazer a leitura do voto, já foi distribuído a Vossas Excelências. Nos dois casos apregoados da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, eu estou votando no sentido de denegar a ordem.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): MARCUS TOSCANO DE BRITO MONTEIRO GESSARIO**  
**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Como bem relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, neste *writ* sustenta, em suma, que as 26 (vinte e seis) sementes de maconha apreendidas não se destinariam à preparação de droga com a finalidade de tráfico ou mercancia. Ao revés, a pequena quantidade de entorpecente denotaria a destinação ao consumo pessoal.

O julgado ora questionado, emanado do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no AREsp nº 1.058.395/SP, foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.  
TRÁFICO DE DROGAS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA.

A decisão recorrida não destoia do entendimento firmado nesta Corte quanto ao fato de que a importação de sementes de maconha é conduta que se amolda ao tipo penal descrito no art. 33, §1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido.

Esse entendimento do STJ está embasado nas seguintes conclusões do TRF3:

[A] planta *Cannabis Sativa Lineu*, que pode se originar das sementes, está relacionada na lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, cuja importação, exportação comércio, manipulação e uso são proibidos, conforme Portaria nº 344/98 do Ministério da Saúde. (...) Dessa forma, as condutas anteriores à produção da droga também são incriminadas e os frutos da maconha constituem matéria-prima para a produção desta droga, razão pela qual a importação de sementes de *Cannabis Sativa Lineu* configura o crime de tráfico internacional de drogas por equiparação, previsto no artigo 33, §1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

A meu ver, com a devida *venia* do Relator, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame dos fatos e das provas, o qual o *habeas corpus* não comporta.

Nesse sentido, pertinentes os fundamentos adotados pelo Ministro Luiz Fux ao julgar caso semelhante. *Vide*:

[O] Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a importação clandestina de sementes de maconha amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, §1º, I, da Lei nº 11.343/2006. Não se verifica, em tal entendimento, teratologia ou flagrante ilegalidade capaz de ensejar a atuação de ofício desta Suprema Corte.

*Deveras, se a peça acusatória evidencia a realização de conduta que se amolda ao tipo penal, com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, inexistente a patente ilegalidade no prosseguimento da ação penal com intuito de melhor apurar os fatos descritos.*

*Nesse sentido, eventual exame sobre a não subsunção da conduta ao tipo penal, com aplicação do princípio da insignificância, demandaria o indevido incursão no conjunto fático-probatório, impassíveis de análise na via do writ e neste momento processual. (HC nº 147.459-AgR/SP, Primeira Turma, DJe de 15/12/17 – grifos nossos)*

A ementa do julgado pertinente foi assim redigida:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE IMPORTAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGAS. ARTIGO 33, §1º, I, DA LEI Nº 11.343/06. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB/88, ART. 102, I, “D” E “I”. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão da Corte Superior que determinou o prosseguimento da ação penal por entender estarem presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. 2. *In casu*, o paciente foi denunciado como incurso no artigo 33, §1º, I, c/c artigo 40, I, da Lei nº 11.343/06, em razão da apreensão de 16 (dezesesseis) sementes de maconha em uma encomenda a ele destinada. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das

hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. 5. O trancamento da ação penal é medida excepcional, cabível apenas nas hipóteses de manifesta atipicidade da conduta, de causa extintiva de punibilidade e de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva. 6. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 09/05/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/05/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/07/2015. 7. Agravo regimental desprovido.

No mesmo sentido, destaco:

O exame do pedido de desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o de uso de entorpecentes demanda o revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. (HC nº 113.329/MS, Segunda Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28/5/13)

Com essas brevíssimas considerações, rogando a mais respeitosa *venia* ao Relator, voto pela *denegação* da ordem.

11/09/2018  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161 / SÃO PAULO**

#### VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE):** Eu vou pedir vênia a Vossa Excelência, Ministro Dias Toffoli, para acompanhar o Relator e, agora, também o Ministro Edson Fachin.

Para além das considerações relativas à política criminal, sobretudo a situação realmente catastrófica do nosso sistema penal, nós temos, hoje, mais de 700 mil presos, dos quais 40% são presos provisórios e, segundo os *experts*, estamos caminhando aceleradamente para um milhão de presos. Até intuitivamente, aqueles que conhecem bem esse sistema, trabalharam nas suas idiosincrasias ou até patologias, podem imaginar que há várias pessoas acusadas de tráfico de drogas, quando são meros usuários.

Neste caso, o que impressiona é que duas pessoas, uma portando 15 sementes de *cannabis sativa* e outra 26 sementes dessa mesma planta, foram acusadas de tráfico internacional de drogas.

E eu, eminentes Pares, estou neste momento, do ponto de vista acadêmico, dedicando-me, de forma um pouco mais verticalizada, ao estudo do justo processo, especialmente no plano penal ou criminal. Penso que, cada vez mais, temos que caminhar para além do devido processo legal, meramente formal e até meramente substantivo, para chegarmos ao justo processo. E o justo processo é aquele, a meu ver, mais adequado ao Estado democrático de Direito em que vivemos, em que existem pelo menos dois parâmetros de caráter absolutamente obrigatório para todos os atores que se envolvem no processo penal, que é o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste caso, não tem nenhum cabimento que cidadãos portadores de algumas sementes desta planta sejam enquadrados num crime cujas penas são tão drásticas.

Com essas brevíssimas considerações, acompanho o Relator.

## SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS Nº 144.161**

**PROCED.: SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): MARCUS TOSCANO DE BRITO MONTEIRO GESSARIO**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

**COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Decisão: A Turma, por maioria, considerando as particularidades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substâncias apreendidas, com base no artigo 192, *caput*, do RISTF, concedeu a ordem para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau que, em razão da ausência de justa causa, rejeitou a denúncia, tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Dias Toffoli. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma, 11.9.2018.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi.

Marcelo Pimentel

Secretário

## Jurisprudência Cível

• • •

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): RICARDO AZIZ CRETTON**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

#### **EMENTA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A FUNDO DESTINADO A PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS. §1º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E ART. 56 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 158, 159, 165, §8º, 167, INC. IV, E 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXAURIMENTO DOS EFEITOS DA REGRA POSTA NO ART. 56 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUANTO AO §1º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República.

2. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição estadual por ser norma cuja eficácia se exauriu e procedente quanto ao §1º do art. 226 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), em

julgar procedente o pedido, quanto ao §1º do art. 223 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e prejudicado o pedido, com relação ao art. 56 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 13 de junho de 2018.

**MINISTRA CÁRMEN LÚCIA**

Presidente.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): RICARDO AZIZ CRETTON E OUTRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **RELATÓRIO**

#### **A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro em 22.7.1991, na qual se questiona a validade constitucional do art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dessa Constituição, ao argumento de que estariam em desconformidade com os arts. 158, 159, 165, §8º, 167, inc. IV, e 212 da Constituição da República.

Os dispositivos impugnados dispõem:

Art. 226 – Fica criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado.

§1º – Ao Fundo de Desenvolvimento Econômico serão destinados recursos de, no mínimo, 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra “a”, da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte.

(...)

Art. 56 – Durante dez anos o Estado aplicará, no mínimo, 10% (dez por cento) dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento de que trata o artigo 226 nos projetos de infra-estrutura para industrialização, assegurando o desenvolvimento econômico das regiões norte e noroeste fluminenses, de acordo com os planos municipais e regionais de desenvolvimento, ficando assegurada aos Municípios do noroeste fluminense a metade dos recursos destinados às regiões.

2. O Autor afirma que *“o legislador constituinte estadual, em interpretação extensiva das restritas ressalvas da Constituição Federal, antes assinaladas, vinculou receita cuja origem são impostos de competência federal, transferidos ao Estado por força do que dispõe o art. 159, I, ‘a’, da Constituição Federal, a um Fundo de Desenvolvimento Econômico, de que trata o art. 223 [226], caput, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto no §1º da mesma norma constitucional estadual”* (fl. 3).

Assevera que *“a ressalva de vedação da repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159 da Constituição Federal é comando que se encerra na própria Lei Maior, pois é esta que excepciona a vedação de sorte a não haver antagonismos insuperáveis entre as normas contidas naqueles artigos, que vinculam ao Fundo de Participação dos Municípios e dos Estados percentual do produto da arrecadação de certos impostos federais, e a vedação expressa no seu art. 157”* (fl. 4).

Acrescenta não ser possível concluir, *“como o fez o art. 223 [226], §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que da partilha dos impostos federais que lhe cabe por força do já mencionado art. 159 da Constituição Federal, se admita qualquer vinculação a fundo, órgão ou despesa”* (fl. 4).

Pondera, ainda, que *“a inconstitucionalidade do art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, é, assim, mera consequência da declaração que vier a ser proferida quanto ao seu art. 223 [226], §1º”* (fl. 5).

Pede a declaração da inconstitucionalidade do art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 56 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Em suas informações, o Presidente da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro afirmou inexistir contrariedade à Constituição da República:

O art. 223 [226] da Constituição Estadual não interpretou extensivamente a Constituição Federal. Ao contrário, situou-se dentro das linhas pela Carta Magna traçadas, na *ressalva* contida no art. 167, IV. A União *entrega* ao Estado 21,5% do produto da arrecadação de impostos (art. 159, I, a): o Estado *vincula* parte dessa receita a fundo, porque *ressalvada a repartição desse produto da arrecadação de impostos* (segunda parte do inciso IV do art. 167).

Se não houvesse a *ressalva* antes referida, repete-se, tornar-se-ia inoperante a entrega mencionada no art. 159, I, "a". Por isso agiu com acerto o legislador Constituinte Estadual em criar um Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado, e destinar-lhe 10% dos recursos provenientes do Fundo de Participação dos Estados, previsto no art. 159, inciso I, letra 'a', da Constituição da República, dos quais 20% se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte. (Fls. 15-16, grifos nos original)

4. Em 14.9.1991, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação "*em virtude da compatibilidade dos dispositivos estaduais impugnados aos preceitos constitucionais federais vigentes*" (fl. 26). Sustentou a autonomia política e financeira das unidades da Federação, as quais, segundo ele, poderiam dispor livremente de suas receitas, aí incluídas aquelas oriundas do Fundo de Participação dos Municípios.

Em 15.5.2005, o Procurador-Geral da República opinou pela procedência do pedido formulado na ação.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei nº 9.868/1999 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

**13/06/2018**  
**PLENÁRIO**

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

### **VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Na presente ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro em 22.7.1991, questiona-se a validade constitucional do art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dessa Constituição.

Esclareça-se que, apesar de referir-se ao art. 223 da Constituição estadual, o texto transcrito reproduz o art. 226 daquela Constituição.

2. O Autor argumenta que as normas impugnadas contrariariam os arts. 158, 159, 165, §8º, 167, inc. IV, e 212 da Constituição da República.

Alega que "*a ressalva de vedação da repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159 da Constituição Federal é comando que se encerra na própria Lei Maior, pois é esta que excepciona a vedação de sorte a não haver*

*antagonismos insuperáveis entre as normas contidas naqueles artigos, que vinculam ao Fundo de Participação dos Municípios e dos Estados percentual do produto da arrecadação de certos impostos federais, e a vedação expressa no seu art. 157" (fl. 4).*

3. Nas informações prestadas, o Presidente da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro asseverou a constitucionalidade dos artigos impugnados, afirmando que a destinação de percentual do Fundo de Participação dos Municípios e dos Estados para a promoção de projetos industriais prioritários ao Estado estaria contida na ressalva do inc. IV do art. 167 da Constituição da República, não havendo inconstitucionalidade a ser sanada.

4. Dispõe-se no art. 167, inc. IV, da Constituição da República:

Art. 167. São vedados:

(...)

*IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo. (grifos nossos)*

E no art. 226, §1º, da Constituição fluminense, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, se estabelece:

Art. 226 – Fica criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado.

§1º – *Ao Fundo de Desenvolvimento Econômico serão destinados recursos de, no mínimo, 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra "a", da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte. (grifos nossos)*

O art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro determina:

Art. 56 – Durante dez anos o Estado aplicará, no mínimo, 10% (dez por cento) dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento de que trata o artigo 226 nos projetos de infra-estrutura para industrialização, assegurando o desenvolvimento econômico das regiões norte e noroeste fluminenses, de acordo com os planos municipais e regionais de desenvolvimento, ficando assegurada aos Municípios do noroeste fluminense a metade dos recursos destinados às regiões.

5. O cotejo dos dispositivos questionados evidencia a incompatibilidade entre a norma constitucional estadual e a Constituição da República, por se estabelecer, no primeiro, vinculação vedada pela norma constitucional.

O art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro determina a vinculação de parte da arrecadação destinada ao Fundo de Participação dos Municípios e dos Estados à promoção de projetos de micro e pequenas empresas daquela entidade. O art. 167, inc. IV, da Constituição da República veda, expressamente, a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas, excepcionadas as seguintes situações: *a)* repartição do produto da arrecadação dos impostos dos arts. 158 e 159; *b)* destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária; *c)* prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º; e *d)* prestação de garantia ou contragarantia e à União e pagamento de débitos para com ela.

O disposto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro não está previsto entre as situações autorizadas para vinculação pela Constituição da República, demonstrando-se a incompatibilidade entre as normas, traduzida pela inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição estadual.

Esse entendimento harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. Confira-se, por exemplo, o seguinte excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do Recurso Extraordinário nº 183.906:

Na mesma Lei em que majorada a porcentagem do tributo de dezessete para dezoito por cento [Lei paulista nº 6.374/1989] dispôs-se que a diferença seria destinada à Caixa Econômica do Estado de São Paulo, visando à construção de moradias populares. A ginástica intelectual feita para justificar a destinação não resiste à análise da questão à luz do categórico preceito constitucional que veda a vinculação. Pouco importa que na lei majorada tenha-se aludido à execução orçamentária, adentrando-se sítio que não era próprio. O que surge com real valia é que o acréscimo de um por cento, na mesma Lei que o previu, acabou por ser destinado a um

certo órgão, visando a fazer frente à despesa com a construção de habitações populares. Ora, conforme teve oportunidade de salientar a ora Recorrente na inicial, o Pleno desta Corte glosou hipótese em tudo semelhante à dos autos. Fê-lo no julgamento do recurso extraordinário nº 97.718, também originário de São Paulo e relatado pelo Ministro Soares Munhoz, no que envolvida não a lei em tela, mas a de nº 440, de 24 de setembro de 1974, em que estabelecido o rateio de acréscimo à alíquota de tributo entre as entidades assistenciais. O nobre Ministro-relator ficou vencido, no que entendeu, que mesmo declarada a inconstitucionalidade do preceito, o acréscimo subsistiria, faltando o interesse de agir da então Recorrente. Prevaleceu voto divergente, proferido pelo Ministro Moreira Alves, do seguinte teor:

Não há que se dizer que este acréscimo, tendo natureza moratória, destina-se a atender ao ressarcimento do prejuízo pela mora ao Estado. Em realidade, o Estado criou este acréscimo para atender a uma finalidade que é vedada pela Constituição. Assim, no meu entender, se a finalidade é inconstitucional, o acréscimo criado para atender a esta finalidade também o será.

(...) O caso dos autos é ainda mais favorável ao mesmo desfecho. Não se está diante de dispositivo local em que se haja disposto sobre acréscimo financeiro decorrente da mora do contribuinte. Aqui, tal como é dado perceber, com o artigo 3º da Lei nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo, majorou-se a alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de dezessete para dezoito por cento, consignando-se, a seguir, que, durante a execução orçamentária para o exercício de 1990, seriam abertos créditos suplementares destinados a um aumento de capital da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A, em valor nunca inferior à receita resultante da elevação da alíquota referida e que os recursos financeiros que viessem a ser atribuídos à Caixa para o fim indicado, seriam destinados obrigatoriamente ao financiamento de programas habitacionais de interesse da população do Estado (...). Exsurge, a mais não poder, a relação de causalidade. A referência à destinação total do que decorrente da majoração não permite que parem dúvidas sobre a razão de ser da elevação da alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços de dezessete para dezoito por cento. O sutil jogo de palavras, cogitando-se da execução orçamentária, momento em que adentrou-se até mesmo campo estranho à lei editada, porquanto não se mostrou, de início, orçamentária, não é de molde a sobrepôr-se à realidade que exsurge da leitura equidistante, como sói acontecer no âmbito do Judiciário,

dos dispositivos em foco. A um só tempo, destinou-se o resultado da majoração ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A e dispôs-se, mais, que os recursos financeiros pertinentes seriam destinados obrigatoriamente ao financiamento de programas habitacionais de interesse da população do Estado. Indaga-se: O objetivo afigurou-se nobre? A resposta é, desenganadamente, positiva, tendo em conta a responsabilidade do Estado pelo bem social, considerada, em primeiro plano, a população carente. Não obstante, a segurança na vida gregária pressupõe respeito às balizas legais e constitucionais, sob pena de, à mercê de uma variação enorme de critérios, norteados por políticas governamentais momentâneas, chegar-se a uma verdadeira babel. (Plenário, DJ 30.4.1998)

No mesmo sentido, por exemplo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o inciso V do §3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, promulgada em 10 de novembro de 1997. Vinculação, por dotação orçamentária, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Inconstitucionalidade. Afronta à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias. Precedentes. Violação ao art. 167, IV, da Constituição. Precedentes. Ação julgada procedente. (ADI 1.759, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 20.8.2010)

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.133/2001, do Estado do Paraná, que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. 3. Violação ao art. 167, IV, da Constituição Federal. 4. Precedentes. 5. Ação direta julgada procedente (ADI 2.529, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 6.9.2007).

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA – VINCULAÇÃO DA DIFERENÇA A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 10.983/97, do Estado do Rio Grande do Sul. (RE 419.795-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 25.3.2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. IMPOSTOS. VINCULAÇÃO A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. AFRONTA AO INCISO IV DO ART. 167 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 183.906 e o RE 213.739, ambos da relatoria do ministro Marco Aurélio, declarou inconstitucionais os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556/1989, bem assim das Leis nº 7.003/1990, nº 7.646/1991 e nº 8.207/1992, todas do Estado de São Paulo, por violação ao inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, que veda a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. 2. Do mesmo vício padecem as Leis paulistas nº 8.456/1993, nº 8.997/1994, nº 9.331/1995 e nº 9.464/1996. Precedente: RE 585.535, da relatoria da Ministra Ellen Gracie. 3. Agravo regimental desprovido. (AI 634.243-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 11.11.2011)

6. O art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição estadual, com prazo de vigência estabelecido em dez anos, configura norma cuja eficácia se exauriu, prejudicando o controle abstrato de constitucionalidade. Assim, por exemplo:

PROCESSO OBJETIVO - LEI BALIZADA NO TEMPO. A circunstância de o ato normativo abstrato autônomo atacado na ação direta de inconstitucionalidade ter vigência determinada conduz, uma vez alcançado o termo final, a concluir-se pela inviabilidade do controle concentrado de constitucionalidade. (ADI 1.979 MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 29.9.2006)

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 17 DA LEI Nº 7.923, DE 12.12.89, *CAPUT* DO ART. 36 DA LEI Nº 9.082, DE 25.07.95, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º E ART. 6º DO DECRETO Nº 2.028, DE 11.10.96. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES. PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL E DE SINDICATO NACIONAL PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. (...) 2. Preliminar: conhecimento (art. 36 da Lei nº 9.082/95). *Não cabe ação direta para provocar o controle concentrado de constitucionalidade de lei cuja eficácia temporária nela prevista já se exauriu*, bem como da que foi revogada, segundo o atual entendimento deste Tribunal. (...) 5. Ação direta conhecida, em parte, e deferido o pedido cautelar também em parte para suspender a eficácia da expressão “judiciais ou” contida no parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 2.028/96. (ADI 1.599-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 18.5.2001, grifos nossos)

7. Pelo exposto, voto no sentido de julgar prejudicada a ação quanto ao art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e procedente a para declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 226 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

13/06/2018

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO

### ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Senhora Presidente, eminentes Pares, eu também trarei de modo escrito o detalhamento do voto que venho a proferir. O exame que fiz, Senhora Presidente, vai ao encontro da conclusão de Vossa Excelência, ainda que, ao final, após examinar essa vedação de vinculação do produto da receita, tal como está no inc. IV do art. 167, e na senda que Vossa Excelência traz à colação, valendo-me do magistério, entre outros, do professores Rodrigo Luís Kanayama e Fernando Facury Scaff bem como da compreensão interativa a jurisprudência, inclusive, na Ação Direta de Inconstitucionalidade apreciada por Vossa Excelência, a ADI 4.102, e também em uma já de minha relatoria nessa direção, a ADI 4.511. Portanto, quanto à conclusão que chego precisamente da procedência, não havia examinado a questão atinente ao prejuízo; mas há uma operação de ordem lógica que Vossa Excelência traz à colação e que, portanto, também estou a acompanhar.

Faço, por derradeiro, uma ponderação sobre a eficácia prospectiva da decisão, em relação ao exercício financeiro subsequente, do ponto de vista do princípio da segurança jurídica, que poderá, eventualmente, orientar.

Com essas ponderações, acompanho, sem dúvida alguma, a conclusão de Vossa Excelência.

13/06/2018

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em face dos arts. 223, §1º, da parte dogmática, e 56 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, transcrevo-os:

Art. 226 - Fica criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado.

§1º - Ao Fundo de Desenvolvimento Econômico serão destinados recursos de, no mínimo, 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra "a", da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte.

(...)

Art. 56 - Durante dez anos o Estado aplicará, no mínimo, 10% (dez por cento) dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento de que trata o artigo 226 nos projetos de infra-estrutura para industrialização, assegurando o desenvolvimento econômico das regiões norte e noroeste fluminenses, de acordo com os planos municipais e regionais de desenvolvimento, ficando assegurada aos Municípios do noroeste fluminense a metade dos recursos destinados às regiões.

Aponta-se, ainda, como paradigmas os arts. 158, 159, 165, §8º, 167, IV, e 212 da Constituição da República de 1988.

Quanto ao mais, adoto o relatório feito e previamente disponibilizado pela E. Ministra-Presidente Cármen Lúcia, oportunidade em que a saúdo pelo duto e percuciente voto, assim como estendo as saudações aos advogados atuantes no feito.

Passo ao voto.

Inicialmente, constato a prejudicialidade parcial da demanda, por conta do exaurimento da eficácia do dispositivo positivado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Isso porque pela dicção da norma há como marco temporal um lustro da promulgação da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse ponto, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido da prejudicialidade de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de lei orçamentária, à luz do pleno exaurimento da eficácia jurídica da norma impugnada.

Confira-se, a propósito, a ementa da ADI-QO 612, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 06.05.1994:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.848/91, DO RIO DE JANEIRO (ART. 34) - LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTARIAS – NATUREZA JURÍDICA - NORMA LEGAL DE VIGENCIA TEMPORARIA – PLENO EXAURIMENTO DE SUA EFICACIA JURÍDICO-NORMATIVA – PREJUDICIALIDADE DA ACÇÃO – A Lei de Diretrizes Orçamentárias

possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido pelo art. 165, par. 2. da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da Administração Pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento – A ordinária vinculação da Lei de Diretrizes Orçamentárias a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe, em consequência, eficácia temporal limitada. Esse ato legislativo – não obstante a provisoriedade de sua vigência – constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro – Objeto do controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser o ato estatal de conteúdo normativo, em regime de plena vigência. A cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer da sua revogação pura e simples como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário.

Ressalta-se, ainda, que nessas hipóteses ficam prejudicadas as ações diretas de inconstitucionalidade, independentemente da ocorrência, de feitos residuais concretos, cujos questionamentos devem ser exercidos nas vias adequadas. A esse respeito, veja-se o seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO DA AÇÃO. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. CONTROVERSIA. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da Constituição Federal, e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. REVOGAÇÃO DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada a ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. EFEITOS concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida as vias ordinárias. A declaração

em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei nº 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada. (ADI 709, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, DJ 20.05.1994)

*No tocante à parte cognoscível, a controvérsia principal suscitada em abstrato em controle objetivo é compreensível, a meu ver, na possibilidade de vinculação das receitas transferidas pela União ao Estado do Rio de Janeiro referentes ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal às despesas atinentes ao Fundo de Desenvolvimento Econômico do ente subnacional, afetando os recursos ao apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado federado.*

Nesses termos, o deslinde da matéria perpassa necessariamente pela interpretação do art. 167, IV, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo;

Registre-se que à época do ajuizamento a redação originária do dispositivo era mais restritiva, pois permitia apenas a vinculação às transferências intergovernamentais do FPE e do FPM, à destinação de recursos ao orçamento mínimo social do ensino e às garantias de operações de antecipação de receita.

De todo modo, é certo que o comando normativo em questão traduz-se em norma-regra constitucional de não afetação (ou não consignação ou não vinculação) de impostos, cujo conteúdo é a proibição de vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.

Nesse escopo, reproduz-se lição do Professor de Direito Financeiro da Universidade Federal do Paraná Rodrigo Luís Kanayama:

Princípio da não afetação (ou não consignação ou não vinculação): as receitas advindas de impostos não podem, em regra, ser

vinculados a órgão, fundo ou despesa, conforme preceitua a CR. *Embora a vedação seja norma, a CR traz diversas exceções. A segunda parte do inciso IV, art. 167, é reveladora. Sendo assim, são exceções: transferências constitucionais aos entes federativos (art. 158, 159, CR), as despesas com ações e serviços de saúde (art. 198, §2º, CR), para manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, CR), para atividades da administração tributária (art. 37, XXII, CR), para a prestação de garantias das operações de crédito por antecipação de receita, prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta (art. 165, §8º, CR, art. 167, §4º, CR, art. 38, LRF).* (KANAYAMA, Rodrigo Luís. *Orçamento Público: execução da despesa pública, transparência e responsabilidade fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 32, grifos nossos)

O fundamento da norma cinge-se à liberdade do legislador orçamentário em contexto democrático. Isso porque direciona à arena política a deliberação periódica e a decisão coletiva sobre o destino das receitas públicas, privilegiando a legalidade orçamentária como pilar central do orçamento público.

A esse respeito, cito escólio doutrinário do Professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo Fernando Facury Scaff em obra doutrinária confeccionada em homenagem aos 25 anos de judicatura no Supremo Tribunal Federal do I. Ministro Marco Aurélio:

Entende-se que se trata de uma norma de grande importância para o sistema das liberdades públicas no país, e que muitas vezes é mal compreendida no contexto em que bem sendo analisada, relegada a uma simples questão de organização e método orçamentário, o que, como será demonstrado, não é.

Trata-se de uma regra de veicula o valor *liberdade*, pois permite que o legislador orçamentário disponha, durante seu mandato, de recursos financeiros para implementar seu programa de governo, consoante as diretrizes estabelecidas pela Constituição. A norma concretiza a *liberdade do legislador orçamentário*, com exceção para a vinculação da receita de impostos para gastos com saúde e educação, o que é uma *garantia financeira para a efetivação desses direitos sociais*.

A busca por recursos deve se dar na disputa legislativa orçamentária, e não através de vinculações normativas. Ocorre que muitas vezes grupos de pressão buscam *capturar* verbas do orçamento de forma perene, diretamente da fonte de receitas, *congelando* benefícios

que ficariam *blindados* contra mudanças legislativas que podem ocorrer de ano para ano, fruto do processo orçamentário. O que é assegurado pela Constituição apenas para a efetiva fruição dos direitos fundamentais referente à saúde e educação, como exceção à tal *liberdade*, corre o risco de se tornar um feudo de benefícios nada republicanos. (SCAFF, Fernando Facury. *Liberdade do Legislador Orçamentário e Não afetação – captura versus garantia dos direitos sociais*. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 150)

Sendo assim, a compreensão iterativa do STF é no sentido da inconstitucionalidade de normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, fora das hipóteses constitucionais estritas. Nessa linha, a interpretação em maior conformidade constitucional deve se pautar por perspectiva restritiva.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. ARTS. 309, §1º, 314, *CAPUT*, E §§ 2º E 5º, E 332 DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º, 5º, 61, § 1º, INC. II, AL. B, 165 e 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou serem inconstitucionais normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação do art. 167, inc. IV, da Constituição da República, e restringirem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Precedentes*. 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. 3. Improcedência da ação quanto ao art. 332 da Constituição do Rio de Janeiro. A fixação de percentual de 2% da receita tributária do exercício destinada à Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPERJ conforma-se ao art. 218, §5º, da Constituição da República. Precedentes. 4. Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 309, §1º, e 314, *caput*, §5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do §2º do art. 314, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, as normas

regulamentadoras desses dispositivos – expressões “à UERJ e”, “306, §1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” contidas no art. 1º da Lei estadual nº 1.729/1990 e art. 6º da Lei estadual nº 2.081/1993 – não têm fundamento de validade. Inconstitucionalidade por arrastamento. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 309, §1º, e 314, *caput*, §5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do §2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, por arrastamento, das expressões “à UERJ e”, “306, §1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” do art. 1º da Lei fluminense nº 1.729/1990 e do art. 6º da Lei estadual nº 2.081/1993. (ADI 4102, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 10.02.2015, grifos nossos)

DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI ORÇAMENTÁRIA: INICIATIVA. VINCULAÇÃO DE RECEITA. AUTONOMIA MUNICIPAL. ASSISTÊNCIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, QUE DISPÕEM: “Art. 227. O Estado e os Municípios promoverão programas de assistência integral à criança e ao adolescente, com a participação deliberativa e operacional de entidades não governamentais, através das seguintes ações estratégicas: I - ... II - ... III- ... IV - ... V - ... Parágrafo Único - Para o atendimento e desenvolvimento dos programas e ações explicitados neste artigo, o Estado e os Municípios aplicarão anualmente, no mínimo, o percentual de um por cento dos seus respectivos orçamentos gerais”. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS IMPLICAM VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 18, *CAPUT*, 25, *CAPUT*, 30, III, 61, §1º, II, “b”, E 167, IV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1. A Prefeitura Municipal de Recife, ao provocar a propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela Procuradoria Geral da República, não pretendeu se eximir da responsabilidade, que também lhe cabe, de zelar pela criança e pelo adolescente, na forma do art. 227 da Constituição Federal e do artigo 227, *caput*, e seus incisos da Constituição Estadual. Até porque se trata de “dever do Estado”, no sentido amplo do termo, a abranger a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. 2. Sucede que, no caso, o parágrafo único do art. 227 da Constituição Estadual estabelece, para tal fim, uma vinculação orçamentária, ao dizer: “para o atendimento e desenvolvimento dos programas e ações explicitados neste artigo, o Estado e os

Municípios aplicarão, anualmente, no mínimo, o percentual de um por cento dos seus respectivos orçamentos gerais”. 3. Mas a Constituição Federal atribui competência exclusiva ao Chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal), para a iniciativa da lei orçamentária anual (artigo 165, inciso III). Iniciativa que fica cerceada com a imposição e automaticidade resultantes do texto em questão. 4. Por outro lado, interferindo no orçamento dos Municípios, não deixa de lhes afetar a autonomia (art. 18 da C.F.), inclusive no que concerne à aplicação de suas rendas (art. 30, inc. III), sendo certo, ademais, que os artigos 25 da parte permanente e 11 do ADCT exigem que os Estados se organizem, com observância de seus princípios, inclusive os relativos à autonomia orçamentária dos Municípios. 5. Ademais, o inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, hoje com a redação dada pela E.C. nº 29, de 14.09.2000, veda “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, §2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo”. A vedação é afastada, portanto, apenas nas hipóteses expressamente ressalvadas, que não abrangem os programas de assistência integral à criança e ao adolescente. É que, quanto a isso, o inciso IV do art. 167 da Constituição Federal encerra norma específica, fazendo ressalva expressa apenas das hipóteses tratadas nos artigos 198, §2º (Sistema Único de Saúde) e 212 (para manutenção e desenvolvimento do ensino). 6. De qualquer maneira, mesmo que não se considere violada a norma do art. 168, inciso IV, da C.F., ao menos a do art. 165, inciso III, resta inobservada. Assim, também, a relativa à autonomia dos Municípios, quanto à aplicação de suas rendas. 7. Ação Direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 227 da Constituição do Estado de Pernambuco. (ADI 1689, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ 02.05.2003, grifos nossos)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO FINANCEIRO. INCENTIVO TARIFÁRIO. GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ÁGUA. VINCULAÇÃO DA ARRECADAÇÃO DOS IMPOSTOS A FINALIDADES NÃO EXPRESSAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI DISTRITAL Nº 3.383/2004. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido

de que a presente situação normativa representa burla direta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição da República. Precedentes: ADI 2529, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007; ADI 1750, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13.10.2006; ADI 2848 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.05.2003; e ADI 1848, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002. 2. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, a que se dá procedência, para fins de afirmar a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 3.383/2004, excetuado o art. 4º não conhecido. (ADI 4511, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 20.04.2016)

Por conseguinte, resta perquirir se a exceção prevista no art. 167, IV, do Texto Constitucional, relativamente à repartição do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados a que se referem o art. 159, I, "a", também do diploma constitucional, dirige-se à União ou aos Estados e ao Distrito Federal. Por outro lado, é consabido que a vedação normativa alcança a todos os entes federados.

Em interpretação restritiva e, a meu ver, em consonância à jurisprudência deste Tribunal, compreendo a inconstitucionalidade da legislação hostilizada, pois o comando constitucional não autoriza, de maneira expansiva, o desvio à regra geral da não afetação dos impostos, como pretende a autoridade informante.

Trago à baila os comentários de Wallace Paiva Martins Junior no que diz respeito à relação entre a não afetação e as transferências obrigatórias:

A interpretação constitucional revela que para a entidade dotada de competência tributária a destinação de parcela da receita oriunda de seus impostos é vinculada às entidades políticas beneficiadas com a participação na arrecadação, e não que a titularidade ou o ingresso da receita daí partilhada na entidade beneficiada possa ser por ela vinculada, salvo aquela oriunda dos arts. 198, §2º, e 212 da CF e se tratando de receita resultante da arrecadação e participação de imposto estadual (como o ICMS, por exemplo) a sua afetação (ou vinculação) só é admitida nas hipóteses constitucionalmente previstas.

Ora, como a regra é a não afetação da receita de impostos, não há espaço tampouco para arguição de sua inaplicabilidade em razão de a receita repassada ao Município por conta de repasse de parcela do ICMS não se referir a tributo da competência tributária municipal. Para o efeito do alcance do princípio da não afetação

é irrelevante se a receita é oriunda de impostos de competência própria ou alheia (isto é, resultante da participação). A fórmula constitucional expressiva da regra da não afetação não menciona “vinculação de impostos”, mas, e com maior dimensão, “vinculação da receita de impostos”, o que abrange, destarte, a arrecadação tributária própria ou partilhada.

De fato, o dado relevante é a consideração do ingresso decorrente da participação do produto de impostos de outro ente tributante (transferência corrente), é como receita pública derivada de natureza tributária, pois, obtida a partir de obrigação legal que grava o patrimônio particular e transfere suas riquezas ao Estado – perfeitamente amoldada ao conceito de tributo constante do art. 3º do CTN. Recorde-se que, como salientado em julgamentos do STF, é ‘irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Não Afetação. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 865)

Igualmente, a despeito da inexistência de julgado com a mesma questão de fundo, fundamento minha convicção em pronunciamentos do Plenário desta Corte, notadamente a ADI 3.576, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 02.02.2007, assim ementada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.223, DE 03.01.05. FUNDO PARTILHADO DE COMBATE ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCESSÃO DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO DE ICMS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DESTINADO AO FUNDO PELAS EMPRESAS CONTRIBUINTES DO REFERIDO TRIBUTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 155, §2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ART. 167, IV, DA CARTA MAGNA. VINCULAÇÃO DE RECEITA PROVENIENTE DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTO A FUNDO ESPECÍFICO. VEDAÇÃO EXPRESSA. 1. Alegação de ofensa constitucional reflexa, manifestada, num primeiro plano, perante a LC nº 24/75, afastada, pois o que se busca, na espécie, é a demonstração de uma direta e frontal violação à norma expressamente prevista no art. 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal, que proíbe a outorga de isenção, incentivo ou benefício fiscal em matéria de ICMS sem o consenso da Federação. Precedentes: ADI 1.587, rel. Min. Octavio Gallotti, e

ADI 2.157-MC, Rel. Min. Moreira Alves. 2. O Diploma impugnado não representa verdadeiro e unilateral favor fiscal conferido a determinado setor da atividade econômica local, pois, conforme consta do *caput* de seu art. 5º, somente o valor efetivamente depositado a título de contribuição para o Fundo criado é que poderá ser deduzido, na forma de crédito fiscal presumido, do montante de ICMS a ser pago pelas empresas contribuintes. 3. *As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária.* Precedentes: ADI 1.750-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 2.823-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão e ADI 2.848-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente. (grifos nossos)

Por fim, não adiro ao posicionamento segundo o qual haveria reserva de iniciativa de lei ao Chefe do Poder Executivo para tratar de matéria financeira. Decerto, os incisos I a III do art. 165 do Texto Constitucional imputam ao plexo de competências do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias, isto é, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, excluídos os créditos adicionais por serem, sob a minha ótica, de iniciativa legislativa geral ou comum.

Com fulcro no referido paradigma de liberdade de conformação do legislador, não há precisão de iniciativa exclusiva ou vinculada do Chefe do Executivo em matérias tributárias e financeiras, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída sob a sistemática da repercussão geral.

Confira-se o Tema 682 da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 743.480, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 20.11.2013, no qual se firmou a seguinte tese de julgamento: *“Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedam renúncia fiscal.”*

No mesmo sentido é o Tema 917 da sistemática da repercussão geral, no âmbito do ARE-RG 878.911, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 11.10.2016, em que restou assim assentado: *“Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata*

*da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, §1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal).”*

Esse entendimento jurisprudencial encontra respaldo em escorreita doutrina do Professor da USP José Maurício Conti:

O mesmo raciocínio e argumentos já expostos podem ser aplicados a outros temas correlatos à matéria orçamentária: não havendo texto expresso estabelecendo a reserva de iniciativa ao Poder Executivo ou a outro Poder ou órgão da Administração Pública, prevalece a regra da iniciativa legislativa geral.

É o caso, por exemplo, da criação de fundos especiais (arts. 71 a 74 da Lei nº 4.320/1964). Não havendo disposição expressa e inequívoca atribuindo ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para sua criação, razão não há para qualquer interpretação em que sejam excepcionados da regra de iniciativa geral.

(...)

Da mesma forma há de se interpretar normas que vinculem ou destinem receitas para finalidades específicas.

*É certo que o art. 167 da Constituição estabelece uma série de vedações em matéria orçamentária, entre as quais a do inc. IV, que impede a vinculação de receitas a órgão, fundo ou despesa, na forma especificada. Há que se observar, contudo, que as vedações impedem a conclusão do processo legislativo, uma vez que, não sendo observadas, levam à criação de uma lei inconstitucional. Mas não preveem uma reserva de iniciativa de leis com esse conteúdo para o Chefe do Poder Executivo ou a outro Poder ou órgão. Sendo assim, tais leis, contrariando o texto constitucional, são inconstitucionais, mas não em decorrência de vício de iniciativa. (CONTI, José Maurício. Iniciativa Legislativa em Matéria Financeira. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 296, grifos nossos)*

*Ante o exposto, conheço parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, dou-lhe procedência, infirmando a validade do art. 223, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.*

Pronuncio-me, ainda, pela eficácia prospectiva da presente decisão, de modo que a vinculação impugnada não oriente o exercício financeiro subsequente, com esteio no interesse social e no princípio da segurança jurídica.

É como voto.

13/06/2018  
PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:** Presidente, cumprimento o ilustre Procurador do Estado, Doutor Carlos da Costa e Silva Filho, que esteve na tribuna.

Também eu, Presidente, estou acompanhando a posição de Vossa Excelência. Eu vou juntar um voto breve, cuja tese de julgamento é a seguinte: *Compete ao Poder Executivo a iniciativa de lei que disponha sobre orçamento dos fundos públicos. É inconstitucional a legislação estadual que vincula a receita de impostos a órgão, fundos e despesas não previstos no art. 167, IV, da Constituição.*

Acompanho Vossa Excelência.

13/06/2018  
PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:**

*Ementa:* DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO FINANCEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. VINCULAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS A FUNDO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

1. Compete ao Poder Executivo a proposta de lei de natureza orçamentária, conforme art. 165, III, da Constituição Federal. No presente caso, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe sobre o orçamento de fundo estadual, vinculando, indefinidamente, receitas oriundas do Fundo de Participação dos Estados a investimento industrial, em afronta ao §5º, I, do referido dispositivo da Constituição Federal. Os dispositivos da legislação estadual padecem, portanto, de vício de iniciativa, conforme precedentes. (ADI 1689, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 820, Rel. Min. Eros Grau, ADI 4102, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia)

2. Além disso, a jurisprudência do Plenário desta Corte é sedimentada no sentido de que somente a Constituição Federal pode prever as vinculações de receitas de impostos, o que se encontra expresso no art. 167, IV. (Nesse sentido: RE 183.906 e RE 213.739, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 2529, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3576, Rel.ª Min.ª Ellen Grace). A legislação do Estado do Rio de Janeiro afeta a fundo estadual de desenvolvimento econômico o produto da arrecadação de imposto de renda e de IPI, repassado ao Estado pelo FPE. A legislação impugnada vincula, ainda que de forma indireta e definitivamente, parte das receitas oriundas de impostos federais, o que encontra vedação no citado artigo. (*vide*: ADI 1.106, Min. Maurício Corrêa e ADI 4.597 MC, Min. Marco Aurélio)
3. A não afetação dos impostos presta-se a proteger as finanças públicas dos entes, uma vez que o Estado deve ter disponibilidade da sua arrecadação para finalidades públicas diversas, dentro dos parâmetros que o Poder Executivo definir na gestão orçamentária, prevista em lei, em obediência à tripartição dos Poderes.
4. Em conclusão, julgo procedentes os pedidos, declarando inconstitucionais o art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e o art. 56, do ADCT. Proponho a fixação da seguinte tese: *“Compete ao Poder Executivo a iniciativa de lei que disponha sobre orçamento dos fundos públicos. É inconstitucional a legislação estadual que vincula a receita de impostos a órgãos, fundos e despesas não previstos no art. 167, IV, da Constituição”*.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada em 22.07.1991, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 56, do ADCT. Os referidos dispositivos dispõem sobre a criação de um fundo estadual de desenvolvimento econômico a ser composto pela receita do imposto de renda e do IPI, tributos de competência federal, e sobre como essa receita será utilizada, conforme se verifica:

*Art. 226, caput e §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:*

Art. 226. Fica criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado.

§1º Ao Fundo de Desenvolvimento Econômico serão destinados recursos de, no mínimo, 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação

*dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra "a", da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte. (Grifos acrescidos)*

*Art. 56, do ADCT, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:*

Art. 56. Durante dez anos o Estado aplicará, no mínimo, 10% (dez por cento) dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento de que trata o artigo 226 nos projetos de infra-estrutura para industrialização, assegurando o desenvolvimento econômico das regiões norte e noroeste fluminenses, de acordo esta com os planos municipais e regionais de desenvolvimento, ficando assegurada aos Municípios do noroeste fluminense a metade dos recursos destinados às regiões.

2. Antes de passar à análise de mérito da ação, ressalto que, apesar de o requerente afirmar, na inicial, que impugna o art. 223, §1º, da Constituição estadual, trata-se, na verdade, do art. 226, §1º, conforme bem observado pela PGR e pela relatora.

3. O requerente afirma que a legislação estadual afronta os art. 158<sup>1</sup>; 159; 165, §8º<sup>2</sup>; 212<sup>3</sup>, e, em maior medida, o art. 167, IV, da Constituição Federal, em suas

<sup>1</sup> Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, §4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

<sup>2</sup> §8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

<sup>3</sup> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

redações originais. Isso porque as normas estaduais ferem a não afetação da receita de impostos, ao criar vinculação à destinação não prevista na Constituição Federal.

4. De forma breve, voto no sentido de que assiste razão ao requerente. Em primeiro lugar, apesar de não ter sido suscitado, os referidos dispositivos estaduais padecem de vício de iniciativa. Isso porque, compete ao Poder Executivo a proposta de lei de natureza orçamentária, conforme art. 165, III, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

5. No presente caso, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe sobre o orçamento de fundo estadual, vinculando, indefinidamente, receitas oriundas do Fundo de Participação dos Estados a investimento industrial, em afronta ao §5º, I, também do art. 165, da Constituição Federal<sup>5</sup>. Os dispositivos da legislação estadual sofrem, portanto, de vício de iniciativa, conforme diversos precedentes desta Corte (ADI 1689, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 820, Rel. Min. Eros Grau, ADI 4102, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia)<sup>6</sup>.

§2º Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação:

§3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.

§5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

<sup>4</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

III - os orçamentos anuais.

<sup>5</sup> “§5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (...).”

<sup>6</sup> ADI 1689, Rel. Min. Sydney Sanches; Tribunal Pleno, DJe 19.03.2003;

ADI 820, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 29.02.2008;

ADI 4102, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 10.02.2015:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. ARTS. 309, §1º, 314, *CAPUT* E §§ 2º E 5º, E 332 DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º, 5º, 61, §1º, INC. II, AL. B, 165 e 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou serem inconstitucionais normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação do art. 167, inc. IV, da Constituição da República, e restringirem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Precedentes. 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. 3. Improcedência da ação quanto ao art. 332 da Constituição do Rio de

6. Em segundo lugar, caso ultrapassada a referida liminar, deve ser reconhecida a perda do objeto da ação em relação ao art. 56, do ADCT, uma vez que o período de dez anos a que o dispositivo faz referência já se encerrou, tendo, portanto, o dispositivo sua eficácia exaurida.

7. Em terceiro lugar, a jurisprudência do Plenário desta Corte é sedimentada no sentido de que somente a Constituição Federal pode prever as vinculações de receitas de impostos, o que se encontra expresso no art. 167, IV. Confira-se: RE 183.906 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30.04.98); RE 213.739 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02.10.98)\*; ADI 2529 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007)\*; ADI 3576 (Rel.ª Min.ª Ellen Grace)<sup>10</sup>.

Janeiro. A fixação de percentual de 2% da receita tributária do exercício destinada à Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPERJ conforma-se ao art. 218, §5º, da Constituição da República. Precedentes. 4. Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 309, §1º, e 314, *caput*, §5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do §2º do art. 314, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, as normas regulamentadoras desses dispositivos – expressões “à UERJ e”, “306, §1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” contidas no art. 1º da Lei estadual nº 1.729/1990 e art. 6º da Lei estadual nº 2.081/1993 – não têm fundamento de validade. Inconstitucionalidade por arrastamento. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 309, §1º, e 314, *caput*, §5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do §2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, por arrastamento, das expressões “à UERJ e”, “306, §1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” do art. 1º da Lei fluminense nº 1.729/1990 e do art. 6º da Lei estadual nº 2.081/1993.”

<sup>7</sup> “IMPOSTO - VINCULAÇÃO A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito - aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.” (RE 183.906, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 30.04.1998.).

<sup>8</sup> RE 213.739, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 02.10.1998).

<sup>9</sup> “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.133/2001, do Estado do Paraná, que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. 3. Violação ao art. 167, IV, da Constituição Federal. 4. Precedentes. 5. Ação direta julgada procedente.” (ADI 2529, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 06.09.2007).

<sup>10</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.223, DE 03.01.05. FUNDO PARTILHADO DE COMBATE ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCESSÃO DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO DE ICMS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DESTINADO AO FUNDO PELAS EMPRESAS CONTRIBUINTES DO REFERIDO TRIBUTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 155, §2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ART. 167, IV, DA CARTA MAGNA. VINCULAÇÃO DE RECEITA PROVENIENTE DA ARRECADADAÇÃO DE IMPOSTO A FUNDO ESPECÍFICO. VEDAÇÃO EXPRESSA. 1. Alegação de ofensa constitucional reflexa, manifestada, num primeiro plano, perante a LC nº 24/75, afastada, pois o que se busca, na espécie, é a demonstração de uma direta e frontal violação à norma expressamente prevista no art. 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal, que proíbe a outorga de isenção, incentivo ou benefício fiscal em matéria de ICMS sem o consenso da Federação. Precedentes: ADI 1.587, Rel. Min. Octavio Gallotti, e ADI 2.157-MC, Rel. Min. Moreira Alves. 2. O Diploma impugnado não representa verdadeiro e unilateral favor fiscal conferido a determinado setor da atividade econômica local, pois, conforme consta do *caput* de seu art. 5º, somente o valor efetivamente depositado a título de contribuição para o Fundo criado é que poderá ser deduzido, na forma de crédito fiscal presumido, do montante de ICMS a ser pago pelas empresas contribuintes. 3. As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750- MC, Rel. Min. Nelson

8. A não afetação dos impostos, ressalto, presta-se a proteger as finanças públicas dos entes, uma vez que o Estado deve ter disponibilidade da sua arrecadação para finalidades públicas diversas, dentro dos parâmetros que o Poder Executivo definir na gestão orçamentária, prevista em lei. Faz-se necessário que haja receita tributária desvinculada de uma contraprestação estatal prevista em lei, a fim de que o ente público tenha liberdade de empregar os recursos de modo a melhor atender o interesse público.

9. Além de claramente vincular receita de imposto a fundo, a Constituição estadual tredestina, ainda que indiretamente, impostos de competência da União do Fundo de Participação dos Estados, uma vez que o artigo supratranscrito afirma expressamente que o fundo estadual será composto de 10% das receitas a que faz referência o art. 159, I, *a*, da Constituição Federal. Em outras palavras, a legislação do Estado do Rio de Janeiro afeta a fundo estadual o produto da arrecadação de imposto de renda e de IPI, em afronta ao art. 167, VI, da Constituição, sendo esse, também, o entendimento da Corte sobre a matéria (*vide*: ADI 1.106<sup>11</sup> e ADI 4.597 MC<sup>12</sup>).

10. Em conclusão, restando claras as afrontas à literalidade dos art. 165, III; §5º, I; e art. 167, IV, da Constituição, julgo procedentes os pedidos, declarando inconstitucionais o art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e o art. 56 do ADCT. Proponho a fixação da seguinte tese: “*Compete ao Poder Executivo a iniciativa de lei que*

---

Jobim, ADI 2.823-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão e ADI 2.848-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente.” (ADI 3576, Rel.º Min.º Ellen Grace, Tribunal Pleno, DJ 02.02.2007).

<sup>11</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. ICMS. PARCELA DEVIDA AOS MUNICÍPIOS. BLOQUEIO DO REPASSE PELO ESTADO. POSSIBILIDADE. 1. É vedado ao Estado impor condições para entrega aos Municípios das parcelas que lhes compete na repartição das receitas tributárias, salvo como condição ao recebimento de seus créditos ou ao cumprimento dos limites de aplicação de recursos em serviços de saúde (CF, artigo 160, parágrafo único, I e II). 2. Município em débito com o recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de seus servidores. Retenção do repasse da parcela do ICMS até a regularização do débito. Legitimidade da medida, em consonância com as exceções admitidas pela Constituição Federal. 3. Restrição prevista também nos casos de constatação, pelo Tribunal de Contas do Estado, de graves irregularidades na administração municipal. Inconstitucionalidade da limitação, por contrariar a regra geral ditada pela Carta da República, não estando a hipótese amparada, *numerus clausus*, pelas situações excepcionais previstas. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 20 da Constituição do Estado de Sergipe. Ação julgada procedente em parte.” (ADI 1106, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 13.12.2002).

<sup>12</sup> “MUNICÍPIOS – PARTICIPAÇÃO EM TRIBUTOS ESTADUAIS – VINCULAÇÃO. Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios.” (ADI 4.597 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 05.09.2011)

Destaca-se o seguinte trecho do voto do relator (fls. 3 e 4):

“Não há qualquer margem à edição de normas pelos Estados que afetem a liberdade de destinação das receitas municipais originárias, ainda que provenientes da arrecadação de tributos estaduais. A eficácia da Constituição Federal não encontra limite no poder de auto-organização estadual, do qual resulta o denominado ‘poder constituinte derivado decorrente’. Logo, a pretexto de exercê-lo, não pode o constituinte estadual simplesmente inovar, de modo contrário ao texto constitucional federal, sob pena de subverter a hierarquia das normas no ordenamento jurídico nacional, norteadas que é pelo princípio da supremacia da Constituição.

(...)

Não pode o Estado, a pretexto de exigir a observância da meta constitucional, simplesmente se apropriar de recursos que a ele não pertencem, administrando-os. Regis Fernandes de Oliveira relembra: ‘Condicionar aí não significa reter, mas subordinar o repasse a evento futuro e incerto’ (Curso de direito financeiro, 2010, p. 320).”

*disponha sobre orçamento dos fundos públicos. É inconstitucional a legislação estadual que vincula a receita de impostos a órgãos, fundos e despesas não previstos no art. 167, IV, da Constituição”.*

É como voto.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): RICARDO AZIZ CRETTON**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **VOTO**

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** *Senhora Presidente, eminentes pares, os dispositivos questionados na presente ação direta de inconstitucionalidade, arts. 226 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e 56 do ADCT da Carta estadual fluminense, ostentam a seguinte redação:*

Art. 226 - Fica criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado.

§1º - Ao Fundo de Desenvolvimento Econômico serão destinados recursos de, no mínimo, 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra “a”, da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte.

Art. 56 - Durante dez anos o Estado aplicará, no mínimo, 10% (dez por cento) dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento de que trata o artigo 226 nos projetos de infra-estrutura para industrialização, assegurando o desenvolvimento econômico das regiões norte e noroeste fluminenses, de acordo com os planos municipais e regionais de desenvolvimento, ficando assegurada aos Municípios do noroeste fluminense a metade dos recursos destinados às regiões.

Em relação ao art. 56 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, verifico, tal como ressaltado pela eminente relatora, que se trata de norma cuja

eficácia está exaurida, a importar em prejuízo, no aspecto, do pedido deduzido na presente ação direta.

No tocante ao art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, observo que os precedentes deste Supremo Tribunal Federal não admitem como compatíveis com a Constituição da República, em especial com o art. 167, IV, da Magna Carta, dispositivos da legislação estadual ou municipal que estabeleçam vinculação de receitas oriundas de impostos federais a fundos. Nesse sentido:

**Ementa:** DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 923/2009. VINCULAÇÃO DE RECEITA DE ICMS A FUNDO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI EVIDENCIADA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AFRONTA AO ART. 167, IV, DA CRFB/88, E AO ART. 154, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. *Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos.* 2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 665291 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016)

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. IMPOSTOS. VINCULAÇÃO A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. AFRONTA AO INCISO IV DO ART. 167 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 183.906 e o RE 213.739, ambos da relatoria do ministro Marco Aurélio, declarou inconstitucionais os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556/1989, bem assim das Leis nº 7.003/1990, nº 7.646/1991 e nº 8.207/1992, todas do Estado de São Paulo, por violação ao inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, que veda a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.* 2. Do mesmo vício padecem as Leis paulistas nº 8.456/1993, nº 8.997/1994, nº 9.331/1995 e nº 9.464/1996. Precedente: RE 585.535, da relatoria da Ministra Ellen Gracie. 3. Agravo regimental desprovido. (AI 635243 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 EMENT VOL-02624-02 PP-00243)

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7/97, DE RONDÔNIA, QUE INSERIU NOVO §1º NO ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VINCULAÇÃO DE RECEITAS DE IMPOSTOS. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 167 DA CARTA DA REPÚBLICA. *Não se enquadrando entre as exceções previstas no texto constitucional, a vinculação de receitas operada pela norma rondoniense impugnada viola o inciso IV do mencionado artigo da Constituição Federal. Ação julgada procedente.* (ADI 1848, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, DJ 25-10-2002 PP-00024 EMENT VOL-02088-01 PP-00176)

Nesse contexto, na linha da jurisprudência desta Suprema Corte, deve ser provido o pedido deduzido na presente ação direta quanto ao art. 226, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que se trata de norma incompatível com o art. 167, IV, da Constituição da República.

Ante o exposto, acompanho o voto proferido pela relatora, Ministra Cármen Lúcia, para julgar prejudicado o pedido no tocante ao art. 56 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por ser norma cuja eficácia se exauriu, e procedente quanto ao art. 226, §1º, da Carta estadual fluminense.

É como voto.

**13/06/2018**  
**PLENÁRIO**

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553 / RIO DE JANEIRO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, conversava há pouco com o Ministro Dias Toffoli sobre esse predicado tão importante do juiz que é a “coerência”, já que, diante de fatos e das mesmas normas, não pode ficar variando o enfoque.

Tem-se, realmente, o vício formal, como ressaltado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ante a necessidade de a iniciativa ser do Governador. E não o afasta – porque o poder constituinte estadual é derivado – o fato de a norma estar na Constituição do Estado. Por quê? Porque as exceções abertas à vinculação estão na Lei das leis, que é a Constituição Federal, mais precisamente – havia, inclusive, sublinhado – no artigo 167, inciso IV. A Constituição, nesse preceito, reporta-se a outros dispositivos nela contidos e a dois bens maiores, admitindo a vinculação: a saúde e a educação.

Acompanho, cumprimentando, honrado pela citação do precedente que pude redigir em nome do Colegiado, Vossa Excelência.

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 553**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): RICARDO AZIZ CRETTON (3043/RJ)**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), julgou procedente o pedido quanto ao art. 223, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e prejudicado o pedido em relação ao art. 56 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Falou pelo requerente o Dr. Carlos da Costa e Silva Filho, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Plenário, 13.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário



Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 100.002 / SÃO PAULO  
(2008/0027234-1)**

**RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI**

**IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DA CONDUTA DELITUOSA E NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTOS INADEQUADOS. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 E 444 DO STJ. REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime semiaberto, observando-se os critérios do artigo 59 do referido diploma legal.

2. Este Sodalício editou, recentemente, a Súmula nº 440, que sintetiza o entendimento no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a determinação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Na hipótese, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, restando a sanção definitiva fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento na reprovabilidade abstrata do tipo penal e na existência de ações penais ainda em curso em seu desfavor.

4. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para a elevação da pena-base, sob pena de afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula nº 444 deste STJ); portanto, também não podem ser utilizados para fundamentar a fixação de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem concedida para estabelecer o modo inicial semiaberto à execução da pena imposta ao paciente.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO (2008/0027234-1)**

**IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO**

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ÉDER MOREIRA DOURADO contra aresto da 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal nº 00905597.3/2-0000-000, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao art. 157, §2º, II, do Código Penal.

Sustentam os impetrantes que o apenado é vítima de constrangimento ilegal, aduzindo que o modo mais gravoso foi firmado com amparo na gravidade em abstrato

da conduta delituosa, sem observar o disposto no art. 33, §2º, *b*, do CP e o verbete nº 718 da Súmula da Suprema Corte.

Entendem que o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, pois é primário, detentor de bons antecedentes, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a sanção definitiva não ultrapassa oito anos de reclusão.

Salientam, ainda, que as certidões referidas na sentença são relativas a processos em andamento, os quais não podem ser utilizados para justificar o estabelecimento do modo mais gravoso para resgate da reprimenda.

Requerem a concessão do remédio constitucional para que se permita ao condenado cumprir a sanção no modo inicial intermediário.

Liminar indeferida (fl. 34).

Informações prestadas às fls. 39 a 64.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou (fls. 66 a 70) pela denegação da ordem.

É o relatório.

#### **HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO (2008/0027234-1)**

#### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Busca-se neste *writ* a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, o qual teria sido estipulado com amparo na gravidade genérica do delito e sem considerar as circunstâncias do caso concreto, favoráveis ao apenado.

Quanto ao modo da execução da reprimenda, o Juízo de Direito da 30ª Vara Criminal asseverou, na sentença condenatória, *verbis*:

Nos termos dos arts. 59 e 60 do Código Penal, considero a normal intensidade da reprovabilidade, observado o tipo penal: primariedade; menoridade; responde a outros processos em Osasco-SP (fls. 137 e 150), configurando os maus antecedentes; as circunstâncias e consequências do evento, especialmente a recuperação do veículo; a ambição como motivo do crime; ter o réu demonstrado possuir personalidade voltada para seus próprios interesses, dissimulado e sem arrependimento, sua pobreza, condição social e vida pregressa, a vítima não deu causa ao evento e o necessário para a repressão e prevenção de crimes.

*Sopesadas tais circunstâncias judiciais, arbitro as penas bases em quatro (04) anos de reclusão e multa de dez (10) dias-multa, fixado*

o valor unitário no mínimo legal, nos termos do art. 157, caput, do Código Penal. Sem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, elevo-as em um terço (1/3), perfazendo cinco anos e quatro meses de reclusão e multa de treze dias-multa, mantido o valor unitário, nos termos dos incisos I e II, do referido art. 157 – desnecessário aumento maior. Tais penas tornam-se definitivas pela inexistência de outras causas modificadoras. [...].

Iniciará a execução da pena privativa de liberdade em regime fechado. As circunstâncias judiciais, de modo geral, não permitem outro regime. Sua personalidade não demanda a necessária confiança para prognóstico de adaptação ao regime intermediário, demonstrado ser dissimulado. As estatísticas dos crimes de roubo têm se elevado ano após ano, demandando uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário para a regressão daqueles que preferem a prática de tais crimes, traduzindo-se o regime fechado o mais eficaz e correspondente a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta. (fls. 14 a 16)

A Corte impetrada, por sua vez, improveu o apelo defensivo e manteve o sistema inicial nos seguintes termos, *litteris*:

Por fim, o apelante não faz jus a adoção de regime prisional mais brando, eis que, como reconhecido no *decisum*, praticou crime grave, em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo, o que demonstra que não preenche os requisitos subjetivos descritos no §3º do artigo 33 do Código Penal. (fl. 30)

Da leitura dos excertos transcritos, evidencia-se que o regime inicial de execução foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato dos julgadores acerca do crime e na consideração de elementos descritivos próprios do tipo penal, justificativa que, consoante o entendimento reiterado desta Corte, é inidônea à determinação de regime mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENALIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. PENALIDADE FIXADA NO MÍNIMO. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

[...]

2. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

3. Ordem concedida para, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 119104/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, §2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 269 e 440 DO STJ. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

[...]

2. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, §2º, do Código Penal).

3. *“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito” (Súmula 440/STJ).* [...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento das penas impostas aos pacientes. (HC 160769/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2010)

Acrescenta-se:

*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CRIME CONSUMADO. DISPENSABILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA *RES FURTIVA*. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS) E FIXADA, EM DEFINITIVO, EM 5 ANOS

E 4 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PENA SUPERIOR A 2 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

[...]

3. *As doughtas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.*

4. Tem-se por prejudicado o pedido de suspensão condicional da pena, visto que condicionado à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 14, parág. único do CPB (tentativa). Assim, mantido o acórdão impugnado no ponto em que reconheceu a consumação do delito e consequentemente a pena aplicada, não há como ser aplicado o benefício do art. 77 do CPB, diante do não preenchimento do requisito objetivo (pena não superior a 2 anos).

5. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, em conformidade com o parecer ministerial apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 149.183/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2010).

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado nº 440, a saber:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes nºs 718 e 719, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Anote-se que esse, também, é o entendimento da doutrina majoritária, consoante se extrai da lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos “circunstâncias e consequências do crime”, previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo.

Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, p. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais)

Por fim, faz-se relevante registrar o entendimento desta Corte Superior no sentido da impossibilidade de se valorar inquéritos ou ações penais em curso à época do decreto condenatório como elementos aptos a negatar os antecedentes, sob pena de se vulnerar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), conforme se extrai dos seguintes precedentes:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA

DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.*

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o SURSIS às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento. (HC nº 140.306/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009).

**HABEASCORPUS.FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO.REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, TENDO EM VISTA A FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA CONSIDERAR COMO NEGATIVAS AS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AOS MAUS ANTECEDENTES E À PERSONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL.**

1. A ausência de análise pelo Tribunal *a quo* acerca da alegada fixação de regime inicial para cumprimento de pena não configura hipótese de supressão de instância, na medida em que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no julgamento de recurso de apelação, ocorre o efeito devolutivo amplo, sendo prescindível constar expressamente no aresto a tese defendida na impetração.

2. *Em primeiro lugar, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em*

*respeito ao princípio da não culpabilidade. Da mesma forma, esses elementos não podem ser considerados para elevar a pena-base e ensejar a imputação de regime prisional mais gravoso que o previsto, in casu, no art. 33, §3º, alínea c, do Código Penal.*

3. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, porquanto o Recorrente é tecnicamente primário e o delito de falsificação de documento público não foi cometido com violência ou grave ameaça.

4. Ordem concedida para determinar a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do juízo das execuções criminais a sua implementação. *Habeas corpus* concedido de ofício para fixar a pena-base no mínimo legal. (HC nº 129.072/SP, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/9/2009, DJe 26/10/2009).

Esta é, aliás, a orientação resumida pelo enunciado na Súmula nº 444 deste Superior Tribunal de Justiça, recentemente aprovada, que estabelece que: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.*”

Dessarte, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois, tendo sido o regime de encarceramento mais severo baseado em circunstância judicial inidônea e não se verificando haver qualquer especificidade que justifique a imposição de um maior gravame à liberdade do apenado, haja vista a primariedade, as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena-base fixada no mínimo legal, de rigor a observância do disposto no art. 33, §2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, concede-se a ordem para reformar o aresto impetrado e estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente, a teor do artigo 33, §2º, *b*, do CP.

É o voto.

#### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA**

**Número Registro: 2008/0027234-1**

**HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 13132004 50040745872 9055973**

**EM MESA**

**JULGADO: 21/09/2010**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI**  
**Presidente da Sessão**  
**Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI**  
**Subprocuradora-Geral da República**  
**Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO**  
**Secretário**  
**Bel. LAURO ROCHA REIS**

### **AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**  
**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO**  
**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra o Patrimônio – Roubo Majorado**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 21 de setembro de 2010.

LAURO ROCHA REIS

Secretário

# **HABEAS CORPUS Nº 478.645 / RIO DE JANEIRO (2018/0299828-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: AUGUSTO CESAR ALEXANDRE RIBEIRO (PRESO)**

## **EMENTA**

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MINISTERIAL PROVIDO. RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO *EX OFFICIO*. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. O fundamento axiológico da exceção de suspeição é o princípio da imparcialidade, valor que constitui, por um lado, pressuposto processual de validade da relação jurídica e, por outro, atributo do magistrado na análise de cada causa sob sua tutela jurisdicional, que lhe exige distanciamento das partes, é dizer, nenhum vínculo social, familiar ou emocional com elas. Significa possuir simpatia senão pelo processo e pelas normas que o regem e que reclamam a materialização do direito. A imparcialidade manifesta, sob a ótica processual, valores do Estado Democrático de Direito e emprega, porque resultado de um processo legal, a decisão devida e justa ao caso concreto.

3. As hipóteses de impedimento são presunções legais absolutas de parcialidade, pois apontam relações entre o suspeito/impedido e o núcleo do processo (causa objetiva), imperativamente repelidas pela lei (CPP, arts. 252, 253, 254 e 258), de forma clara e

objetiva. Ocorrida, pois, a subsunção às hipóteses legais, restará prejudicada, *ope legis*, a condição de atuação imparcial pelo membro do *Parquet*.

4. A consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores sustenta que as hipóteses causadoras de impedimento/suspeição, constantes nos arts. 252, 253 e 258 do Código de Processo Penal, são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado ou mesmo do promotor.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir pela suspeição do Magistrado prolator da decisão de rejeição da denúncia por já ter externado “o seu posicionamento sobre o mérito da imputação”, incorreu em interpretação extensiva da legislação de regência, criando, assim, nova causa de impedimento não prevista em lei, o que não deve prosperar.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar em parte o acórdão impugnado, no que se refere à suspeição do Juiz prolator da decisão de rejeição da denúncia.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “*Habeas Corpus*” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 478.645 / RIO DE JANEIRO (2018/0299828-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: AUGUSTO CESAR ALEXANDRE RIBEIRO (PRESO)**

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de AUGUSTO CESAR ALEXANDRE RIBEIRO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por infração ao art. 157, §2º, II, do Código Penal, tendo o Juízo de primeiro grau rejeitado a peça inicial, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso em sentido estrito perante a Corte de origem, que deu provimento, nos termos da seguinte ementa:

Recurso em sentido estrito. Imputação do delito tipificado no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal. Roubo majorado pelo concurso de agentes. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa.

Inconformismo do Ministério Público. Reforma do *decisum* que se impõe. Presença de lastro probatório mínimo, a autorizar o recebimento da inicial acusatória.

Plausibilidade do direito invocado. Existência do delito atestada pelo registro de ocorrência e depoimentos colhidos em sede policial. Indícios de autoria consubstanciados no relato da vítima e reconhecimento fotográfico por ela realizado. Relevância da palavra da vítima em sede de crime contra o patrimônio. Elementos suficientes à deflagração da ação penal. Recurso ao qual se dá provimento, para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito, afastando-se, contudo, o Magistrado prolator da decisão hostilizada, que já externou o seu posicionamento sobre o mérito da imputação. (e-STJ, fl. 22)

Neste *writ*, a impetrante alega estar o paciente submetido a constrangimento ilegal, por entender que “o fato de o juiz competente ter entendido pela insuficiência do reconhecimento fotográfico não importa prejulgamento, porquanto, durante a instrução criminal, serão ouvidas a suposta vítima e a testemunha presencial, logo, a depender do que digam, tudo, rigorosamente tudo, pode mudar. Não se está diante de um acervo probatório definitivo, mas AINDA EM FORMAÇÃO”. (e-STJ, fl. 6)

Assevera, também, que “criou a autoridade coatora hipótese de impedimento, ou de suspeição, não prevista em lei, de caráter geral, afinal, a prevalecer tal inteligência, tornar-se-ia impedido de exercer a jurisdição todo magistrado que rejeitasse a denúncia por falta de justa causa, atrelada à debilidade da identificação por fotografia, caso seu pronunciamento venha a ser reformado.” (e-STJ, fl. 10)

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja reconhecido o “Juiz processante, titular da 37ª Vara Criminal da Capital/RJ, como o competente para prosseguir no feito”. (e-STJ, fl. 11)

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 478.645 / RIO DE JANEIRO (2018/0299828-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: AUGUSTO CESAR ALEXANDRE RIBEIRO (PRESO)**

#### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MINISTERIAL PROVIDO. RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO *EX OFFICIO*. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O fundamento axiológico da exceção de suspeição é o princípio da imparcialidade, valor que constitui, por um lado, pressuposto processual de validade da relação jurídica e, por outro, atributo do magistrado na análise de cada causa sob sua tutela jurisdicional, que lhe exige distanciamento das partes, é dizer, nenhum vínculo social, familiar ou emocional com elas. Significa possuir simpatia senão pelo processo e pelas normas que o regem e que reclamam a materialização do direito. A imparcialidade manifesta, sob a ótica processual, valores do Estado Democrático de Direito e emprega,

porque resultado de um processo legal, a decisão devida e justa ao caso concreto.

3. As hipóteses de impedimento são presunções legais absolutas de parcialidade, pois apontam relações entre o suspeito/impedido e o núcleo do processo (causa objetiva), imperativamente repelidas pela lei (CPP, arts. 252, 253, 254 e 258), de forma clara e objetiva. Ocorrida, pois, a subsunção às hipóteses legais, restará prejudicada, *ope legis*, a condição de atuação imparcial pelo membro do *Parquet*.

4. A consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores sustenta que as hipóteses causadoras de impedimento/suspeição, constantes nos arts. 252, 253 e 258 do Código de Processo Penal, são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado ou mesmo do promotor.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir pela suspeição do Magistrado prolator da decisão de rejeição da denúncia por já ter externado “o seu posicionamento sobre o mérito da imputação”, incorreu em interpretação extensiva da legislação de regência, criando, assim, nova causa de impedimento não prevista em lei, o que não deve prosperar.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar em parte o acórdão impugnado, no que se refere à suspeição do Juiz prolator da decisão de rejeição da denúncia.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo, assim, ao exame das alegações da defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 157, §2º, II, do Código Penal, por ter subtraído, juntamente com outros 3 acusados, aparelho telefônico celular de Lucas, ocorrido em 18 de maio de 2011. Passados alguns meses, o ora paciente foi preso em flagrante pela prática de outro roubo, oportunidade em que foi reconhecido pela vítima Lucas. Assim, diante de tal

reconhecimento, foi ofertada denúncia em 15 de fevereiro de 2013. Contudo, o Juízo de primeiro grau rejeitou a peça inicial, por ausência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Interposto recurso em sentido estrito pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso para receber a denúncia e determinar o regular prosseguimento do feito, afastando ainda o Juiz prolator da decisão recorrida, por já ter externado o seu posicionamento sobre o mérito da imputação.

Cumprе consignar, inicialmente, que o fundamento axiológico da exceção de suspeição é o princípio da imparcialidade, valor que constitui, por um lado, pressuposto processual de validade da relação jurídica e, por outro, atributo do magistrado na análise de cada causa sob sua tutela jurisdicional, que lhe exige distanciamento das partes, é dizer, nenhum vínculo social, familiar ou emocional com elas. Significa possuir simpatia senão pelo processo e pelas normas que o regem e que reclamam a materialização do direito. A imparcialidade manifesta, sob a ótica processual, valores do Estado Democrático de Direito e emprega, porque resultado de um processo legal, a decisão devida e justa ao caso concreto.

As hipóteses de impedimento são presunções legais absolutas de parcialidade, pois apontam relações entre o suspeito/impedido e o núcleo do processo (causa objetiva), imperativamente repelidas pela lei (CPP, arts. 252, 253, 254 e 258), de forma clara e objetiva. Ocorrida, pois, a subsunção às hipóteses legais, restará prejudicada, *ope legis*, a condição de atuação imparcial pelo membro do *Parquet*.

A consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores sustenta que as hipóteses causadoras de impedimento/suspeição, constantes nos arts. 252, 253 e 258 do Código de Processo Penal, são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado.

A corroborar esse entendimento, o seguinte julgado desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. IMPEDIMENTO DO RELATOR. PARTICIPAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE PROCESSO CONEXO. RÉU DA AÇÃO NÃO FEZ PARTE DA RELAÇÃO JURÍDICA. ART. 252, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ROL TAXATIVO. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO NO MESMO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante a presente ação penal estar conexa a 60 (sessenta) outras ajuizadas com vistas à responsabilização penal de autores do chamado “esquema das associações” de desvio de recursos da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, o fato de o Desembargador-Relator ter participado, em primeiro grau, de processo conexo, de cuja relação jurídica não consta o réu, não

impede a sua atuação na presente Exceção de Incompetência, pois, conforme o art. 252, III, do CPP, entre as causas taxativamente previstas, só configura impedimento a anterior atuação dos magistrados no mesmo processo. Precedentes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.518.218/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, QUINTA TURMA, DJe 26/8/2016)

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes deste STJ: REsp 1.171.973/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 25/3/2015; HC 324.206/RJ, Rel.<sup>a</sup> Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/8/2015; HC 283.532/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/4/2014; HC 131.792/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 6/12/2011).

No caso em exame, o TJRJ, ao concluir pela suspeição do Magistrado prolator da decisão de rejeição da denúncia por já ter externado “o seu posicionamento sobre o mérito da imputação”, incorreu em interpretação extensiva da legislação de regência, criando, assim, nova causa de impedimento não prevista em lei, o que não deve prosperar.

Desse modo, verifica-se flagrante ilegalidade no acórdão impugnado apta a justificar a intervenção desta Corte.

Ante o exposto, *não conheço* do writ. *Concedo*, todavia, a ordem de ofício para cassar em parte o acórdão impugnado, no que se refere à suspeição do Juiz prolator da decisão de rejeição da denúncia.

É como voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA**

**Número Registro: 2018/0299828-0**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HABEAS CORPUS Nº 478.645 / RIO DE JANEIRO**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00611372420138190001 611372420138190001**

**EM MESA**

**JULGADO: 28/05/2019**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**  
**Subprocurador-Geral da República**  
**Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**  
**Secretário**  
**Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

### **AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PACIENTE: AUGUSTO CESAR ALEXANDRE RIBEIRO (PRESO)**  
**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra o Patrimônio – Roubo Majorado**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

## Jurisprudência Cível

• • •

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 / SANTA CATARINA (2016/0160766-4)**

**RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**RECORRIDO: D. K.**

**RECORRIDO: J. C.**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**INTERES.: M. B. C.**

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico.

2. “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.” (Enunciado nº 111 da Primeira Jornada de Direito Civil)

3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar.
4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança.
5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil.
6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança.
7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.
8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento nº 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio.
9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado.
10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de maio de 2019 (data do julgamento)

**MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

**Relator**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 / SANTA CATARINA (2016/0160766-4)**

**RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**RECORRIDO: D. K.**

**RECORRIDO: J. C.**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**INTERES.: M. B. C.**

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):**

Trata-se de *recurso especial* interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ementado nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. *PARQUET* QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, OPONDO-SE AO PLEITO, TESE ENCAMPADA DEPOIS PELA PROCURADORIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS.

PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES, IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL PREENCHIDOS. RECURSO PROVIDO.

O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 132: “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”. (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011)

O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e conseqüentemente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que – a toda evidência, diante da impossibilidade de os gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação – só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de reprodução heteróloga assistida.

Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o *status* de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos.

Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações.

O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem às vontades da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico.

Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade. Não há aparato jurídico para tanto.

Na origem, D. K. e J. C., que convivem em união estável homoafetiva, almejaram ter um filho. Procuraram uma clínica de fertilização na companhia de M. B. C., irmã de J. C., para um programa de inseminação artificial. D. K. e M. B. C. se submeteram ao ciclo de reprodução assistida de baixa complexidade (intrauterina), culminando na concepção de um embrião, em 28/10/2012. Nascida S. A. C. K., M. B. C. – a gestante (mãe de substituição) –, por meio de escritura pública, renunciou ao seu poder familiar

em relação ao nascituro, surgindo a pretensão declaratória de dupla paternidade dos autores em relação à menina recém-nascida. Postulam o reconhecimento do pai biológico e do pai socioafetivo, mantendo em branco os campos relativos aos dados da genitora, pois a concepção ocorreu mediante inseminação artificial heteróloga e a gestação, por substituição.

Incluída a gestante substituta no polo passivo da demanda, esta reconheceu a procedência do pedido inicial.

Foi acostado laudo psicológico.

O Ministério Público Estadual apresentou parecer defendendo, primeiramente, a incompetência absoluta do juízo da Vara de Família, pois os pais biológicos existem (D. K. e M. B. C.). Com isso, o acolhimento da pretensão de que conste o nome dos autores no registro de nascimento de S. A. C. K. seria da competência da Vara de Infância e Juventude por se tratar de um processo de adoção unilateral.

Sobreveio sentença, que, superando a preliminar, julgou procedente o pedido inicial, declarando D. K. e J. C. como pais da menina S. A. C. K., nascida em 08/08/2013, às 17h45min, tendo como avós paternos tanto B. F. K. e T. V. K. quanto M. E. C. e B. B. C. C., determinando, assim, que se mantenha em branco o campo relativo aos dados da genitora, expedindo, portanto, mandado ao Cartório de Registro Civil de pessoas naturais da comarca de Florianópolis, Santa Catarina.

Contrariado, o Ministério Público Estadual apelou ao Tribunal de Justiça, que, por maioria de votos, manteve a sentença, negando provimento à apelação por acórdão ementado nos termos supracitados.

A contrariedade do *Parquet* cingiu-se à nulidade do feito, pois, primeiramente, não lhe teria sido oportunizada a promoção de mérito, bem como a competência para análise dos autos seria do Juízo da Infância e Juventude, por ter a genitora em substituição doado seu gameta na composição da inseminação artificial. Assim, por ser mãe biológica da menor, ao renunciar ao poder familiar, a demanda deveria ser convertida em adoção unilateral, já que, para viabilidade da primeira, o gameta necessitaria ter sido concedido por doadora *anônima*.

Foram opostos embargos de declaração ao acórdão que julgou a apelação cível, os quais vieram de ser rejeitados por acórdão ementado nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO. INOCORRÊNCIA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 535 DO CPC. REJEIÇÃO.

Descabem embargos de declaração fora das balizas do art. 535 do CPC, para rediscutir temas e impugnar soluções, a pretexto de prequestionar.

Mantendo-se contrariado, o *Parquet* interpôs o presente recurso especial alegando que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 25, *caput*; 41, §1º; e 50, §13, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 4º, incisos I e II; e 535, inciso II, do revogado Código de Processo Civil; 1.597, inciso V, do Código Civil. Sustentou que o caso em análise deveria ser tratado como adoção unilateral e não declaratória de dupla paternidade. Advoga a tese de que, mesmo reconhecido que M. B. C. é mãe biológica de S. A. C. K., a decisão vergastada determinou o registro da criança como filha de D. K. e J. C., contrariando a definição legal de “família natural”. Defendeu que o *pátrio poder*, ainda que passível de extinção ou de destituição, é irrenunciável. Entendeu que a investidura da paternidade de J. C. configura o instituto de adoção unilateral, disciplinado pelos arts. 41, §1º; e 50, §13, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, que os meios legais que o casal autor teria utilizado com o fim de levar a termo à reprodução assistida seriam equivocados para declaração de dupla paternidade. Apontou dissídio jurisprudencial. Postulou conhecimento e provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Apresentadas contrarrazões pela Defensoria do Estado de Santa Catarina, na qualidade de curadoria especial da criança S. A. C. K., e não apresentadas pelos autores da ação, o recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual foi admitido.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.  
É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 / SANTA CATARINA (2016/0160766-4)**

**RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**RECORRIDO: D. K.**

**RECORRIDO: J. C.**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**INTERES.: M. B. C.**

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO

## E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico.
2. “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.” (Enunciado nº 111 da Primeira Jornada de Direito Civil).
3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar.
4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança.
5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil.
6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança.
7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.
8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento nº 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio.
9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado.
10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes Colegas. A insurgência recursal do ilustre representante do Ministério Público Estadual diz respeito à qualificação jurídica conferida pelo Tribunal de origem à hipótese fática amplamente reconhecida no acórdão recorrido, discutindo-se se configura *adoção unilateral* ou *dupla paternidade*.

A tese sustentada pelo Ministério Público é no sentido de que, tendo mãe biológica, a paternidade declarada em favor do irmão dela, logo, tio da criança, configuraria violação ao *instituto da adoção unilateral*, sendo, assim, nulo o processo, em face da incompetência absoluta da Vara de Família, pois deveria ter sido conhecido e julgado pela Vara de Infância e Juventude.

Não assiste razão ao recorrente.

Rejeita-se, inicialmente, a alegação de nulidade por omissão ou de negativa de prestação jurisdicional no acórdão que decidiu de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia.

O Tribunal de origem, no caso, julgou com fundamentação suficiente a matéria devolvida à sua apreciação, especialmente quanto à qualificação jurídica a ser conferida aos fatos reconhecidos no acórdão recorrido.

Trata-se de reprodução assistida entre irmã, doadora, e pai biológico, com companheiro estável em união homoafetiva.

O companheiro pretendeu a declaração da paternidade socioafetiva da recém-nascida, reconhecendo-se, assim, a dupla paternidade da menina.

Esse requerimento foi formulado judicialmente antes do nascimento, o que em nada prejudica sua pretensão diante do princípio do melhor interesse da criança e de seu direito fundamental à identidade.

Na doutrina, Maria Berenice Dias, acerca da dupla paternidade de parceiros homoafetivos, entende que, "(...) apesar de ser admitido o duplo registro após o nascimento, a justiça ainda reluta em assegurar tal direito antes do nascimento, única forma de garantir ao filho todos os direitos inerentes ao direito à identidade". (*Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição. Revista dos Tribunais. p. 295)

Fato é que a criança nasceu durante o trâmite do processo, tendo o pai biológico reconhecido a sua paternidade com o respectivo registro no assento de nascimento da criança.

A doadora, por sua vez, com o nascimento da menor, renunciou expressamente ao poder familiar mediante instrumento público.

Assim, em juízo, o casal homoafetivo postulou a declaração da dupla paternidade da menina para o fim de inclusão no registro civil da menor dos nomes dos autores como seus pais.

Incluída no feito, a genitora biológica reconheceu a procedência do pedido dos autores.

Penso, portanto, que não há espaço para se falar em adoção.

Relembre-se o enunciado normativo do art. 1.626 do Código Civil:

*Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.*

*Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. (grifos meus)*

No caso, não se pretendeu, de forma alguma, via decisão judicial, em processo solene, a *destituição de um poder familiar antigo e a instituição de um novo poder familiar.*

Melhor dizendo, não se quis apagar completamente a relação familiar anterior e fazer nascer uma nova relação familiar, irretratável e irrevogável, com o presente processo.

Pelo contrário, buscou-se judicialmente, pois, à época, ainda não existia a possibilidade de ser atendida tal pretensão extrajudicialmente, *o reconhecimento da filiação socioafetiva do companheiro do pai biológico.*

Com isso, não se quis o fim de uma relação paterno-filial anterior, mas a declaração da dupla paternidade da criança pelo casal homoafetivo.

A pretensão, portanto, era de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida e não destituição de um poder familiar reconhecido pelo pai biológico.

Na Primeira Jornada de Direito Civil, a questão foi debatida, conforme enunciado nº 111, destacando-se que o instituto da adoção e da reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva.

Na oportunidade, foi feita uma diferenciação, no sentido de que, *enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante, no caso dos autos da genitora da menor, verbis:*

Enunciado 111 – Art. 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Desse modo, deve ser estabelecida uma distinção entre os efeitos jurídicos da *adoção* e da *reprodução assistida heteróloga*, pois, enquanto na primeira há o *desligamento dos vínculos de parentesco*, na segunda *sequer há esse vínculo*.

Assim, no caso concreto, a mãe biológica, irmã de um dos autores, não possui vínculo de parentesco com a criança, filha do pai biológico e filha socioafetiva do seu companheiro.

Portanto, não merece acolhida a tese sustentada pelo ilustre representante do Ministério Público Estadual, pois, não havendo vínculo de parentesco com a genitora, há tão somente a paternidade biológica da criança, registrada em seus assentos cartorários, e a pretensão declaratória da paternidade socioafetiva pelo companheiro, ora recorrido.

Importa, com isso, lembrar ao recorrente que o conceito legal de *parentesco* e *filiação* tem sido objeto de grandes transformações diante da nova realidade fática, em especial, das técnicas de *reprodução assistida* e da *parentalidade socioafetiva*, impondo, assim, ao intérprete da lei uma nova leitura do preceito legal contido no artigo 1.593 do Código Civil de 2002, especialmente da parte final do seu enunciado normativo, *verbis*:

#### Das Relações de Parentesco

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade *ou outra origem*. (grifo meu)

A provocação para a parte final deu-se com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC, relatoria do em. Ministro Luiz Fux, em 2016, quando se analisou, em sede de repercussão geral, o tema relativo à "*paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impedindo o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com efeitos jurídico próprios*."

O precedente da Suprema Corte fundamentou-se, basicamente, em três pontos: (i) o reconhecimento de que a socioafetividade é forma de parentesco civil; (ii) a afirmação da igualdade entre o vínculo biológico e o socioafetivo; (iii) a admissão da multiparentalidade, com reconhecimento de mais de um vínculo de filiação.

Muito embora o precedente tenha feito expressa referência acerca da paternidade socioafetiva, houve também incursão para as técnicas de reprodução assistida.

Tendo por norte a nova leitura dos institutos jurídicos supracitados, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, de novembro de 2017, da lavra do em. Ministro João Otávio de Noronha, então Corregedor-Geral, no afã da extrajudicialização e da efetividade do direito declarado pela Suprema Corte, junto aos Cartórios, estabelecendo, quanto ao tema, as seguintes previsões administrativas:

### Seção III

#### Da Reprodução Assistida

**Art. 16.** O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§2º *No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.*

**Art. 17.** Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

*Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.*

§1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

*Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.*

Portanto, atualmente, a questão em julgamento poderia ser resolvida na seara extrajudicial.

Por fim, anoto ter sido reconhecido no acórdão recorrido que a criança se encontra em um lar saudável, com pais que possuem plenas condições de lhe garantir saúde, educação e amor, *verbis*:

Os ofícios de ambos os pais são dignos, um é dançarino de *ballet* clássico e outro, profissional liberal, empregos que certamente provêem o sustento deles e da infante, que muito bem cuidada aparenta estar e outra coisa os autos não revelam. Ademais, ambos os pais demonstram, por todo esse trâmite, deter o ímpeto de defender com força e afinco os interesses de S., protegendo-lhe dos infortúnios que possam vir a atravessar seu caminho. (...)

A menina S., além de um lar amoroso, oriundo de dois pais que muito a desejaram, receberá proteção e circunstâncias favoráveis a um desenvolvimento saudável, gesto plausível diante dos inúmeros casos de abandono e maus tratos aos infantes que comumente são analisados por este Juízo, depois remediados pelos caminhos das adoções, assim que a criança permanecer depositada em alguma instituição. (...)

Contrário à moral seria assenhorar-se do futuro das pessoas e encaminhar à adoção uma menina tão aguardada, concebida em regime amoroso e desde então integrante de justas expectativas de uma família que goza de proteção do Estado, para constituir seu lugar em um ninho de amor, reduzindo-a do *status* de filha à condição de abrigada, sob princípios de uma legislação vetusta e ultrapassada que deveras não produz bons frutos, em que pese a honradez de seus propósitos, não exime as crianças dessas misérias.

Extrai-se, portanto, que o melhor interesse da criança, princípio fundamental a orientar qualquer decisão na área do Direito de Família ou da Infância e da Juventude, está assegurado no caso concreto, devendo também por isso ser integralmente o acórdão recorrido.

*Ante todo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.*

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA**

**Número Registro: 2016/0160766-4**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 / SANTA CATARINA**

**Números Origem: 01069463120158240000 20140790669 20140790669000100  
20140790669000200 8007794620138240090**

**EM MESA**

**JULGADO: 14/05/2019**

**SEGREDO DE JUSTIÇA**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO**

**Subprocurador-Geral da República**

**Exmo. Sr. Dr. ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO**

**Secretário**

**Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO**

### **AUTUAÇÃO**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**RECORRIDO: D. K.**

**RECORRIDO: J. C.**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**INTERES.: M. B. C.**

**ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família**

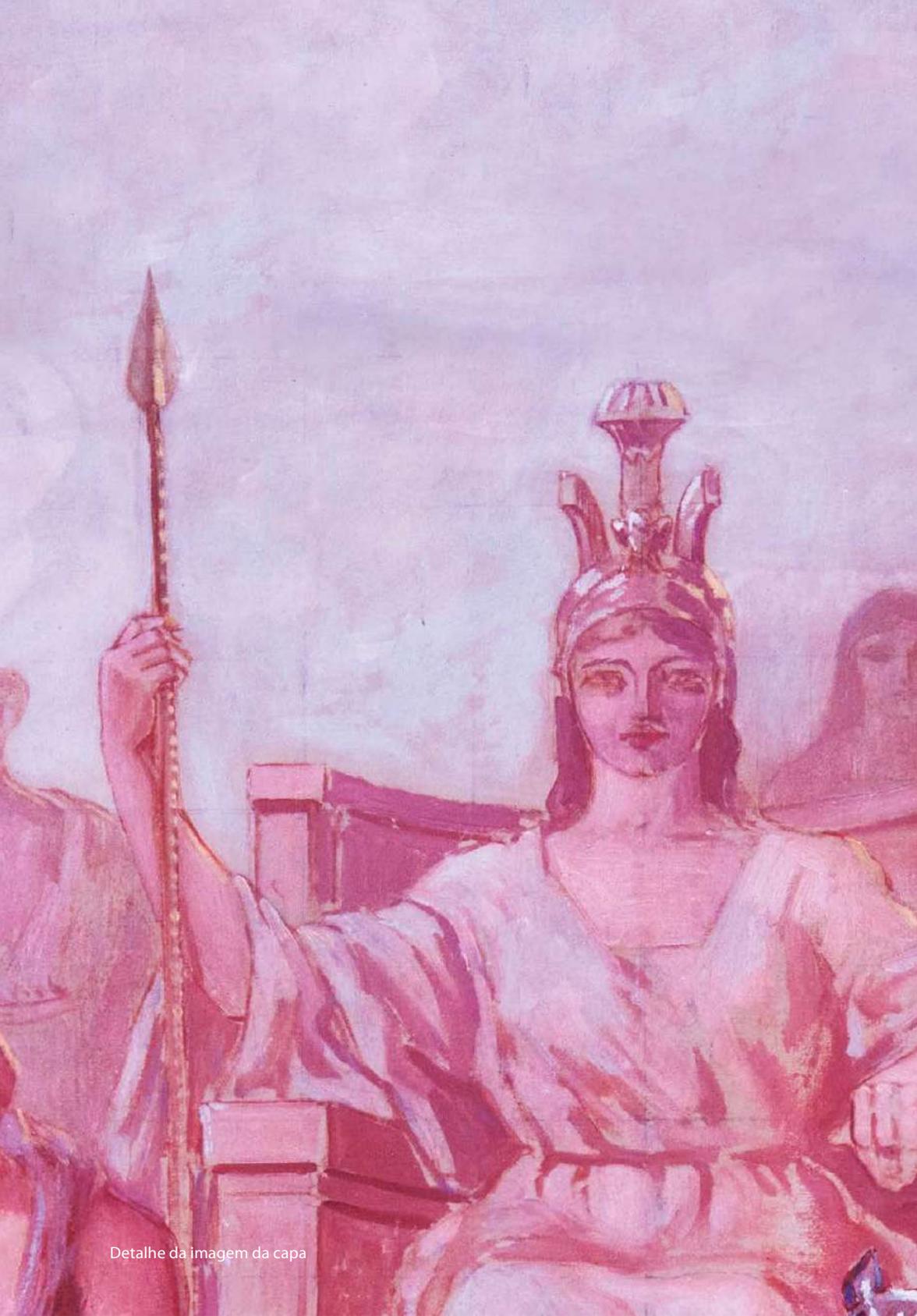
## **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.





Detalhe da imagem da capa

# Noticiário







## **MPRJ realiza sessão solene de posse de membro suplente do Órgão Especial**

No dia 3 de fevereiro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro realizou, na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, a solenidade de posse da Procuradora de Justiça Marcia Tamburini como membro suplente do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2019-2021.

A sessão foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem. A Procuradora de Justiça Patrícia Glioche, secretária do Órgão Especial, procedeu à leitura do termo de posse e a Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, por sua vez, saudou a empossada em nome do Órgão Especial.

Em seu discurso, a Procuradora de Justiça Marcia Tamburini ressaltou a importância do Órgão Especial para o aprimoramento do Ministério Público: “Tenho consciência de que a nossa função tem, acima de tudo, um compromisso social. E é isso que faz desse órgão mais especial, a possibilidade de alterar a trajetória do Ministério Público e de aprimorar a nossa instituição”, afirmou Tamburini, que finalizou: “Renovo o meu compromisso com o Ministério Público, com o Órgão Especial e, sobretudo, com a sociedade”.

Ao encerrar a sessão solene, Gussem enfatizou a satisfação com o retorno da Procuradora de Justiça Marcia Tamburini ao afirmar que ela “muito contribui para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de nossa instituição”.

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, pela Corregedora-Geral do MPRJ, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e por dez Procuradores de Justiça eleitos. Compete ao órgão, entre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral, e propor a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.

### **Discurso da Procuradora de Justiça Marcia Tamburini na íntegra:**

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, excelentíssima Senhora Corregedora, excelentíssimos membros desse Colegiado, que, pela a sua própria natureza, já se mostra especial.

Não é sem emoção que eu estou aqui, que tomo posse, não obstante seja o segundo período em que terei a honra e o prazer de dividir com colegas, com esse excelentíssimo grupo de Procuradores de Justiça, a responsabilidade pelas decisões que serão aqui tomadas.

Depois de quase 27 anos no Ministério Público, essa trajetória, esse tempo percorrido de muitos desafios, muita força de vontade para superá-los me fez chegar até aqui e me deu a honra de não só poder estar junto de amigos, mas a possibilidade ainda maior de aprender um pouco mais. O aprendizado nunca se completa: ele se refaz a cada dia, ele se aprimora a cada dia. E não é o tempo de estudo, a qualificação de cada um de nós que nos impulsionará adiante, mas é a consciência que sempre temos a aprender, a consciência de que a nossa função tem, acima de tudo, um compromisso social e é isso que faz desse órgão mais especial. A possibilidade de alterar a trajetória do Ministério Público, a possibilidade de aprimorar a nossa instituição e, mais ainda, a certeza de que, dessa união de esforços e dessa união de propósitos, faremos uma instituição melhor.

A cada dia, lutaremos com certeza pelo engrandecimento dessa casa, pelo engrandecimento dessa instituição. E não será sem a contribuição de cada um dos que estão aqui que conseguiremos isso. Essa união de esforços torna essa instituição cada dia maior e cada dia mais forte na defesa da sociedade.

Obrigada a todos, obrigada especialmente àqueles que me confiaram seu voto. Tenho muito a agradecer, especialmente ao Procurador-Geral de Justiça, e que eu tive a honra de ver a minha trajetória no Ministério Público reconhecida quando fui honrada com a mais alta honraria, mais alto, mais elevado prêmio nessa casa: o colar de mérito. Ainda me sinto devedora, ainda tenho certeza que tenho muito a fazer, mas me coloco mais uma vez à disposição dessa instituição e renovo meu compromisso com o Ministério Público, com o Órgão Especial e, sobretudo, com a sociedade, muito obrigada.



## MPRJ realiza sessão solene de recepção de novo Procurador de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, no dia 3 de fevereiro, na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, a solenidade de recepção do novo Procurador de Justiça Gianfilippo de Miranda Pianezzola.

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, abriu a sessão. O termo de recepção foi lido pela secretária do Órgão Especial, a Procuradora de Justiça Patrícia Glioche. A procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, por sua vez, saudou o recepcionado em nome do Órgão Especial.

Em seu discurso, o agora Procurador de Justiça Gianfilippo Pianezzola agradeceu o apoio de familiares e demais pessoas importantes ao longo de seus 25 anos no MPRJ. Pianezzola recordou o grande aprendizado que teve em sua trajetória e ressaltou a alegria de encarar uma nova fase na carreira: “Início com o mesmo entusiasmo de quando ingressei no Ministério Público do Rio, em 1994, sabedor das diferenças na atuação junto ao Tribunal de Justiça e certo de que não existe função rotineira no rol de atribuições do *Parquet*”.

Ao encerrar a sessão, o PGJ aproveitou para ressaltar que o Segundo Grau se renova com a posse de Gianfilippo Pianezzola como Procurador de Justiça: “Tenho certeza que o seu conhecimento e experiência irão arejar e modernizar o pensamento do segundo grau”, afirmou Gussem.



#### **Discurso do Procurador de Justiça Gianfilippo de Miranda Pianezzola na íntegra:**

Excelentíssimo Dr. Eduardo Gussem, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; excelentíssima Dra. Luciana Sapha, Corregedora-Geral do Ministério Público; excelentíssima Dra. Patrícia Glioche, minha colega de concurso, em nome de quem eu saúdo todos os amigos, colegas, esses rostos amigos que vejo aqui hoje, não só nesse Órgão, como também na assistência.

Eu hoje até pensei em fazer um discurso de improviso, mas de manhã descobri que não seria capaz, então resolvi escrever algumas palavras para não me perder na emoção que eu agora irei ler aqui.

A cerimônia de hoje simboliza minha chegada ao ápice de nossa carreira, iniciando um novo ciclo de vida, agora, como Procurador de Justiça. A estrada até esse momento foi longa: vinte e cinco anos, mas foi extremamente agradável trilhá-la. Tenho orgulho do aprendizado e do trabalho realizado em todas as promotorias em que atuei, bem como dos 8 anos que servi junto à administração do Ministério Público como Coordenador de Centro de Apoio, Assessor e Ouvidor-Geral. Uma experiência

incrível, que me permitiu conhecer as dificuldades dessas funções, especialmente quando coordenei as centrais de inquérito. Deste período, guardo com grande orgulho o trabalho junto à nossa Ouvidoria, órgão vital para interlocução com a sociedade.

Nessa jornada, fui acompanhado por muitas pessoas, as quais devoto minha gratidão. Algumas delas vocês podem ver, começando por meus padrinhos nesta cerimônia, dois grandes amigos: Talma Castello Branco, homem de determinação e coragem pessoal ímpar, qualidades acaricidas de uma grande generosidade; e Marfan Martins Vieira, o qual é um ícone do Ministério Público Brasileiro e não precisa de apresentação, suas realizações são amplamente conhecidas. Conheci Marfan durante minha prova oral, aliás, sempre muito lembrada, principalmente nos concursos por ele presididos, surgindo ali uma amizade quase que imediata da qual tenho muito orgulho. Seu atuar, Marfan, para mim é uma referência. Aos meus dois padrinhos, agradeço a honra que me proporcionaram hoje.

Muitas outras pessoas que vocês não podem ver colaboraram em minha carreira e me acompanharam, pois estão em mim. Essa lista se inicia com a minha mãe, Maria Luiza, que sempre me apoiou e incentivou de modo ilimitado; e com meu pai Gian Benito, com quem aprendi a postura correta de um advogado. Que saudade! Ainda sem sair de casa, contei com o exemplo de três tios, muito presentes em minha juventude, todos da Justiça Militar, Teócrito, Téodo e Francisco Miranda, os dois primeiros, juízes auditores, e o terceiro, Procurador do Ministério Público Militar. Com eles aprendi o que é colocar a consciência, a humanidade e a verdade acima de tudo. Também conheci a injustiça da perseguição de um regime que não admitia a independência judicial, durante um dos períodos mais nebulosos nesse país. Porém, nunca vi neles arrependimento por fazer o que acreditavam certo, apesar da pesada perseguição; um exemplo difícil que tento seguir, mesmo durante a democracia.

Não posso deixar de mencionar outras grandes figuras que contribuíram para minha formação, como os Desembargadores Eduardo Jara e Paulo Fabião, meus vizinhos na rua Henrique Fleiuss, na Tijuca. Os Desembargadores Jorge Alberto Romiro Junior, meu querido professor na Nacional de Direito, e Bernardo Moreira Garcez Neto, outro grande amigo e exemplo de homem reto, hoje Corregedor-Geral da Justiça. Do Ministério Público, entre tantos expoentes, vou me limitar em mencionar três, se não essa sessão não acabaria hoje. Mauro Campello, nosso ex-Decano, um amigo da vida inteira que conheci desde a infância; e nossos ex-Corregedores Décio Gomes e César Romero, exemplos de Procuradores de Justiça, os quais me acolheram com muita generosidade e amizade. Agradeço ainda a parceria dos delegados de polícia, dos oficiais da PM, dos oficiais do corpo de bombeiro, dos defensores públicos, dos advogados e especialmente de todos os funcionários do MP com quem tive a honra de trabalhar, sem os quais não teria realizado tantos projetos.

Guardei meu maior agradecimento para minha esposa, Viviane, que tanto me incentiva e apoia nessa aventura, que é a vida e aos meus filhos, Giovanna e Felipe, que são o maior orgulho da minha existência.

Nesse momento, volto ao início para sanar uma falha na saudação inicial. Quem me conhece sabe o quanto eu estou emocionado hoje. Assim, quero agradecer agradecer a presença do meu grande amigo, Ertulei Laureano, Presidente da nossa Associação, um amigo da primeira hora no Ministério Público e depois de todas as horas. Muito obrigado, Ertulei.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que, abrindo mão de suas ocupações, aqui comparecem para me ver Procurador de Justiça. Início essa nova fase com o mesmo entusiasmo que ingressei no Ministério Público em 1994, sabedor das diferenças da atuação junto ao Tribunal de Justiça e certo de que não existe função rotineira no roll das atribuições do *Parquet*. Com esse espírito, termino esse fala lembrando a lição de um ícone meu, o general americano Douglas Macarthur: “Uma pessoa não se torna velha por viver um determinado número de anos, torna-se velha por desertar de seus ideais. Os anos enrugam a pele, mas desistir de um ideal enruga alma”.

Sobre essa ótica, meu cabelo continua castanho e com a graça de Deus sinto meus ideais pulsando forte.

Muito Obrigado!



## **MPRJ empossa quatro novos Promotores de Justiça substitutos**

O MPRJ, por meio do Conselho Superior, realizou solenidade de posse de quatro novos Promotores de Justiça substitutos: William Teitel, no dia 13 de fevereiro, e Décio Viegas de Oliveira, Luisa Thury Mosqueira de Azevedo e Marcelo Abramovitch, no dia 19 de março, todos aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público.

Ambas as sessões foram presididas pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem. Na cerimônia de posse de William Teitel, estavam ao lado do PGJ a Corregedora-Geral, Luciana Sapha, e a Procuradora de Justiça Anna Maria Di Masi. Em sua fala, o PGJ destacou a presença de diversas autoridades e fez uma referência especial à família do novo Promotor de Justiça, entre eles seu pai, o juiz federal Vigdor Teitel, e sua mãe, a advogada Fanny Teitel, presentes ao evento. Já por ocasião da cerimônia de posse de Décio Viegas, Luisa Mosqueira e Marcelo Abramovitch, que excepcionalmente se deu no espaço externo do 4º andar do edifício-sede, o PGJ agradeceu a cada integrante do Conselho Superior do MPRJ pelo empenho e compreensão por realizarem o evento em meio à situação enfrentada no Rio de Janeiro e no Brasil de combate à epidemia. Em suas falas, Gussem ressaltou o compromisso a ser assumido pelos novos Promotores, propondo uma atuação resolutiva e preventiva.

Após a leitura do termo de compromisso por William Teitel, o Secretário-Geral do MPRJ, Dimitrius Viveiros Gonçalves, fez a apresentação do termo de posse, assinado logo em seguida. O Procurador de Justiça Dennis Aceti Brasil, por sua vez, fez a saudação ao novo membro, lembrando-o que deverá buscar no texto da Constituição Federal as ferramentas e os fundamentos para suas mais altas e dignificantes tarefas, sempre em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais

indisponíveis. Em seu discurso de posse, William Teitel destacou a importância do MPRJ, do qual passa a fazer parte. “Instituição combativa por excelência que, seja por si própria, seja pela associação dos membros, envida esforços junto aos outros poderes com o fim de obter condições melhores ao efetivo cumprimento de sua atividade-fim. T tamanha responsabilidade deve ser tida em conta pelos novos membros, imiscuídos do dever de manter o legado da instituição em que ingressam”, afirmou.



O Termo de Posse dos novos Promotores de Justiça Décio Viegas, Luisa Mosqueira e Marcelo Abramovitch foi lido pelo chefe de gabinete do Procurador-Geral de Justiça, o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis. Responsável pelo discurso de boas-vindas aos novos integrantes, a Conselheira e Procuradora de Justiça Viviane Tavares Henriques parabenizou os novos Promotores e destacou em seu discurso que, em face da situação vivida no país e, em especial, no Rio de Janeiro, aconselharia os novos membros, como formadores de opinião e agentes de transformação, a atuarem sempre em favor da sociedade. Em seu discurso de posse, Luisa Thury agradeceu ao PGJ e ao Conselho Superior o empenho na realização da cerimônia e destacou também o atual momento vivido pela sociedade e os esforços do MPRJ na fiscalização do cumprimento das leis. Décio Viegas, que leu o Termo de Compromisso perante os presentes, destacou a necessidade de uma atuação mais enfática do MPRJ em um momento em que a sociedade conta com a instituição. Marcelo Abramovich afirmou que a atual situação deve motivar e impulsionar ainda mais a sua missão como Promotor.

Diversas autoridades participaram da cerimônia de posse de William Teitel, como o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira; o presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Procurador Ertulei Laureano Matos; o Subprocurador-Geral de Justiça de assuntos Criminais e Direitos Humanos, Ricardo Ribeiro Martins; o Chefe de Gabinete, Virgílio Stavridis; a Promotora de Justiça Georgea Marcovecchio Guerra, diretora-presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público (Femperj); o juiz federal Paulo André Espírito Santo e o Procurador do Banco Central, José Eduardo Ribeiro, entre outras personalidades.

A cerimônia de posse de Décio Viegas de Oliveira, Luisa Thury Mosqueira de Azevedo e Marcelo Abramovitch foi igualmente prestigiada por autoridades como os membros do Conselho Superior, Marcelo Daltro Leite, Anna Maria Di Masi, Viviane Tavares Henriques, Galdino Augusto Bordallo e Vera Regina de Almeida; a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha; além de vários membros da instituição e de familiares dos empossados.

#### **Discurso de posse do Promotor de Justiça William Teitel na íntegra:**

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, José Eduardo Ciotola Gussem; demais autoridades presentes; ilustres familiares e amigos.

Certa vez, Barbosa Moreira afirmou que “convém que os discursos sejam poucos. Se possível, bons. Em qualquer caso, breves”. Garanto que breve será.

Quando adolescente, li um livro cujo autor tentava convencer sua comunidade a aderir a uma ideia aparentemente inalcançável. Uma frase em especial me marcou: “se quiseres não será só um sonho”. Guardadas as devidas proporções, a frase de Theodor Herzl me acompanhou ao longo de toda a trajetória que resultou no dia de hoje.

Após dedicar os 5 anos de faculdade e os anos posteriores à iniciativa privada, abandonar a advocacia e iniciar o estudo para concurso público não foi fácil. É como subir uma escada em que só se enxerga o próximo degrau. Sozinho. Ninguém pode estudar ou fazer a prova por você. Foi necessário seguir uma rotina militar de estudos, reduzir os eventos sociais e lidar constantemente com todo tipo de adversidades, mas principalmente com pressão: pressão nos momentos anteriores à entrega das provas; na divulgação dos resultados; quando o nome é anunciado pela comissão de concurso; nas intermináveis horas na sala de confinamento; ao atravessar uma sala lotada de pessoas que vieram assistir a minha prova oral. Por 4 dias seguidos. Essas são apenas algumas das situações invisíveis aos olhos dos outros. Mas, como disse a Ministra Cármen Lúcia, a vida não perdoa dissidentes. E todo esse percurso faz parte do ritual de passagem para uma nova fase: integrar o Ministério Público.

Certa vez li que se Montesquieu estivesse vivo hoje, sua Teoria seria dos Quatro Poderes do Estado, incluindo, ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério Público. Apesar de incerta a origem desta Instituição, é certo que o MP

é produto de uma longa evolução histórica. Emerson Garcia leciona que quando os romanos foram privados do poder político pelo Império, ninguém assumiu o risco de denunciar os criminosos. Séculos mais tarde, com o fim da Revolução francesa e o surgimento da República, os procuradores do Rei da França passaram a ter autonomia e a exercer a função de acusador. De procuradores do Rei passaram, então, à condição de procuradores da sociedade, de fiscais dos interesses sociais. E é a isso que me refiro quando me perguntam: “Promotor é quem acusa, certo?”. Não, ser promotor é muito mais do que isso. De fato, talvez a atribuição não criminal seja menos conhecida, mas igualmente essencial. É defender os interesses de maior relevância de uma sociedade: a democracia, a saúde, a educação, a segurança, o patrimônio público, o meio ambiente, entre muitos outros. E, em nosso estado, a sensação é de que todos esses interesses são violados simultânea e regularmente de longa data.

Dentro dessa conjuntura, há mais de 100 anos que o Ministério Público no Rio de Janeiro serve o povo fluminense com o propósito de tornar sua vida mais digna e justa, buscando a concretização de direitos e a solução dos problemas sociais. Instituição combativa por excelência que, seja por si própria, seja pela associação dos membros, envida esforços junto aos outros poderes com o fim de obter condições melhores ao efetivo cumprimento de sua atividade fim. Tamanha responsabilidade deve ser tida em conta pelos novos membros, imiscuídos do dever de manter o legado da instituição em que ingressam. É elucidativo um paralelo com a metáfora de Ronald Dworkin a respeito da criação Direito como um romance, no qual cada autor escreve um capítulo. Assim, a partir do capítulo seguinte, o autor terá que considerar os anteriores para que o romance tenha sentido. A troca de bastão entre as gerações, contudo, não é algo trivial.

Os desafios e as controvérsias jurídicas mudaram bastante. François Ewald, se referindo ao século XIX, escreveu que as categorias do Direito Civil eram insuficientes para resolver os problemas postos pela industrialização. É possível dar um verniz de atualidade a essa frase. Hoje, as categorias do Direito são insuficientes para resolver os problemas postos pela 4ª Revolução Industrial. As novas tecnologias e suas externalidades são o novo desafio do Ministério Público. Inteligência Artificial, internet das coisas, crimes cibernéticos, privacidade e proteção de dados são apenas alguns exemplos que desafiarão a atuação do promotor de justiça do século XXI.

No entanto, como já afirmou Galileu, “a condição natural dos corpos não é o repouso, mas o movimento.” E sem dúvidas o Ministério Público fluminense está em constante movimento. Laboratório de inovação que usa tecnologia da informação e o processamento de dados; Centro de Pesquisas; plataformas de análise, diagnóstico e georreferenciamento; *data Science*; inteligência artificial, entre outros. Todo esse aparato poderia ser encontrado em uma empresa no Vale do Silício, mas se situa, agora mesmo, nesse prédio. O Ministério Público do Rio está atento à realidade que o circunda ao adotar medidas que o colocam à altura dos novos desafios. Principalmente ao priorizar atuações preventivas e antecipar situações de crise. É uma mudança de paradigma.

Mas todo esse arsenal colocado à disposição do promotor de justiça é insuficiente se não estiver aliado a dois fatores. Primeiro, o compromisso com a Instituição, seus membros e a sociedade de não se render às pressões espúrias, não se submeter às maiorias de ocasião, ao poder político ou econômico. Exatamente como redigido no decálogo do promotor de justiça: não te curves a nenhum poder, nem aceites outra soberania senão a Lei.

Segundo, a visão humanista da vida. Viver é uma eterna injustiça e ninguém passará imune a ela. Às vezes o problema é de saúde, outras vezes, de caráter, alguns solucionáveis e outros não. As pessoas são diferentes umas das outras; com formação, experiências e valores distintos. Por isso, é imperioso não se satisfazer com apenas um lado da história e garantir o contraditório antes da tomada de decisão. Principalmente como decorrência da empatia com o próximo. Segundo o escritor israelense Amos Oz: “precisamos de um senso de justiça, mas também de uma capacidade profunda de imaginar o outro, às vezes de nos colocarmos na pele do outro. Isso não significa justificá-lo, mas ter a capacidade de enxergar seu ponto de vista”. É aí que reside a sensibilidade necessária à atuação do promotor de justiça. A esperança de uma pessoa, de uma família ou de toda uma comunidade pode estar depositada na sua atuação. Por isso, ser honesto, justo e cordial, mesmo com aquele acusado das piores atrocidades, é a obrigação do Promotor de Justiça.

Sobre o tema, é bastante pertinente um discurso de colação de grau proferido certa vez pelo Ministro Luis Roberto Barroso: “desejo a vocês o mesmo que desejo aos meus filhos: que vivam uma vida ética, que sejam realizados no que fizerem e que sejam pessoas felizes. (...) Haverá dias de sol e noites de lua. (...) Mas virão também as tempestades (...). São parte inevitável da vida. Os valores servem para essa hora. Eles são a bússola que apontará a direção que impedirá que se fique à deriva. A ética envolve a percepção do outro, o respeito pelos valores do próximo, a tolerância com a conduta de quem é diferente de nós. Bastar-se a si próprio é a pior solidão. O processo civilizatório é um projeto comum e consiste em fazer de cada um o melhor que possa ser. É preciso ter olhos para o mundo e não apenas para si. Na vida, a gente deve ser janela e não espelho. A maior liberdade é a da boa-fé, dos bons sentimentos, da paz interior.”

Assim, me dirijo ao final do discurso. Gostaria de agradecer aos meus pais, a quem jamais conseguirei retribuir em uma só vida tudo o que me proporcionaram; a meus familiares; aos amigos, pelo companheirismo de sempre; à Nathalie, pelo apoio em embarcar numa jornada sem ponto de chegada visível e por me ensinar a ser uma pessoa melhor; e especialmente à Amanda, minha irmã, a primeira colocada do concurso, que, no momento da divulgação de sua aprovação, me ajudava para a minha prova oral do dia seguinte. Vencemos as probabilidades e fomos aprovados no mesmo certame. A quem deixo duas frases: o tempo dá a dimensão adequada aos fatos, atenua a dor e traz a sabedoria; e, segundo, trecho da canção de Renato Russo: “Não temos tempo a perder, mas temos todo o tempo do mundo. Temos o nosso próprio tempo”.

Obrigado.

**Discurso de posse da Promotora de Justiça Luísa Thury Mosqueira de Azevedo na íntegra:**

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Doutor José Eduardo Ciotola Gussem; demais autoridades presentes; queridos amigos e familiares. Hoje não realizarei o discurso que havia preparado, contudo, de forma muito breve, gostaria de agradecer imensamente aos esforços do Procurador-Geral de Justiça e deste Conselho Superior de viabilizar a nossa posse no dia de hoje.

Sabemos que os tempos são de cautela e rearranjos, por isso, gostaria, também, de agradecer, em nome de todos os aprovados, a dedicação desta Instituição para manter os concursos de remoção e promoção que permitiram as futuras posses. A atual crise gerada pelo Corona Vírus evidencia e agrava problemas sociais há muito existentes.

Hoje, ingressamos no Ministério Público ainda mais motivados a cumprir a nossa missão Constitucional, pois sabemos que na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis que reside a esperança por dias melhores.

Muito obrigada, uma boa tarde.

# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

111, 122, 124-125, 145, 147-150, 153-157, 297-298, 301;

## **ACEITAÇÃO DEFENSIVA**

179, 183;

## **ACESSO AO TERRITÓRIO**

207;

## **AUTONOMIA E DIGNIDADE**

224;

## **CELERIDADE**

68, 172, 176, 178, 191;

## **CIDADANIA**

53, 56, 60, 68-70, 90, 207-209, 249, 297, 299, 308;

## **COLETIVIDADE**

24, 36, 50, 78, 101, 108, 110, 133, 141, 193, 195, 232, 250-253;

## **COMPLEXIDADE**

21, 37, 101, 108, 110, 113-115, 125-126, 133, 165, 236, 262, 264, 424;

## **COMUNICAÇÃO À VÍTIMA**

179, 185;

## **CONSENSUALIDADE**

102, 108, 114-115, 121, 123, 132-133, 175-176;

## **CONSTITUIÇÃO DE 1988**

149, 159-164, 166-167, 223, 424;

## **CONSUMO**

58, 187, 191, 239, 241, 242-243, 364, 367;

## **CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA BICICLETA**

53, 72;

## **CONTEXTOS**

130, 188;

## **CUMPRIMENTO**

35, 59, 119-120, 122-123, 128-129, 150, 175-176, 179-180, 183-185, 204, 233, 247, 254, 273-274, 281-282, 286-289, 302, 357, 392, 403, 405, 407-408, 410-411;

## **DECISÃO DE SEGUNDA INSTANCIA**

203;

## **DECISÃO ESTRUTURAL**

101-103, 109-110, 116-119, 122, 124, 126, 128, 133;

## **DELINEAMENTO DO INDÍCIO**

43-45;

## **DESCUMPRIMENTO**

23, 179, 185, 204, 287, 289;

## **DESIGUALDADES SOCIOECONÔMICAS**

236, 263;

## **DESJUDICIALIZAÇÃO**

171-172, 175-178;

## **DEVER DO ESTADO**

159-162, 165-168, 386;

## **DEVOLUÇÃO**

179, 184;

## **DIALÉTICA ERÍSTICA**

215-216;

## **DIGNIDADE HUMANA**

222-224, 241;

## **DIREITO**

19-21, 29-32, 37-38, 47, 50, 53-72, 85, 90-91, 103-106, 108-110, 112-115, 121-130, 137, 139-141, 146-149, 151-153, 156, 159-163, 165, 167, 171-180, 182, 185, 187-191, 196, 204, 207-210, 216, 219, 221-225, 227-229, 233-236, 241-242, 249-255, 257, 257-265, 268-273, 275-278, 280, 282-288, 292, 296, 297, 299, 301, 304-306, 308, 310-312, 356, 364, 370, 383-387, 389, 392, 399, 405, 407, 410-416, 418, , 420-421, 424, 426-429, 433, 443, 445, 447, 448;

## **DIREITO À CIDADE**

53-61, 63, 70;

## **DIREITO FUNDAMENTAL**

65, 103, 159-161, 165, 167, 168, 178, 249-251, 257, 264-265, 270, 428;

## **DIREITO INTERTEMPORAL**

179-180;

## **DIREITO PENAL**

19-21, 29-31, 28, 219, 308, 364, 412, 420;

**ECOLINGUÍSTICA**

187-189, 192-193, 195-198;

**ECONOMIA**

53, 58, 60, 75, 82-89, 96, 105, 138-139, 142, 150, 191, 239, 241, 243, 257-259, 262, 265, 267, 282-284;

**EFICIÊNCIA**

72, 144, 159, 172, 176, 254, 269, 274-275;

**EMOÇÕES**

19-20, 24-28, 37, 39-40;

**ESTADO**

19, 25, 32, 41, 43, 50, 53, 56-57, 59-60, 65, 67, 71, 80-81, 83, 85, 89, 91-92, 101-110, 112-114, 116-122, 124-125, 128-129, 131, 133, 136-139, 142-143, 145, 149-155, 157, 159-168, 171, 179, 187, 190-191, 193, 198, 203, 205, 207-209, 215, 219, 222, 224, 229, 234, 236, 247-253, 257-258, 261, 265-266, 268, 271-273, 277-279, 287, 294, 298, 301-303, 305, 307-311, 320, 328, 341, 346-347, 358, 370-381, 383, 385-401, 403-404, 412-416, 418, 420-421, 423, 426, 432-433;

**ESTADO DE COISAS**

104, 106-108, 113, 116-117, 121, 124-125, 133;

**ESTRATAGEMAS**

215-219;

**EXTRAJUDICIAL**

139-142, 151, 171-178, 299;

**FENOMENOLOGIA**

227-230;

**FILOSOFIA MORAL**

221-222, 232;

**FUNDAMENTOS**

101, 141, 197, 203-204, 210, 227, 237, 257, 259, 273, 367, 403;

**FUNDO DE PARTICIPAÇÃO**

137, 372-376, 381, 383, 392-393, 395, 397-398;

**HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL**

179, 184-185;

**INDÍCIO**

43-50, 209, 278, 363, 368-369, 415;

**INSTAURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO**

43, 48-49;

**INTERAÇÃO**

46, 93, 129, 187-197, 229;

**JOHN RAWLS**

231-237;

**JUÍZO DE FATO**

45-46, 49-50;

**JUÍZO DE VALOR**

45-46, 48-50, 250;

**JURISTA**

139, 146, 148, 152, 160, 162, 190, 203, 231-232, 265, 269, 273;

**KANT**

221-225, 237;

**LEGITIMIDADE ATIVA**

145, 154, 304;

**LIBERDADE**

33, 35-37, 47, 58, 60, 124, 151, 160-162, 175, 189-190, 207-208, 210, 221-225, 232, 235-237, 239-240, 242, 249-250, 253, 263, 265, 283, 356, 384-385, 390, 397, 406-407, 409-411;

**LINGUAGEM**

28, 71, 187-189, 191-192, 194-198;

**LIVRE ARBITRIO**

19, 21, 29-31;

**MOBILIDADE URBANA**

53-67, 70-72, 74-75, 77, 80, 82-83, 85, 88, 90-92, 94-97, 99-100, 302;

**MOVIMENTOS CIVIS**

53, 66, 91-93;

**MULTIPOLARIDADE**

101, 108, 110-112, 114-115, 126, 133;

**NATUREZA JURÍDICA**

148, 174, 179, 182, 257, 271, 381;

**NEUROCIÊNCIAS**

19-21, 23-24, 29-30-31, 37, 41;

**PANDEMIA**

139, 239, 242-243;

**PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS**

137;

**PRINCÍPIO DA DIFERENÇA**

235-236;

**PRINCÍPIO DA IGUAL LIBERDADE**

235;

**PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE JUSTA**  
237;

**PRINCÍPIOS DA FUNDAMENTAÇÃO**  
221;

**PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA**  
231, 233, 235;

**PRISÃO**  
91, 103, 118, 203-204, 208, 242, 262, 294,  
307, 334;

**PROCEDIMENTO BIFÁSICO**  
102, 108, 114-115, 133;

**PROCEDIMENTO COMUM**  
102, 131-134;

**PROCESSO ESTRUTURAL**  
101-102, 104-105, 107-108, 110-117,  
121-124, 126-127, 130-131, 133-134-136;

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
145, 151-152, 154-155, 247, 292-293, 307,  
348;

**PSICOPATIA**  
19-25, 27-29, 31-41;

**QUALIDADE DE VIDA**  
53, 58, 65-66, 82, 90;

**REESTRUTURAÇÃO**  
79, 99, 104-108, 116, 118-119, 121, 133,  
137, 141-143;

**REQUISIÇÃO**  
43, 48-50, 302;

**RESPONSABILIDADE DE TODOS**  
159-162, 166-168;

**RETÓRICA**  
215, 217;

**SEGURANÇA PÚBLICA**  
65, 159-168, 262-263, 268, 273, 297, 323,  
344, 366;

**SERVIÇO**  
56, 61, 65-67, 71, 79, 82, 85-86, 88, 91,  
104, 129, 141, 166-167, 172-174, 178, 181,  
183, 185, 241-242, 247-248, 251, 264,  
266-268, 275, 277, 279, 283, 292, 294,  
297-299, 321, 323-324, 329-330, 341,  
344, 349, 356, 375-378, 383-384, 387  
394, 397, 431;

**SHOPENHAUER**  
215;

**SINDICABILIDADE DO PROCESSO  
FORMATIVO**  
43, 47;

**SOCIABILIDADE**  
239, 241

**SOCIEDADE**  
221, 223, 229, 231-237, 239, 241-243,  
249-250, 253, 258-260, 262, 264-265,  
268-269, 271, 275-276, 280, 283, 286-  
288, 305, 310, 332, 346, 424;

**STANDARD DO PROCESSO FALIMENTAR**  
102, 115-116;

**TIPO DO ART. 27 DA LEI Nº 13.869/2019**  
43, 47.

# Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Luiza Torezani**  
Coordenação-Geral  
**Agnaldo Alves**  
Controle Administrativo  
**Rebeca Aismini**  
Coordenação de Editoração  
**Lucas Sampaio**  
Estagiário

**Cristina Siqueira**  
Coordenação de Revisão  
Coordenação de Produção  
**Anderson da Rocha**  
Revisão  
**Bruna Paiva**  
**Luiz Otávio Maia**  
Estagiários

**Davi Kaptzki**  
Projeto Gráfico  
**Jonas Cruz**  
Design Gráfico  
Foto da capa

## Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

[revista.assina@mprj.mp.br](mailto:revista.assina@mprj.mp.br)

## Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

[www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

[revista.publica@mprj.mp.br](mailto:revista.publica@mprj.mp.br)

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

[revista@mprj.mp.br](mailto:revista@mprj.mp.br)