

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

## **República Federativa do Brasil**

### **Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União  
MAURÍCIO CORREIA DE MELLO

### **Câmara Editorial do Boletim Científico**

#### **Ministério Público Federal**

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (COORDENADORA)  
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER  
Procurador da República

#### **Ministério Público do Trabalho**

HELDER SANTOS AMORIM  
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO  
Procurador Regional do Trabalho aposentado

#### **Ministério Público Militar**

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA  
Procuradora de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA  
Promotora de Justiça Militar

#### **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB  
Procuradora de Justiça



# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 14 – Número 46 – Edição Especial 2015  
Brasília-DF



**Boletim Científico**  
**Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU  
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar  
70200-640 – Brasília-DF  
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185  
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>  
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>  
Site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2015. Todos os direitos autorais reservados.

**Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional**

Nelson de Sousa Lima

**Assessoria Técnica**

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

**Assessoria Técnica – Projetos Editoriais**

Carolina Soares dos Santos

**Preparação de originais e revisão de provas**

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Anna Lucena, Glaydson Dias Mendes,  
Bárbara Carolina Vanderley Boaventura, Bárbara Coelho de Souza

**Assessoria Técnica – Programação Visual**

Natali Andrea Gomez Valenzuela

**Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato

**Diagramação**

Sheylise Rhoden

**Impressão**

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268  
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112  
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

**Tiragem: 3.500 exemplares**

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

**Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 14, n. 46, Edição Especial, 2015

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

## Editorial

No momento em que o Poder Legislativo analisa pontos importantes do projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010), às vésperas da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e na iminência da realização de novas eleições municipais no Brasil, a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne em edição especial do *Boletim Científico* os pontos de vista de dez estudiosos acerca de temas de relevância do direito penal e processual penal, do direito processual civil e do direito eleitoral.

Os autores colaboram com análises críticas sobre tópicos como a responsabilidade penal da pessoa jurídica sob uma visão sistemática e evolutiva do ordenamento jurídico pátrio; e a mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Também se destacam textos que envolvem a reforma promovida na quesitação do Tribunal do Júri pela Lei n. 11.689/2011; a importância da consideração dos usos e costumes para aferir-se a existência de crime e a culpabilidade dos índios; e a licença prévia do Parlamento para processo penal contra governador sob o enfoque do princípio federativo.

Os artigos examinam ainda os limites objetivos da coisa julgada e as relações jurídicas continuativas; a compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial coletivo pela via da ação civil pública; as prerrogativas de direito da Fazenda Pública com fundamento no constitucionalismo brasileiro atual; e a submissão da Administração Pública ao princípio da eficiência.

A seção dedicada à matéria eleitoral aborda o instituto da inelegibilidade reflexa ou por projeção e apresenta as novas disposições procedimentais do Código de Processo Penal aplicadas ao processo criminal eleitoral.

Boa leitura!

CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Procurador da República

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

**Direito Penal e Processual Penal**

Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher  
*Andréa Tavares Ribeiro* ..... 11

Responsabilidade penal da pessoa jurídica – aspectos pontuais  
*Gladys da Costa Vasconcelos* ..... 33

Quesitação no Tribunal do Júri – problemática envolvendo a aplicação da nova redação do art. 483, III, e § 2º, do CPP  
*Iara Cristina Nogueira Biscola* ..... 65

O lugar da cultura na culpabilidade dos índios  
*Márcio Andrade Torres* ..... 97

A licença prévia do Parlamento para processo penal contra governador sob o enfoque do princípio federativo  
*Roger Machado* ..... 119

**Direito Processual Civil**

Os limites objetivos da coisa julgada e as relações jurídicas continuativas  
*Julian Ritzel Farret* ..... 145

Compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial (moral) coletivo pela via da ação civil pública  
*Mário Cezar Pinheiro Machado Teixeira* ..... 173

A (in)constitucionalidade das prerrogativas de direito da Fazenda Pública em juízo  
*Wilson Bernardino de Macedo Neto* ..... 207

## **Direito Eleitoral**

Da inelegibilidade reflexa na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio republicano

*Iuri Jivago Gurgel Fernandes* ..... 239

Aplicação do Código de Processo Penal ao processo criminal eleitoral

*José William de Melo Junior* ..... 275

**Direito Penal e  
Processual Penal**

# Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher

Andréa Tavares Ribeiro

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo examinar, de modo sistêmico e crítico, a (in)adequação do processo penal para a solução de alguns conflitos que envolvem crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando demonstrar que a mediação penal é a melhor alternativa para determinados casos. Diante da necessidade de adoção de outros meios para responder ao fenômeno do crime (por meio de resposta não-afletiva), frente ao atual fracasso do paradigma punitivo (aqui, pressuposto), defende-se a justiça restaurativa e seus instrumentos, em especial a mediação penal, como alternativa de resposta ao delito, ao lado do processo penal. Será apresentado um aprofundamento no estudo dos conflitos de gênero, no qual se demonstra que o crime ambientado nesse cenário, em certos casos, não deve ter seu enfrentamento reduzido a uma solução de cunho meramente jurídico (o processo penal), visto que inadequado ou, no mínimo, insuficiente à harmonização do problema. Em seguida, conceitua-se a mediação penal, seus principais contornos e fundamentos e, por fim, verifica-se sua compatibilidade para casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa. Mediação penal. Violência doméstica e familiar contra a mulher.

**Abstract:** This paper aims to examine, in a systemic and critical way, the (in) adequacy of criminal proceedings for resolving some conflicts involving crimes committed with domestic and family violence against women, seeking to demonstrate that mediation is the best alternative to individual cases. Considering the need to adopt other means to respond to the phenomenon of crime (through non-distressing responses) against

the current failure of the punitive paradigm (as an assumption), this study defends the restorative justice and its instruments, in particular the mediation as an alternative answer to the offense alongside the criminal proceedings. Deepening the study of gender conflicts, it proves that the crime located in this scenario, in certain cases, should not be reduced to a solution of purely legal nature (criminal proceedings), since that will be inappropriate or at least insufficient to the harmonization of the problem. Then, the mediation, its main outlines and foundations are conceptualized and its compatibility for cases of domestic violence against women is checked.

**Keywords:** Restorative justice. Penal mediation. Domestic and family violence against women.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Justiça restaurativa – conceitos e princípios básicos. 3 Quadro da violência doméstica e familiar contra a mulher: a complexidade do conflito. 4 Mediação penal como alternativa ao processo penal. 4.1 A mediação penal no ordenamento jurídico brasileiro e a Lei Maria da Penha. 5 Com a palavra, as mulheres. 6 Conclusões.

## 1 Introdução

Desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, homens e mulheres no Brasil são iguais em direitos e obrigações – pelo menos é o que enuncia o inciso I do art. 5º da Carta Magna. No entanto, não obstante os avanços legais no reconhecimento e proteção dos direitos das mulheres, nota-se que a violência de gênero ainda é uma cruel realidade revelada em números alarmantes.

Embora muito se discuta acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher – principalmente nos últimos anos, com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) –, as pesquisas demonstram que a ampliação da rigidez da legislação penal e processual penal reguladora do problema não foi acompanhada pela diminuição nos índices desse tipo de violência.

Se, por um lado, é possível defender que o advento da Lei n. 11.340/2006 tenha representado um avanço legislativo na proteção dos direitos humanos da mulher, por outro lado, recentes dados sobre esse tipo de violência nos permitem afirmar que, em verdade, o citado

diploma normativo não tem sido apto a, efetivamente, solucionar o conflito dentro do qual a referida violência ambienta-se. Tal constatação comprova-se, com facilidade, pela análise dos altíssimos índices de reincidência dos delitos em comento. Com isso quer-se afirmar que a punição do agressor, em significativa parcela dos casos, ainda que severa, simplesmente não resolve o problema.

Isso porque, em primeiro lugar, a violência contra a mulher enquanto mulher é questão muito mais densa e complexa do que um tipo penal e uma cominação legal a ele correspondente, envolvendo fatores de cunho psicossocial, histórico e cultural, conforme será demonstrado no desenvolvimento deste estudo. Em segundo lugar, e justamente em razão do exposto, a complexidade do conflito que envolve a violência de gênero clama por uma intervenção estatal contextualizada e multidisciplinar voltada, de fato, à solução do problema, principalmente a partir de suas origens.

Nesse sentido, este artigo procurará apresentar, inicialmente, a chamada justiça restaurativa e de que modo essa nova concepção acerca do fenômeno do delito é capaz de responder, principalmente para além das demandas sociais, às funções do Direito Penal (notadamente a proteção de bens jurídicos e o restabelecimento da paz social supostamente violada com a ocorrência do evento criminoso, com a reafirmação da norma jurídica transgredida). Para tanto, será estudado, de forma mais minuciosa, o principal instrumento restaurativo: a mediação penal.

Por fim, perquirir-se-á acerca da compatibilidade da mediação penal para a solução dos conflitos que envolvam crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como a possibilidade de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, mormente ante a existência da Lei Maria da Penha.

Em vista desse quadro, e sem a pretensão de se esgotarem as discussões que serão aqui travadas, o presente artigo, por meio do método analítico, de vertente jurídico-teórica, debruça-se sobre a investigação acerca dos contornos da violência de gênero, buscando averiguar quais as suas possíveis causas bem como qual deve ser a forma mais adequada

para um efetivo enfrentamento do problema, para o que sugere-se a mediação penal.

## 2 Justiça restaurativa – conceitos e princípios básicos

Diante do já fartamente discutido e fundamentado fracasso da racionalidade penal moderna<sup>1</sup>, que tem suas bases fincadas na associação crime-pena, e ao lado da constatação de que a evolução do Direito Penal não levou em consideração os avanços das demais ciências intrinsecamente a ele ligadas (Criminologia e Vitimologia, para falar das mais evidentes, com atenção para as contribuições críticas do Abolicionismo Penal), notadamente quanto ao aspecto relacional do crime e o desenvolvimento de um olhar sobre a vítima, tem-se buscado novas formas de pensar o Direito Penal a fim de adequá-lo às múltiplas realidades sociais e, assim, melhor responder às demandas daí oriundas. É nesse contexto que surge a chamada justiça restaurativa.

Constitui a justiça restaurativa um modelo, ainda em formação, de resposta ao fenômeno do crime no qual há um deslocamento do foco de análise do delito para dar maior ênfase à reparação das consequências advindas do fato criminoso.

Conforme assevera Jaccoud, citado por Leonardo Sica (2007, p. 11), “a justiça restaurativa apóia-se no princípio de *redefinição do crime*, que deixa de ser concebido como uma violação do Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica”. Nesse sentido, o crime é considerado, além de uma transgressão legal, um ato que acarreta danos às pessoas e às relações. Assim, “o crime não é mais um destruidor, mas se define por duas dimensões que não se anulam, mas sim, se somam: é por vezes uma transgressão a um código legal e um ato que acarreta algumas conseqüências” (JACCOUD, 2005, p. 170). Essas

<sup>1</sup> A demonstração desse fracasso resta assentada em clássicas obras, tais como: *Falência da pena de prisão*, de Cezar Roberto Bitencourt; *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*, de Álvaro Pires; *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, de Eugênio Raúl Zaffaroni; e *Vigiar e punir*, de Michel Foucault, apenas para citar as mais conhecidas.

duas dimensões do crime são complementares, mas é especialmente no aspecto relacional do fenômeno criminoso que a justiça restaurativa assenta sua atenção.

Sobre essa nova perspectiva, ainda em construção, acerca do fenômeno do crime, é bastante esclarecedora a lição de Howard Zehr (2008, p. 168), reconhecido mundialmente como um dos pioneiros da justiça restaurativa. Segundo ele, na fotografia, a escolha das lentes é fator determinante para a imagem final capturada, ou seja, a depender da lente escolhida, a fotografia será mais ou menos nítida, mais ou menos abrangente ou rica em detalhes. Assim, da mesma forma, “a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado”. Dessa forma, segundo o autor, duas lentes bem diferentes podem ser consideradas: a retributiva e a restaurativa.

Importante, ainda, registrar que, com a adoção do modelo restaurativo, não se deseja, tão somente, atingir os objetivos tradicionais do Direito Penal e Processual Penal (que não têm sido alcançados pelo modelo vigente, conforme citado acima) – em suma, restabelecer a ordem jurídica abalada pela infração penal. Busca-se, também, traçar outros objetivos e meios de alcançá-los, a exemplo da restauração da ordem social, comunitária, familiar e psicológica dos indivíduos envolvidos no crime. A chamada *paz jurídica* já não satisfaz<sup>2</sup>. Ademais, conforme Claus Roxin, “o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena”, ao que completa Leonardo Sica (2007, p. 161-162): “do que se deduz: a sua restauração [da *paz jurídica*] por outros modos deslegitima a pena e, por consequência lógica, a própria intervenção penal, uma vez que essa estrutura-se da ameaça da pena à sua confirmação”.

Acerca dos princípios restaurativos, é preciso registrar que não há unanimidade doutrinária, especialmente porque, como foi dito, trata-se de um conceito ainda em desenvolvimento. No entanto, não

<sup>2</sup> Além disso, é possível inclusive discutir se até mesmo a *paz jurídica* é, de fato, alcançada pelo modelo retributivo vigente. No entanto, deixaremos esse questionamento como registro apenas para reflexão, para que não nos afastemos do foco deste estudo.



há também grandes divergências na essência dos princípios apresentados pela doutrina, variando-se mais a nomenclatura a eles atribuída<sup>3</sup>.

Leonardo Sica (2007, p. 33) apresenta três princípios básicos que podem ser considerados verdadeiras premissas e que já foram, em certa medida, delineados acima. São eles: a) o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, que resulta em danos à vítima e (ou) à comunidade e ao próprio autor, sendo, secundariamente, uma transgressão à lei; b) o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime; c) o sistema de justiça criminal deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.

Para o alcance desses objetivos, conforme assinala André Gomma de Azevedo (2005, p. 135-136), “existem diversos processos distintos que compõem a Justiça Restaurativa, como a mediação vítima-ofensor (*Victim Offender Mediation*), a conferência (*conferencing*), os círculos de pacificação (*peacemaking circles*), círculos decisórios (*sentencing circles*), a restituição (*restitution*), entre outros”. No entanto, o instrumento mais defendido pela doutrina que trata sobre o tema é, sem dúvida, a mediação penal.

Antes de prosseguir, contudo, é importante registrar que o que se pretende com a defesa da justiça restaurativa é que ela seja, conforme assinalado, uma via alternativa ao processo penal, ou seja, não se quer, com isso, abolir o sistema tradicional vigente, já que, com todas as suas mazelas, ainda é o instrumento mais adequado para alguns casos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Importante registrar a existência da Resolução n. 2002/12 da ONU (Organização das Nações Unidas), que representa uma referência internacional para a implementação da justiça restaurativa, trazendo em seu bojo princípios e definições essenciais. Tal documento encontra-se disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2013.

Há, ainda, uma versão do documento em português, traduzida por Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UiOCUdKG1Cg>>. Acesso em: 1º set. 2013.

<sup>4</sup> Ver PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. A justiça restaurativa e o acesso à justiça: em busca da efetivação dos direitos fundamentais. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues;

O que se quer mostrar, em suma, é que, para alguns crimes e em determinadas condições, ainda que a via tradicional fosse realizada nos exatos termos em que é teorizada, não seria adequada para a solução de certos conflitos – entre os quais estão aqueles em que ocorrem crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, foco deste artigo. E vale ainda registrar que, mesmo dentro desse quadro, continuará havendo casos em que a via restaurativa será inadequada, pelos mais diversos motivos, conforme será ratificado adiante<sup>5</sup>.

### 3 Quadro da violência doméstica e familiar contra a mulher: a complexidade do conflito

Se é possível definir a violência doméstica e familiar contra a mulher com base em instrumentos estritamente jurídicos (diplomas normativos tais como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher e a Lei Maria da Penha), o mesmo não ocorre quando se busca determinar as possíveis causas e consequências desse tipo de violência.

Por que, afinal, as mulheres apanham<sup>6</sup>? O que está por trás dessa violência específica da qual é vítima a mulher (mais especificamente, a mulher enquanto mulher)? As respostas para essas perguntas nos demandam uma profunda análise de estudos psicológicos, históricos e antropológicos da relação homem-mulher e do elemento *gênero*, cuja

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 369.

<sup>5</sup> Demais disso, a escolha de quais casos devem ser enviados à via restaurativa e quem estará legitimado para esse envio (se a polícia, o Ministério Público ou o magistrado) são questões que a doutrina tem discutido, levando em consideração a realidade brasileira e os exemplos de outros países nos quais a justiça restaurativa já é uma realidade, de modo que ainda não há consenso. No presente artigo, algumas dessas questões, bem como as origens históricas do modelo e as críticas ao paradigma restaurativo não serão enfrentadas, dada a limitação deste instrumento.

<sup>6</sup> *Apanhar*, aqui, está sendo usado em seu sentido mais popular: ser alvo da violência perpetrada por alguém; e, além disso, a violência inserida nessa palavra extrapola a física, considerando-se ser possível “apanhar” por palavras, gestos, atitudes e até mesmo silêncios.

complexidade apenas nos permite, por ora, atestar que a resposta estritamente punitiva que o Direito tem dado para os episódios de caráter criminoso que decorrem desse conflito em nada contribui para harmonizá-lo. E a comprovação está nos números.

Pesquisa da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2013, p. 20) divulgada em junho de 2014 denuncia que uma em cada três mulheres já foi vítima de algum tipo de violência – dado mundial que se repete quando analisada a realidade regional da América Latina.

Desde 1988, com a Constituição Federal, o Brasil assumiu oficialmente o compromisso de tratar mulheres e homens isonomicamente. Naquele momento, a igualdade de gênero ganhava sede constitucional, consagrada no primeiro inciso do art. 5º, que inaugura o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. Embora tenha havido, a partir do marco constitucional, diversas alterações nos Códigos Civil e Penal, que foram parte do esforço do legislativo pátrio para adequar o ordenamento à busca pela igualdade plena entre homens e mulheres, parece não restar dúvidas de que o maior produto atual (pós CF/1988) desse esforço é a Lei n. 11.340/2006 – a Lei Maria da Penha.

No entanto, ao contrário do que se imaginava, o endurecimento da legislação penal protetiva das mulheres, conforme demonstram as recentes pesquisas, não foi acompanhado pela diminuição nos índices da violência de gênero. Dados coletados por uma pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA) em parceria com a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), (2012, p. 26), em relação a índices de violência antes e depois da Lei Maria da Penha, ponto crucial desta análise, demonstram que,

[...] no ano seguinte à promulgação da Lei Maria da Penha, em setembro de 2006, tanto o número quanto as taxas de homicídio de mulheres apresentou [sic] uma visível queda, já a partir de 2008 a espiral de violência retoma os patamares anteriores, indicando claramente que nossas políticas ainda são insuficientes para reverter a situação.

Assim, entendemos como Maria Lúcia Karam (2011, p. 426-427):

O reconhecimento e a garantia da mulher não irão encontrar na reação punitiva um instrumento adequado para sua realização. O enfrentamento das antigas e novas formas de opressão contra as mulheres, da violência e da deformação nas relações familiares, há que caminhar junto com a concretização da ideia de uma intervenção penal mínima, pois, somente repudiando as características perversas, seletivas e opressoras da reação punitiva [...], a luta pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher estará efetivamente integrada à luta maior contra todas as formas de dominação e exclusão.

#### **4 Mediação penal como alternativa ao processo penal**

No contexto de formação de um paradigma restaurativo (contraposto ao puramente punitivo/retributivo), dentro do qual, de acordo com a lição de André Gomma de Azevedo (2007, p. 21), são buscados “novos (e mais eficientes) mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um mecanismo retributivo mais eficiente mas também voltado a ressocialização, prevenção, redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito”, a mediação aparece como um de seus principais instrumentos.

A ideia central da mediação penal, como se sabe, é justamente criar um ambiente em que seja dada a oportunidade de fala a todos os envolvidos no conflito, a fim de que se possibilite, por meio do diálogo, o refazimento dos elos rompidos com a prática do crime, de modo que, entendendo as causas e consequências do conflito, as partes envolvidas possam superar a possível gênese de novos delitos.

Nesse sentido, importa registrar que a mediação penal viabiliza o chamado *empowerment* (traduzido como empoderamento), ou seja, devolve às partes o poder de gerir a discussão de seus próprios problemas e buscar a melhor solução. Essa característica ganha ainda mais relevância quando se atesta que uma das causas determinantes para a insatisfação, especialmente das vítimas, com a justiça penal é o fato de não terem elas nenhum poder sobre a resolução dos conflitos que as atingiram. É o que afirma o multicitado Leonardo Sica (2007, p. 59).

Acerca do modelo de mediação a ser utilizado, acreditamos, como Ilana Martins Luz (2012, p. 126), na chamada “mediação transformativa”, cujo mérito reside justamente no incremento do poder das partes para que protagonizem seus próprios conflitos, já que “objetiva a reconstrução da relação rompida, sem, contudo, negligenciar a importância do acordo”.

Vale registrar que, como espécie de mediação que é, a mediação penal deve respeitar todos os elementos essenciais desse gênero: voluntariedade, confidencialidade, oralidade, imparcialidade do mediador e autonomia decisória das partes, conforme assevera Sica (2007, p. 55).

Como assinala o professor do IPUSP (Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo), Paulo Endo (2008, p. 37), “[...] nenhuma violência ocorre senão no interior de um sistema e é apenas nesse sistema que ela pode ser compreendida e desarticulada”.

Assim, de acordo com Alexandre Costa, o conjunto de novas percepções e abordagens acerca do conflito e do papel da linguagem conduz ao reconhecimento do aspecto linguístico e simbólico das relações e, conseqüentemente, à valorização da mediação como elemento de transformação das relações sociais (e, portanto, de resolução de conflitos).

Isso se dá porque, conforme leciona mais uma vez Leonardo Sica (2007, p. 53), a mediação não é um meio e sim um fim em si mesma:

[...] a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o *crime em sua dimensão relacional*, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é *superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito* e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica [grifos nossos].

Nesse sentido, a também psicóloga Marina de Araujo Pacheco (2012, p. 54), igualmente atenta ao poder transformador da fala e da escuta, apresenta, em sua tese de dissertação de mestrado, um diálogo extremamente esclarecedor entre as contribuições de Hannah Arendt, Paulo Endo e Flávia Schilling acerca do tema:

Hannah Arendt (1995), em “A condição humana”, situa a violência como produtora de emudecimento, indicando que este ato gera um declínio do poder da palavra, o que, pelo fato de fragilizar sensivelmente as possibilidades de potencialização do diálogo, vai interferir sobremaneira na manutenção dos laços sociais. Como o emudecimento é uma conseqüência da violência, a linguagem, segundo Endo (2005), seria uma forma de “fazer a violência falar”, e, possivelmente, um recurso para estancar a sua repetição. Buscamos, dessa forma, a inteligibilidade sobre a violência, cuja resultante não seria mais a reprodução de ideias de vingança e a descrença no que é público, mas sim, buscar “compreender para agir”, passando de “uma posição reativa para uma posição propositiva ou pró-ativa”, em oposição à antiga posição da vítima (SCHILLING, 2002, p. 11).

A mediação, conforme exposto, dando voz aos diretamente envolvidos no conflito (em nosso caso, especialmente o agressor e a vítima, mas sem perder de vista a possibilidade de inclusão de outros sujeitos, de acordo com a necessidade em cada circunstância), proporcionando o já citado empoderamento dos verdadeiros atores no conflito, e possibilitando a reabertura do canal comunicativo entre o casal, revoluciona uma relação marcada pelo emudecimento, que é causa e, ao mesmo tempo, conseqüência da violência.

#### 4.1 A mediação penal no ordenamento jurídico brasileiro e a Lei Maria da Penha

A mediação penal, ao contrário do que se possa inicialmente pensar, não é incompatível com a Lei Maria da Penha – ao contrário, é possível encontrar espaço no texto da lei para a utilização da via restaurativa.

Em primeiro lugar, ao afastar a incidência da Lei n. 9.099/1995, excluindo, assim, a possibilidade de aplicação de instrumentos despenalizadores (conciliação, transação penal e suspensão condicional do processo), a lei não excluiu a possibilidade de uma outra resposta ao crime. Isso se torna óbvio se pensarmos que o legislador não poderia excluir a utilização de um mecanismo que institucional e formalmente não existe no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, conforme afirmado, há espaço na própria redação da lei para encaixar o caminho restaurativo. É o que extraímos da leitura do art. 17 da lei, *in verbis*:

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Em nosso entendimento, o que a Lei Maria da Penha está vedando expressamente agora em seu art. 17 é a substituição da pena *que implique o pagamento isolado de multa*, o que nos leva a crer que essa substituição, e do próprio processo penal (que é o meio de alcançá-la), não está proibida, senão aquela que leve ao tão só pagamento de multa, o que não acontece com a mediação.

Em razão desse pensamento, acreditamos que a mediação em nada se incompatibiliza com a Lei Maria da Penha, que permanece, inclusive, plenamente válida não só para os casos em que não for possível a mediação como também, conforme demonstrado, para as hipóteses em que o mecanismo restaurativo for utilizado.

## 5 Com a palavra, as mulheres

Com o objetivo de fundamentar ainda mais o ponto de vista defendido por este estudo bem como investigar se a busca por uma alternativa ao processo penal é uma demanda das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, fizemos uma entrevista com 35 vítimas na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), localizada no bairro de Engenho Velho de Brotas, Salvador, Bahia, cujo procedimento e resultados são demonstrados a seguir.

Fizemos três visitas à DEAM, ocorridas nos dias 1º, 6 e 12 de agosto. No primeiro dia, conversamos com a assistente social, a quem apresentamos a pesquisa, os objetivos e as perguntas que seriam feitas às mulheres. Com o seu apoio, agendamos o primeiro dia de entrevistas para 6 de agosto, data em que, entregando autorização da UFBA para a realização da pesquisa no cartório da própria DEAM, iniciamos.

Conforme dito acima, foram entrevistadas 35 mulheres. Destas, 21 foram prestar queixa contra seus agressores, e 14, já tendo prestado a queixa, estavam lá para serem ouvidas, assim como suas testemunhas, pela delegada<sup>7</sup>. A média de idade das vítimas que participaram da pesquisa foi de aproximadamente 31 anos.

A pesquisa foi feita na forma de entrevista e não questionário, ou seja, as respostas eram livres, sem alternativas pré-estabelecidas. Todas as mulheres vítimas que estiveram presentes na referida unidade policial nos dias 6 e 12 de agosto, no intervalo entre 8h30 e 18h, foram entrevistadas, com exceção de algumas poucas (em torno de 4), cuja abordagem deixou de ser realizada em razão do grande abalo emocional em que se encontravam, pelo que consideramos inconveniente proceder à inquirição.

A interpelação se deu da seguinte forma: após a apresentação da estudante que ora as entrevistava, perguntava-se às mulheres sobre a aceitação de participar da entrevista, garantindo-se o sigilo pessoal. Tendo aceitado, as primeiras perguntas feitas às mulheres diziam respeito à identificação pessoal. Em seguida, eram questionadas informações mais específicas sobre a violência sofrida e, por fim, apresentada a indagação quanto à opinião delas acerca da mediação penal como alternativa ao processo penal.

Para a identificação pessoal, anotamos o nome, idade e profissão das entrevistadas. Sobre a violência, questionamos acerca dos seguintes tópicos: quem foi o agressor (ou seja, qual o vínculo da vítima com ele); se têm filhos; se ela depende dele financeiramente; se ele já a agrediu outras vezes; se é a primeira vez que ela denuncia; se ela consideraria como uma das causas do comportamento violento do agressor a falta de diálogo entre o casal; e, finalmente, se ela gostaria que a mediação penal existisse enquanto alternativa ao processo penal para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. A esta última pergunta seguia-se uma breve explicação dos contornos gerais do que é mediação penal.

<sup>7</sup> Todos os delegados titulares da DEAM do Engenho Velho de Brotas são mulheres.

Passemos à análise dos resultados. Em relação ao vínculo do agressor com a vítima, notamos que a absoluta maioria (97,14%) dos agressores são ou já foram maridos, companheiros(as), ou namorados(as) da agredida. Os 2,85% restantes representam agressores com grau de parentesco, especificamente irmão da vítima. Em 51,48% dos casos, há filhos fruto da relação, tendo a maioria espontaneamente relatado que estes já presenciaram cenas de agressão.

Dado surpreendente é aquele relacionado à dependência financeira da vítima em relação ao agressor. Ao contrário do que imaginávamos, apenas 17,14% das mulheres que participaram da pesquisa disseram depender economicamente do agressor, contra o expressivo percentual de 82,85% que afirmaram serem responsáveis por sua própria subsistência, bem como a dos filhos. Interessante, ainda neste dado, é que muitas mulheres acrescentavam a suas respostas: “eu trabalho, ele (o agressor) é que depende de mim!”.

Questionadas sobre a ocorrência de agressões anteriores à atual queixa, 85,71% afirmaram não ser a primeira vez, tendo apenas 14,28% das mulheres afirmado que se tratava da primeira agressão sofrida. Interessante o cotejo deste dado com aquele colhido acerca da denúncia. Isso porque, apesar do suntuoso número de casos de mulheres que viveram agressões anteriores (85,71%), apenas 25,71% já haviam denunciado outras vezes, de modo que 74,28% das entrevistadas estavam prestando queixa contra o agressor pela primeira vez. Ademais, analisando apenas o grupo de mulheres que já sofreram agressões anteriores, 65,38% delas estavam prestando queixa pela primeira vez.

Em relação às possíveis causas do comportamento agressivo do autor dos crimes, 57,14% das vítimas afirmaram que a falta de diálogo entre o casal é, seguramente, um dos motivos. 40% não fariam esta atribuição e 2,86% não souberam responder.

Por fim, quanto à proposta da mediação penal como alternativa ao processo penal para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, 65,71% das entrevistadas responderam favoravelmente à proposição. Apenas 28,57% das mulheres disseram não acreditar na ideia da mediação, afirmando algumas destas que o agressor “merece ser

preso” ou “não tem conserto”. Das entrevistadas, 5,71% não souberam responder a pergunta. Importante registrar que, dentre as mulheres que se mostraram favoráveis à mediação, 86,95% não fizeram nenhuma ressalva – ao contrário, muitas mostraram-se satisfeitas, demonstrando apoio à ideia. Por sua vez, 13,04% disseram “sim” à mediação, afirmando que seria uma boa alternativa e que deveria mesmo existir, com a ressalva de que ela não seria eficaz em seus casos específicos.

Apesar do reduzido número de mulheres entrevistadas, acreditamos que, em razão da expressividade dos percentuais, estes podem ser considerados importantes indicadores de que a mesma realidade poderia ser verificada no contexto macro de uma pesquisa de maior porte.

Nesse sentido, observamos que a existência da mediação penal como alternativa ao processo penal é demanda de aproximadamente 66% das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A coleta desses dados nos fez ratificar a certeza de que o estudo dessa via alternativa, além de melhor responder a questões jurídicas (tais como a utilização das contribuições da Criminologia, Vitimologia, Psicologia e Antropologia na elaboração da resposta estatal para o fenômeno do crime, a necessidade de democratização do Direito Penal e a aplicação do princípio da intervenção mínima), também representa resposta a uma demanda social das vítimas do tipo de violência aqui estudado.

## 6 Conclusões

Apresentamos primeiramente a justiça restaurativa, cujas concepções e princípios, pautados basicamente na redefinição do crime – que passa a ser visto antes como uma violação de pessoas e relacionamentos do que como mera transgressão da norma jurídica –, adaptam-se com exatidão às demandas hoje inquestionáveis de diversificação da resposta ao fenômeno do crime.

Em seguida às referidas constatações, apresentamos o conflito de gênero, dentro do qual ocorrem eventos criminosos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher – recorte deste artigo –, concluindo-se que o seu correto enfrentamento não passa,

necessariamente, pelo endurecimento das penas para os agressores. Ao contrário, por meio das pesquisas apresentadas, comprovou-se que a maior rigidez da legislação aplicada ao caso (notadamente com a Lei Maria da Penha) não foi capaz de reduzir as taxas de ocorrência desse tipo de crime, tampouco seus (altíssimos) índices de reincidência. Isso porque, conforme analisado, a violência de gênero tem suas causas ligadas a fatores psicossociais, históricos e culturais que a mera cominação da pena não é capaz de alcançar, de modo que a resposta exclusivamente retributiva ao delito ambientado nesse contexto revela-se absolutamente inapta a solucionar todas as questões que circundam e formam o conflito de gênero.

Como alternativa ao processo tradicional, apresentamos a mediação penal, instrumento restaurativo cujas características principais (empoderamento, informalidade, voluntariedade, confidencialidade, oralidade, ativo envolvimento comunitário, reabertura de um canal comunicativo entre vítima e agressor) compatibilizam-se com as necessidades específicas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão dos contornos desse conflito. Isso se deve, principalmente, à utilização do diálogo como desarticulador do sistema de violência dentro do qual o crime em questão está inserido, conforme anteriormente comprovado.

Concluimos, ainda, que a mediação penal, embora ainda não institucionalizada, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com a Lei Maria da Penha, que apenas exclui a possibilidade de substituição de pena que implique em exclusivo pagamento de multa, e não qualquer substituição.

A fim de comprovar, ainda, que a demanda por uma diversificação da resposta estatal ao crime que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher é, além de jurídica, também uma necessidade das vítimas, fizemos uma pesquisa de campo na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM). A principal conclusão foi justamente a de que a existência de uma alternativa ao processo penal para a violência de gênero é a vontade de, aproximadamente, 66% de suas vítimas.

Com a ciência de não ter esgotado os diversos pontos envolvidos na problemática do estudo, dada a limitação deste instrumento, alguns questionamentos, em especial, merecem ser sugeridos para uma análise mais aprofundada: a quem caberia a seleção, caso a caso, para o envio à mediação? Como seria a prescrição dos delitos na hipótese de insucesso da via restaurativa, em caso de sua demora? Como ficaria a vida pregressa do agressor na hipótese de, celebrado o acordo por meio da mediação, ele voltar a cometer o crime? Restará configurada, nesses casos, reincidência? Como seriam instalados os núcleos de mediação? Seriam eles exclusivos para violência doméstica e familiar contra a mulher? Haveria uma limitação temporal para avaliar o sucesso ou insucesso da medida restaurativa? Caberia ao juiz analisar o mérito de um acordo celebrado? Qual o vínculo entre o Estado e os profissionais mediadores? Qual o critério de seleção destes? E, finalmente, como implementar a mediação penal diante da já insuficiente dotação orçamentária destinada ao Poder Judiciário?

## Referências

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.
- AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres espancadas: a violência denunciada*. São Paulo: Cortez, 1985.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo – 2. A experiência vivida*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO, Nanci Valadares de (Org.). *A condição feminina*. São Paulo: Vértice, 1988.

COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI, Cristina (Orgs.). *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

ENDO, Paulo. Psicanálise, direito e justiça restaurativa. *Revista Polêmica*. Rio de Janeiro: Laboratório de Estudos Contemporâneos – LABORE, 2008. Disponível em: <[http://www.polemica.uerj.br/pol23/oficinas/LIPIS\\_2/lipis\\_2\\_1.htm](http://www.polemica.uerj.br/pol23/oficinas/LIPIS_2/lipis_2_1.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

IMUZINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume; FAPESP, 1998.

JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUZ, Ilana Martins. *Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal*. 2012. 205 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8271>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *WHO Library Cataloguing-in-Publication Data: Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and nonpartner sexual violence*. Divulgada em 2013. Disponível em: <<http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

PACHECO, Marina de Araújo. *Criminalização da pobreza e situações-limite: considerações acerca do conflito e da justiça restaurativa sob um olhar sociopsicanalítico*. 2012. 139 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional como requisito para obtenção do título de Mestre em Psicologia Social e Institucional - Instituto de Psicologia da Universidade de Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/72778/000882522.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

PALERMO, Pablo Galain. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19, n. 91, jul./ago. 2011.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, mar. 2004.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, v. 0, p. 143, jan. 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1987.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIAVINATTO, Fábio (Org.). *Sistema de indicadores de percepção social (SIPS)*. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_sistemaindicadores\\_sips\\_01.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_sistemaindicadores_sips_01.pdf)>. Acesso em: 1º set. 2013.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995, p. 71-99. Tradução por Guacira Lopes Louro. Disponível em: <[http://www.archive.org/details/scott\\_gender](http://www.archive.org/details/scott_gender)>. Acesso em: 6 ago. 2013.

SECRETARIA DA TRANSPARÊNCIA DO SENADO FEDERAL. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/noticias/datasenado/release\\_pesquisa.asp?p=46](http://www.senado.leg.br/noticias/datasenado/release_pesquisa.asp?p=46)>. Acesso em 13 ago. 2013.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Conheça a lei que protege as mulheres da violência doméstica e familiar – Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006*. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2012/lei-maria-da-penha-edicao-2012>>. Acesso em 9 ago. 2013.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012 – atualização: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <[http://mapadaviolencia.org.br/mapa2012\\_mulheres.php](http://mapadaviolencia.org.br/mapa2012_mulheres.php)>. Acesso em: 13 ago. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. *Direito à palavra: funções do testemunho na justiça restaurativa*. 2010. 129 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional como requisito para obtenção do título de Mestre em Psicologia Social e Institucional – Instituto de Psicologia da Universidade de Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25849/000755338.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

## Anexo

Modelo da entrevista realizada em pesquisa de campo nos dias 1º, 6 e 12 de agosto na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), localizada no bairro de Engenho Velho de Brotas, em Salvador, Bahia.

### 1. Identificação pessoal:

1.1 Nome:

1.2 Idade:

1.3 Profissão:

### 2. Sobre a violência sofrida:

2.1 Quem lhe agrediu?

2.2 A senhora tem filhos com ele(a)?

2.3 Depende dele(a) financeiramente?

2.4 Ele(a) já lhe agrediu outras vezes?

2.5 É a primeira vez que a senhora denuncia?

2.6 A senhora atribuiria como uma das causas desse comportamento agressivo dele(a) a falta de diálogo entre vocês (ex.: dele(a) lhe ouvir, de vocês conversarem...)?

2.7 Se fosse possível, ao invés de processar criminalmente o agressor, a senhora gostaria que existisse, como alternativa, um outro caminho que seria o de mediação penal, através do qual a senhora



participaria, junto com ele ou cada um separadamente, de sessões de mediação com psicólogos ou assistentes sociais onde fosse possível conversar sobre o que aconteceu, onde ele pudesse ser estimulado a reconhecer seus erros, pedir perdão, a se deparar com as consequências da violência que praticou, buscar suas causas, e a senhora a expor seus sentimentos e suas expectativas em relação a isso e daí, caso fosse possível, até mesmo celebrar um compromisso de comportamento que, caso fosse descumprido, levaria de fato ao caminho tradicional que é o processo penal?

## Responsabilidade penal da pessoa jurídica – aspectos pontuais

Gladys da Costa Vasconcelos

Analista do Ministério Público da União (MPU). Pós-Graduada em Ciências Criminais.

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob uma visão sistemática e evolutiva do ordenamento jurídico pátrio, perpassando, ainda, pelas tendências internacionais. Sustenta-se tal responsabilidade, sobretudo, ante a permissão constitucional e a evolução da sociedade, desde que atendidos os requisitos pertinentes e compatíveis, no que possível, com a responsabilidade penal da pessoa física, sem, por outra via, afetar diretamente os direitos conquistados por esta. Busca-se uma interpretação coerente e, em parte, *sui generis*, todavia condizente com os demais ramos do Direito e com a justiça. Invoca-se a readaptação do ramo penal às novas insurgências sociais, sugerindo tal responsabilização como a melhor opção no contexto societário atual.

**Palavras-chave:** Responsabilidade. Penal. Pessoa jurídica.

**Abstract:** This article aims to analyze the criminal liability of the legal entity, under a systematic and evolutionary vision of the Brazilian legal system, bypassing the international trends. Such liability is supported especially by the constitutional permission and the evolution of society, regarded the compliance of the relevant requirements, compatible, as far as possible, with the criminal responsibility of the natural person, without directly affecting the rights acquired by this person. This article attempts a coherent and partly *sui generis* interpretation, however consistent with the other branches of law and with justice. The text invokes the readaptation of the Criminal Branch to new social insurgencies, suggesting such accountability as the best option in the current corporate context.

**Keywords:** Criminal. Liability. Legal entities.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A pessoa jurídica no Direito brasileiro. 3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 3.1 Disposições constitucionais, legais e internacionais. 3.2 Requisitos. 3.3 Penas aplicáveis. 4 Rebatos aos principais argumentos contrários. 4.1 Princípio da intervenção mínima. 4.2 Princípio da culpabilidade. 4.3 Princípio da personalidade da pena. 4.4 Ausência de vontade do ente coletivo. 4.5 Inaplicabilidade da pena privativa de liberdade às pessoas jurídicas. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

O presente artigo tem por escopo refletir sobre o tema *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, sob uma visão holística do ordenamento jurídico nacional, porosa às novas tendências internacionais e às mudanças da sociedade.

O tema, como cediço, invoca polêmicas e atrai imperfeições, seja sob uma ótica, seja sob outra; mas, diga-se, isso é próprio do Direito, ciência não exata, cabendo, pois, aos seus operadores optarem pelo caminho mais condizente com a justiça, a razoabilidade e o bem comum.

A par de não existirem uma norma e uma interpretação plenamente perfeitas, há que se considerar, também, que o Direito evolui e deve atender aos anseios e ao dinamismo da sociedade – pluralista e complexa –, bem assim manter uma homogeneidade em suas repartições, ou seja, seus *ramos* devem ser interpretados como um todo, já que, em verdade, ele é uno.

Repousa aí uma reflexão: a pessoa jurídica não pode ser desconsiderada por um *ramo*, quando existente para os outros, máxime quando existe e tende a existir em ordenamentos jurídicos de outros países. Decerto, não se pode olvidar o objetivo de *unificação*, no que possível e mais relevante, de um ordenamento jurídico internacional, lastreado pela cooperação entre os povos, o que se amolda, inclusive, ao inserto no art. 4º, inciso IX, da Constituição da República Brasileira de 1988.

Entrementes, voltando as luzes ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal, o Código Civil, o Código Empresarial,

o Código de Defesa do Consumidor, as leis da Administração Pública, entre outras, reconhecem a pessoa jurídica como ente próprio, sujeito de direitos e de obrigações, responsável por seus atos, que, sublinhe-se, refletem e atacam bens altamente relevantes para o Direito Penal.

Nesse compasso, é evidente que as normas penais não podem desconsiderar os atos da empresa, sob o pretexto de não se coadunarem com seus princípios, regras ou teorias. Como se verá, há amparos constitucionais, legais e internacionais bem como interpretações jurisprudenciais e doutrinárias plausíveis para a responsabilização penal do ente coletivo, a despeito de *sui generis*. Advirta-se, contudo: não significa intuir a ausência de falhas ou de lacunas. Não se trata, porém, de uma responsabilização tresloucada, como apontam alguns autores. Definitivamente, não.

Em boa hora, clama-se, sim, por maiores estudos, pelo aperfeiçoamento e pela evolução do tema, de sorte a atualizar e a readaptar o próprio Direito Penal à evolução da sociedade e às novas insurgências criminais, reluzindo aí, até mesmo, fortes favorecimentos à política criminal.

## 2 A pessoa jurídica no Direito brasileiro

Existem algumas teorias explicativas da pessoa jurídica e, entre elas, se destacam a Teoria da Ficção, sustentada por Savigny, e a Teoria da Realidade Objetiva (ou Teoria Orgânica), cujos precursores foram Gierke e Zitelman.

Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 88-90), discorrendo sobre o assunto, se reporta à Teoria da Ficção, afirmando que

[...] sua ideia central é a de que só o homem é capaz de ser sujeito de direitos. [...] é, assim, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. É pessoa fictícia. Somente obtém sua personalidade por uma abstração [...]. Dentro dessa concepção, a realidade da existência da pessoa jurídica se funda sobre as decisões de um certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação de tal forma, que exclui a vontade própria-

mente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação ao direito penal [...].

Em tom convincente, o citado autor oferece críticas a essa teoria, colacionando, em reforço, críticas de outros doutrinadores. De se realçar a que faz Washington de Barros Monteiro (1967 apud SHECAIRA, 2011, p. 90):

Ela não cuidou de explicar de maneira alguma a existência do Estado como pessoa jurídica. Quem foi o criador do Estado? Uma vez que ele não se identifica com as pessoas físicas, deverá ser igualmente havido como ficção? Nesse caso, o próprio direito será também outra ficção, porque emanado do Estado. Ficção será, portanto, tudo quanto se encontra na esfera jurídica, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica.

No que diz respeito à Teoria da Realidade Objetiva, Shecaira (2011, p. 90) disserta que:

Pessoa não é somente o homem, mas todos os entes dotados de existência real [...]. Gierke, principal nome desta escola, ao lado de Zitelman, sustentam que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser equiparáveis, como seres sociais que são, às pessoas físicas. Excetuando-se determinadas relações que por sua natureza são incompatíveis com tais pessoas jurídicas, sua capacidade é em tudo equivalente à do homem. Ela tem capacidade de querer e de agir, o que faz por meio de seus órgãos, da mesma forma que o ser humano comanda com sua cabeça seus membros para executar suas ações. O já citado Aquiles Mestre, discutindo ideias, afirma que se trata de seres coletivos dotados de uma vontade real, nada impedindo que tais entes dirijam suas finalidades contra normas proibitivas da lei penal [...].

Ao que se tem das definições expostas, note-se que maior razão assiste à Teoria da Realidade Objetiva; é a teoria que melhor se coaduna com todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que quase todos os ramos consideram o ente coletivo uma realidade (um sujeito de direitos e obrigações), à qual o Direito Penal não pode permanecer alheio (repita-se, o Direito é uno).

De fato, como será demonstrado em pós, a pessoa jurídica possui, sim, vontade própria; uma vontade formada pela junção potencializada e dirigida (em seu benefício e interesse) das vontades individuais que a representam, sendo, então, diferente de cada uma delas, constituindo uma nova vontade, a despeito de se manter a elas entrelaçada (ora, o todo não é constituído sem as partes, no entanto, quando constituído por elas, delas se diferencia). E além: conquanto se falasse em vontade de um único representante, com esta também não se confundiria, porque não é voltada para si, ser humano, mas para o ente (pessoa distinta), em seu benefício e interesse, ainda que aquele dela se beneficie mediatamente.

Nesse sentido, hodiernamente, os direitos Constitucional, Civil, Empresarial, Administrativo, Internacional, Tributário, Eleitoral, Previdenciário, Consumerista e Trabalhista consideram o ente moral como sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica (pessoa distinta da pessoa física). E isso não se pode negar: ela é uma realidade, e não uma ficção, para todos eles. Veja-se.

A Constituição Federal confere à pessoa jurídica direitos e garantias, bem assim lhe atribui deveres. Cite-se, por exemplo: direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral (honra objetiva) ou à imagem; direito de receber dos órgãos públicos informações; garantias de impetrar mandado de segurança e *habeas data*; deveres de zelar pelo meio ambiente, de pagar impostos, de responder pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, de prestar contas etc.

A seu turno, o Código Civil (CC) novel, no título “Das Pessoas Jurídicas”, enumera tais entes, dispondo sobre a existência legal e a dissolução e impondo direitos e obrigações. Adiante, estatui acerca do domicílio. E mais. No livro “Do Direito de Empresa”, trata especificamente da empresa, indo muito além do registro e da dissolução. No ponto, convém trazer à baila palavras de Maria Helena Diniz (2007 apud TARTUCE, 2012, p. 126), no que tange à Teoria da Realidade Técnica, adotada pelo CC/2002:

A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecem. Logo, essa teoria é que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica.

Também, de modo específico, o Código Comercial e as leis empresariais cuidam do ente moral.

O Direito do Consumidor, na mesma linha, mantém estreita relação com a pessoa jurídica, atribuindo-lhe direitos e obrigações, quer quando consumidora, quer quando fornecedora (Lei n. 8.078/1990).

Outrossim, o Direito Tributário elenca o ente como sujeito ativo (quando de direito público) e como sujeito passivo (quando de direito privado, ora como contribuinte, ora como responsável), com plena capacidade e responsabilidade tributárias (inteligência dos arts. 121 a 138 do Código Tributário Nacional).

Enfim, na mesma esteira estão os outros *ramos* do ordenamento jurídico pátrio. Por suposto, cabe objetar: por que não o estaria o Direito Penal? Por que as normas penais não podem responsabilizar, também, um ente que é sujeito de direitos e pode ser vítima de um delito (isto é, tem *bônus*), mas, ao cometê-lo, mormente afetando os bens jurídicos relevantes selecionados pelo constituinte e pelo legislador, não pode ser punido (ou seja, não tem *ônus*)? Aqui a pergunta. E a resposta queda-se desvirtuada do ordenamento e ultrapassa o atual estágio da sociedade, ao se dizer: é uma pessoa artificial, não tem vontade, não tem conduta, fere os princípios da culpabilidade e da personalidade da pena etc.

### 3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

#### 3.1 Disposições constitucionais, legais e internacionais

A discussão sobre o tema em análise provém de alguns artigos da CF, que seriam fontes de dúvida interpretação e, a depender, poderiam servir de lastro para a constitucionalidade ou recepção das legislações

existentes acerca do assunto. Uma das discussões repousa no § 5º do art. 173, recolhido no Título “Da Ordem Econômica e Financeira”, que imputa responsabilidade ao ente coletivo:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Conforme se percebe do citado artigo, a Constituição se vale da palavra *responsabilidade*, sem especificar seu âmbito, sem fazer nenhuma restrição. E justamente aí paira uma celeuma de interpretações.

Todavia, de início, assegure-se ter o Texto Maior selecionado explicitamente os bens que quis proteger de forma mais veemente (bens de extremo relevo, que importam a toda a sociedade e ao Estado), impondo responsabilidades às pessoas que o afetarem. Igualmente, certifique-se de que a visão do constituinte, em relação a todos os *ramos* do Direito, foi bastante avançada, ao reconhecer a pessoa jurídica como um sujeito de direitos e de deveres, consoante pontuado. Nessa ordem de exposições, resta perquirir, portanto, sua posição em relação ao Direito Penal.

No predito artigo, seria despropositada a supressão do termo responsabilidade *penal*, quando, se inadequado, poderia simplesmente ter sido usada outra expressão mais restritiva? Aliás, se assim não o foi, incorreto entender, a *contrario sensu*, que estão englobadas todas as esferas? E outra: se só fossem as responsabilidades civil e administrativa, para que a referência “punições compatíveis com sua natureza”, se, por diversas vezes, se reporta a elas nesses âmbitos, individualmente, e não faz nenhuma ressalva? (e.g.: art. 70, parágrafo único, combinado com o art. 71, VIII; art. 37, § 6º). Seria, assim, só responsabilidade penal?

A rigor, em qualquer esfera há algumas incompatibilidades entre as sanções aplicáveis à pessoa física e à pessoa jurídica, e seria conveniente que se ressalvasse *no que for compatível*, sobretudo na esfera penal,

em que a incompatibilidade é maior (em virtude da pena privativa de liberdade), a merecer maior sublimação. E assim o fez a CF.

Nesse espeque, correto entender que este artigo se revela a todos os *ramos* e que a ressalva se refere à natureza da pessoa jurídica em si, que é diferente da pessoa humana. Entretanto, alguns tipos de sanções podem ser iguais, e outros são próprios de cada uma, não significando, por consequência, a impossibilidade de se responsabilizar tais pessoas em todos os âmbitos.

Noutro silogismo, para os que tecem críticas em virtude do uso da palavra *ato* e não *conduta*, registre-se não prosperar tal insurgência, haja vista o *ato* ser praticado, também, pelo ser humano; aliás, o Diploma Aflitivo abusa dessa palavra na tipificação de inúmeros delitos, em vez de *conduta*, a exemplo do art. 15: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”; do art. 16: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, [...] por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”; do art. 121, § 4º: “No homicídio culposo, [...] não procura diminuir as consequências do seu ato [...]”; dos arts. 131; 177, § 1º, IX; 261; 329, §1º; 332; 337-C; entre outros.

Não bastasse isso, acrescente-se, particularmente a este artigo, que a palavra *punições* realçou ainda mais a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Note-se que poderia ter sido usada a palavra *sanções*, acompanhada de *penais, administrativas ou civis*, pois *punições* remete a pena, instituto próprio do Direito Penal. Assim, caso se quisesse uma interpretação mais literal, aí que emergiria a esfera criminal.

Nesse viés, coerente entender que o Constituinte, propositamente, prevendo ainda maiores avanços da sociedade, se referiu genericamente à palavra *responsabilidade*, ao invés de citá-las separadamente, a abarcar, também, a esfera penal. Com efeito, numa interpretação sistêmica, lógica, teleológica e evolutiva, não meramente literal, a conclusão a que se deve chegar é a de que a CF permite (e, por isso, não há vedação) a responsabilidade penal da empresa para os delitos contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente.

E as legislações existentes sobre o assunto, ao tipificarem condutas (crimes) e cominarem penas para as pessoas jurídicas (a exemplo da Lei n. 8.078/1990, da Lei n. 8.137/1990 e da Lei n. 7.492/1986), alinham-se à vontade do Constituinte (ou melhor, à ordem do Constituinte, conforme art. 173, § 5º, da CF: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, *estabelecerá* a responsabilidade desta [...]” [grifo nosso]) em responsabilizar não só a pessoa física, como também a jurídica – mormente ante a inteligência deste preceito conjuntamente com a do art. 225, também da CF. Sendo assim, tais disposições, ante a permissão constitucional, não são inconstitucionais, ou não recepcionadas. E assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade e pela recepção de algumas delas.

Nessa toada, mesmo havendo interpretações distintas no que respeita ao consentimento de responsabilização da empresa na esfera penal, lastro foi fornecido pela CF para que leis disponham sobre a prática de certos crimes pelo ente. Assim, tipificada a conduta em lei, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, como aludem alguns doutrinadores.

Contudo, urge explicitar que tal responsabilidade se limita aos casos legalmente regidos, isto é, com expressa previsão de aplicação para o ente coletivo, *in casu*: crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro, não se aplicando aos demais por falta de previsão.

Já a outra desavença permeia o art. 225 da Lei Maior, que estatui, em sentido convergente, na esfera ambiental, responsabilidade à empresa, a ver:

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No ponto, adiante-se que a compreensão da vontade do Constituinte em responsabilizar penalmente o ente coletivo pelos danos causados ao meio ambiente, se extrai do domínio da língua portuguesa, da estrutura morfossintática dos períodos, do uso das vírgulas

e das conjunções. Basta uma leitura esmerada. A título de ratificação, cabe transcrever fragmento de obra de Walter Claudius Rothenburg (1997 apud LUISI, 2011) (DOTTI, 2011, p. 37):

O significado da conjunção “e” fica evidenciado quando, a seguir, o dispositivo fala em “sanções penais e administrativas” [...] As duas espécies de sanção, portanto, mencionadas em conjunto, querendo-se dizer que se aplicam a um como a outro dos destinatários. Finalmente, pessoas físicas e pessoas jurídicas aparecem no texto, desta vez não ligadas pela aditiva “e”, mas pela alternativa “ou” [...] antes de mencionar “pessoas físicas ou jurídicas”, o redator constituinte tratou ambas pela comum designação “infratores” que, na terminologia jurídica usual, evoca o ilícito de natureza criminal. Na verdade, [...] a eventual responsabilidade de uma é autônoma em relação à da outra. Sendo assim, quis-se dar a entender que a responsabilidade por crime é sempre distinta em relação às pessoas física ou jurídica, uma para com a outra.

Contudo, em relação ao sentido de cada palavra, deve-se ter parcimônia, para não interpretá-la no sentido puramente matemático. A propósito, quanto a esse artigo, Salomão Shecaira alerta que (2011, p. 125-126):

Interpretar [...] é, especialmente, extrair o significado semântico que proporcione a revelação de seu sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma justa apreciação doutrinária e legal. A interpretação é a clarificação de um texto. Não raro, no entanto, verifica-se inexistir uma precisão matemática em sentido vocabular; a linguagem deve ser encarada como uma obra humana, com todas as deficiências e fraquezas inerentes aos seres viventes.

O alerta é dado porque alguns doutrinadores, como José Cretella Júnior e Luiz Regis Prado (1993, 1992 apud SHECAIRA, 2011, p. 125), censuram que

[...] as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas [...], estaria estabelecendo uma distinção entre conduta que é praticada por pessoa física e atividade, vocábulo aplicável a pessoa jurídica.

Em prudente rebate, Sérgio Salomão sustenta que atividade é uma qualidade daquele que é ativo, que age; e agir significa atuar, praticar. Logo, *agir* é um verbo; e *ação*, um substantivo que tem por sinônimo *atividade*. E é bem verdade que o próprio Estatuto Repressivo se reporta à palavra atividade para a pessoa física (arts. 47, I e II; 56; 62; 111; 150, § 4º; 359; entre outros).

Por outro lado, Sérgio Shecaira considera envolvente outro emblema, dessa vez levantado por Paulo José da Costa Júnior, de que, se *condutas* e *atividades* são sinônimos, seria desnecessária a referência a ambos os termos.

Bastante atraente a dedução de Costa Júnior. Ocorre que esta é somente uma das conclusões, porque a outra seria intuir que *atividade* é o termo mais apropriado para a empresa, constituindo a soma de ações das pessoas jurídicas (condutas individuais) que a gerenciam, o que não constituiria, inevitavelmente, um óbice.

Outrossim, Shecaira cita diversos doutrinadores que entendem indene de dúvidas a vontade do constituinte de responsabilizar penalmente o ente moral nos crimes ambientais, a saber: Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins; José Henrique Pierangeli (discordam da postura constitucional, mas reconhecem tal vontade como incontroversa); Walter Claudius Rothenburg, Édis Milaré; Paulo Affonso Leme Machado; Paulo José da Costa Júnior.

Finalmente, o que torna crucial o debate é a declaração do deputado federal Fábio Feldman, relator do capítulo sobre o meio ambiente da CF e, depois, membro da Comissão para elaboração de um projeto de Código Ambiental. Atente-se: “O resultado dos trabalhos foi inequivocamente favorável à responsabilização das empresas.” (SHECAIRA, 2011, p. 133). E, sobre Feldman, Sérgio Salomão complementa que:

Sua participação na elaboração constitucional não teria a grande importância que teve, para interpretação de seu texto, se ele não houvesse continuado a atuar, como político e jurista, na elaboração de normas (agora infraconstitucionais), sempre consagradoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que se reconhece de forma inequívoca.

Não diferem do exposto as jurisprudências dos tribunais superiores, que trilham o mesmo caminho, responsabilizando penalmente o ente moral. Leia-se: REsp n. 610.114/RN, rel. ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 19 dez. 2005, p. 463 – Superior Tribunal de Justiça; e HC n. 92921, rel. ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19.8.2008, DJe-182 DIVULG 25.9.2008, PUBLIC 26.9.2008, p. 167-185 – Supremo Tribunal Federal.

Por ora, em arremate, convém delinear o tema sob a órbita internacional, esposando trecho pinçado da obra de Shecaira (2011, p. 190):

[...] Os congressos internacionais de direito penal vêm sistematicamente recomendando a adoção de medidas tendentes à criminalização das pessoas jurídicas [...] o tema vem sendo sistematicamente estudado pelos juristas de todo o mundo. A harmonização das legislações europeias, decorrentes da criação de um direito comunitário, também serve de impulso à adoção de recomendações nesse sentido. Não é por outra razão que, ao lado dos países da *Common Law*, que tradicionalmente adotavam a responsabilidade da empresa, muitos outros vêm admitindo, seja no âmbito da legislação extravagante, seja na própria parte geral do Código Penal, a incorporação de princípios excepcionais à regra geral da responsabilidade individual [...].

Cumprе anotar, ainda, os vários países que adotam a responsabilidade penal da empresa, e.g.: Inglaterra, Portugal, França, Espanha, Austrália, Suíça, Japão, Dinamarca, Holanda, Canadá, Escócia e Estados Unidos.

Nesse particular, tem-se essa responsabilidade como tendência, na medida em que os países precisam da mútua colaboração, notadamente no combate ao crime organizado e aos crimes que afetam outras fronteiras (bons exemplos destes são os crimes ambientais).

Aliás, quanto aos crimes ambientais, conforme pontuado por Salomão, a União Europeia aprovou a Diretiva n. 80/2003 e a Normativa n. 667/2005, as quais convencionaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica (na normativa, há uma recomendação de adoção de tal responsabilidade para os países que ainda não a adotaram); basta serem sancionadas pelo Parlamento Europeu.

Segundo o autor, chegou-se a uma nova fase de internacionalização do Direito Penal.

Não se pode olvidar, e bem lembrado por Guilherme Nucci (2011, p. 180), que “[...] historicamente, o Tribunal de Nuremberg chegou a condenar, por crimes de guerra contra a humanidade, não só pessoas físicas, mas corporações inteiras, como a Gestapo e as tropas da SS [...]”.

Finalmente, em torno do tema, dignas de nota são as argutas palavras do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, que, sob avançada reflexão e larga experiência jurídica, traceja um paralelo no sentido de que

[...] a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é o caminho de volta da “disregard doctrine”. Ou seja, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visou alcançar a responsabilidade pessoal dos sócios pela má conduta da pessoa jurídica e, agora, o moderno movimento de responsabilização criminal desses entes é a mão inversa de direção, dando resposta social do Estado às sociedades empresárias, pela má conduta de natureza penal, de seus sócios. Em resumo, é a desconsideração da pessoa natural como única autora dos crimes, quando seja a empresa por elas integrada a verdadeira beneficiada pelo ilícito penal, podendo, em razão disso, ser punida criminalmente.

Ante as considerações aventadas, segue-se para os requisitos necessários à imputação penal do ente coletivo.

## 3.2 Requisitos

### 3.2.1 Pessoa jurídica de direito privado

Ao se falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica, se indaga: quais seriam as pessoas? As pessoas públicas e as privadas? A resposta provém da razoabilidade, da lógica e da inegável incompatibilidade.

A pessoa jurídica de direito público não pode ser responsabilizada penalmente, apesar de poder cometer crimes, por duas principais razões: a um, se cabe ao Estado o poder de punir, como ele puniria

a si próprio? A dois, se o Estado fosse punido por ele mesmo, toda a sociedade seria prejudicada com a sua pena.

Assim, para o Estado, resolve-se a insígnia com a responsabilidade civil, aplicando-se a penal apenas para as pessoas de direito privado, elencadas no art. 44 do CC, incluindo-se a sociedade de economia mista e a empresa pública. No entanto, bem ressalva Fernando Galvão da Rocha (2003, p. 78) que a massa falida e o espólio não podem cometer crimes, porquanto não possuem personalidade jurídica.

### 3.2.2 Dupla imputação

Aqui avulta o ponto de relevo para a responsabilização penal da empresa. Como dito alhures, a vontade da pessoa social é consubstanciada numa legítima junção potencializada das vontades de seus representantes ou de quem lhes faça as vezes (Conselho, Diretório, Assembleia). Exatamente por isso, a vontade do ente constitui uma nova vontade, que se mantém, contudo, entrelaçada às suas vontades integrantes, não podendo delas se desvincular, sob pena de sua descaracterização.

Logo, o ente moral não deve ser responsabilizado sozinho, deve haver dupla imputação: a ele e às pessoas físicas responsáveis. É o que se nomina Teoria da Dupla Imputação.

Curioso, todavia, é que o STF, em decisão inédita, admitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização da pessoa física, como se pode colher do voto de relatoria do ministro Dias Toffoli, proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 628.582/RS. Inclusive, mais recentemente, o Pretório Excelso, na análise do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, de relatoria da ministra Rosa Weber, julgado em 14.5.2013, assentou que não se deve condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à efetiva condenação da pessoa natural.

A propósito, reverberando o entendimento da Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, em novel decisão, ajustou seu anterior entendimento acerca da responsabilização penal do ente coletivo, descartando a dupla imputação da pessoa natural e da

pessoa jurídica, como se pode atestar do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 39.173 - BA (2012/0203137-9), de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em 6.8.2015, *DJe* 13.8.2015.

Intui-se, pois, das decisões prefaladas, que o posicionamento da Corte parece abraçar a tese de responsabilização objetiva da empresa, forma ainda mais ostensiva e rigorosa de responsabilização, havendo, agora, mais uma exceção à responsabilidade penal subjetiva no ordenamento brasileiro, estatuída pela jurisprudência do Supremo, o qual, possivelmente, assim o entendeu ante a expressão “no que for compatível” da regra constitucional.

E não se pode negar essa exceção sob o inconformismo de ter sido criada pela jurisprudência. Há outro exemplo que deixa transparecer a responsabilidade penal objetiva produzida pelos tribunais pátrios: a desnecessidade de apreensão e de perícia da arma de fogo para a caracterização do delito de roubo majorado pelo emprego do objeto vulnerante, o que é suprido pela afirmação da testemunha de, apenas, ter visto a arma (e não de ter ouvido disparo), a relegar a certeza de que aquele objeto não era um brinquedo.

No entanto, alguns estudiosos do assunto têm as aludidas decisões do STF por absolutamente equivocadas, refutando que o art. 3º da Lei de Crimes Ambientais aduz dois requisitos obrigatórios e essenciais para a responsabilização penal do ente social, quais sejam: decisão de representante legal, contratual ou órgão colegiado e interesse ou benefício da pessoa jurídica.

De toda sorte, se florescerá, ou não, a necessidade de dupla imputação, vale anotar que o projeto do Novo Código Penal trará, expressamente, a proposta de responsabilização penal autônoma da sociedade empresária, em seus arts. 39 e 40, *verbis*:

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou



contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Penas das pessoas jurídicas

Art. 40. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com a gravidade do fato, os motivos da infração, suas consequências para a sociedade, os antecedentes do infrator e, no caso de multa, sua situação econômica, são as seguintes:

I – multa;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – perda de bens e valores;

V – a publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência.

§ 1º Para fins de transação, suspensão condicional do processo e cálculo de prescrição, adotar-se-á como referencial as penas de prisão previstas para as pessoas físicas.

§ 2º Na aplicação da pena, o juiz deverá, sempre que possível, priorizar as restritivas de direitos mais adequadas à proteção do bem jurídico lesado pela conduta.

§ 3º A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

§ 4º A publicidade em órgãos de comunicação prevista no inciso V do *caput* deste artigo será custeada pelo condenado e terá por objeto notícia sobre os fatos e a condenação, em quantidade de inserções proporcional à pena concreta substituída, pelo período mínimo de um mês e máximo de um ano.

### 3.2.3 *Violação decorrente de deliberação e exercício da empresa*

Para a configuração da responsabilidade penal do ente coletivo, mister se faz que a violação da norma tenha-se dado por sua deliberação, no exercício da atividade empresarial. É dizer, nos ditames do art. 3º da Lei n. 9.605/1998, a empresa só será responsabilizada nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal, contratual ou órgão colegiado.

Galvão considera esse requisito essencial e lógico, por estabelecer o liame da relação objetiva entre as pessoas jurídica e físicas, não se podendo admitir que aquela seja responsabilizada fora de sua esfera de atuação.

Não obstante, é insuficiente a simples deliberação para a responsabilização da pessoa jurídica, sendo necessária, ainda, por manifesto, a identificação das pessoas físicas responsáveis pela decisão representativa da empresa. Entretanto, nem todas as pessoas identificadas como representantes legais ou contratuais serão responsabilizadas juntamente com a empresa, mas apenas as consideradas culpáveis dolosa ou culposamente. Como se vê, um sócio que não tome parte em uma decisão não será responsabilizado pessoalmente, contudo, sofrerá reflexamente pela responsabilização da empresa, como também acontece com as penas de reparação de dano e de decretação do perdimento de bens, estendidas, nos termos da lei, aos sucessores e contra eles executadas.

Noutro passo, registre-se que, se não forem localizadas as pessoas físicas responsáveis pela violação da norma, a empresa não poderá ser responsabilizada penalmente, ante a curial imputação conjunta.

E, sobre a possibilidade de o ente coletivo ser responsabilizado por crime culposos, Galvão da Rocha (2003, p. 72) enfoca que a deliberação pode se relacionar à execução de atividade de risco e à execução material da conduta que viola a norma jurídica a caracterizar tipo culposos.

### 3.2.4 Interesse ou benefício do crime para a empresa

Na dicção do art. 3º da Lei n. 9.605/1998, só haverá responsabilização penal da empresa se a decisão foi tomada em seu interesse ou benefício. Registre-se, aqui, que as palavras *interesse* e *benefício* não se confundem, como discorre, cuidadosamente, Fernando Galvão (2003, p. 75):

[...] deve-se entender por interesse da pessoa jurídica a vinculação subjetiva que a pessoa jurídica mantém com determinado objeto, de modo que suas atividades sejam direcionadas à obtenção do referido objeto. Tal objeto passa a ser parte integrante do planejamento institucional e pode ser material ou imaterial [...]. O benefício da pessoa jurídica, por sua vez, é fato concreto que traz vantagem de qualquer natureza, e não somente econômica. Muitas pessoas jurídicas são constituídas para o desenvolvimento de atividades sem fins lucrativos e podem cometer crimes ambientais [...].

## 3.3 Penas aplicáveis

As leis que responsabilizam penalmente o ente coletivo, a despeito de possuírem falhas e dubiedades, são válidas e merecem esforços interpretativos, a fim de se alcançar o melhor sentido, compatível com a natureza do ente e com o ordenamento jurídico, notadamente as normas penais. Em geral, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas são: multa, perda de bens, restritivas de direitos, divulgação de sentença, prestação de serviços à comunidade e dissolução.

Passa-se, então, ao contorno das ditas penalidades.

### 3.3.1 Multa

A maioria dos autores defensores da responsabilidade penal da empresa concorda que a aplicação desta pena ao ente não difere de sua imposição à pessoa física, estando o diferencial recolhido apenas na determinação de seu valor.

Salomão Shecaira (2011, p. 115), considerando o contexto atual, propõe o seguinte:

A sistemática de dias-multa adotada pelo direito brasileiro, com o procedimento bifásico estatuído com a Reforma de 1984, deve ser implementada também para as pessoas jurídicas. Quando o réu em processo criminal for pessoa jurídica, o dia-multa equivalerá a 1/365 do seu faturamento no exercício anterior, devidamente atualizado, ou a 1/30 do faturamento no mês anterior, para empresas recém-constituídas. Tais limites podem ser dobrados em caso de reincidência ou mesmo triplicados. As penas variar de 10 a 360 dias-multa, à semelhança do que ocorre no direito em vigor.

Fernando Galvão diverge de Shecaira quanto à forma de cálculo da multa, dissertando que deve corresponder ao lucro diário da empresa, sendo inadequada a conversão do dia-multa em dia-faturamento, pois o faturamento é o montante da receita sem considerar as despesas e, como essas são descontadas para as pessoas físicas, devem ser, também, para as jurídicas.

### 3.3.2 Perda de bens

Como bem assevera Shecaira (2011, p. 115), é o chamado confisco dos bens ou lucros líquidos adquiridos com proveitos do crime, pena que, no entender desse autor, só é efetiva preventivamente se atinge o dobro ou o triplo do lucro colimado com o delito praticado.

A CF prevê tal pena em seu art. 5º, conquanto falte lei ordinária para regulamentá-la.

### 3.3.3 Restritivas de direito

São invocáveis, aqui, consoante lições de Galvão (2003, p. 90-100), as seguintes sanções:

I) Suspensão parcial ou total das atividades, ou interrupção: suspensão é a paralisação, aplicada somente quando as atividades não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, violando normas incriminadoras em sua totalidade (suspensão total) ou em sua parcialidade (suspensão parcial). A interrupção é decretada pelo Judiciário em caso de atividade ilícita.

II) Interdição temporária ou definitiva de estabelecimento, obra ou atividade: proibição que pode afetar o funcionamento de um estabelecimento ou a realização de determinada obra, findando todas ou certas atividades ali desempenhadas. Oportuno sobrelevar que Sérgio Salomão Shecaira considera a interdição definitiva inadequada para repressão de qualquer tipo de crime.

III) Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações: pena autônoma, distinta da pena de interdição, é aplicada cumulativamente com a proibição de contratar com o Poder Público. Só produz efeito com o trânsito em julgado da decisão e é relativa aos fatos ocorridos após esse momento.

### 3.3.4 Divulgação de sentença

Segundo Shecaira (2011, p. 118), esta pena é feita “[...] às expensas da pessoa jurídica condenada no próprio estabelecimento comercial, no local de exercício de sua atividade ou na região em que está instalada, através dos meios de comunicação [...]”.

### 3.3.5 Prestação de serviços à comunidade

Shecaira (2011, p. 116) afirma que a prestação de serviços à comunidade é uma alternativa penal efetiva para o cometimento de fatos ilícitos que firam o equilíbrio ecológico, estando de acordo com o pen-

samento de prevenção geral positiva da pena e sendo entendida como a mais adequada finalidade a justificá-la por sua repercussão social.

Relativamente à legislação ambiental, Fernando Galvão (2003, p. 100-105) enumera e conceitua as sanções a seguir:

I) Custeio de programas e de projetos ambientais: assunção dos custos, com os encargos financeiros. A condenação não deve se relacionar à reparação do dano produzido pelo fato do crime que fundamentou a responsabilização criminal, que é obrigação decorrente da própria condenação e não se confunde com a pena.

II) Execução de obras de recuperação de áreas degradadas: desenvolvimento, direto ou por terceirização, do projeto executivo elaborado, escolhido conforme necessidade da proteção material ao bem jurídico, sob efetivo controle da elaboração de tal projeto. Também não se confunde com a reparação do dano causado pelo crime, que é um efeito automático da condenação.

III) Manutenção de espaços públicos: obrigação de cuidados com determinado espaço público por um período limitado, mediante tarefas necessárias à sua manutenção.

IV) Prestação de contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas: de natureza pecuniária, não caracteriza qualquer serviço. A princípio, significa pagamento de determinado *quantum* e pode consistir na entrega ou permissão de utilização de bens.

## 4 Rebates aos principais argumentos contrários

### 4.1 Princípio da intervenção mínima

Consoante enunciado, a CF selecionou bens de extrema magnitude para proteger efetivamente (repita-se: bens que dizem respeito a toda a coletividade e ao próprio Estado), demarcando, então, o meio ambiente, a ordem econômica, financeira e tributária, a favor dos quais impôs às pessoas físicas e jurídicas responsabilidades pela violação das normas protetivas.

Seguindo os comandos constitucionais, legislações infraconstitucionais regulamentaram tal proteção, responsabilizando penalmente os culpáveis por crimes contra esses bens. No entanto, alguns doutrinadores insistem ser desnecessária a intervenção do Direito Penal para tal tutela, bastando a nobre tarefa aos Direitos Civil e Administrativo, em razão do princípio da intervenção mínima. Útil, pois, conceituar tal princípio, a fim de serem espancadas as dúvidas sobre a necessidade da intervenção penal na proteção desses bens.

Muñoz Conde (1975, p. 59-60 apud GRECO, 2007, p. 49), o define como: “O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito”.

Greco complementa as palavras de Conde dizendo que o princípio entelado, ou *ultima ratio*, é responsável não só por isso, prestando-se, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização, isto é, a retirada pelo legislador, ante a evolução, de bens de somenos importância da esfera de proteção penal.

Diante dos conceitos, seria de pouca valia a intervenção penal para a proteção especial requerida pelo Constituinte? Essa proteção interessa só aos Direitos Civil e Administrativo? Os bens são pouco importantes? Claramente não. Reluzem a obrigatoriedade e a necessidade de intervenção do Direito Penal (não só ante os bens atingidos, mas ante o sujeito passivo afetado), com seu *ius puniendi*, a responsabilizar penalmente as pessoas físicas e jurídicas que ataquem os bens escolhidos pela Lei Magna.

Afora isso, considere-se a comum ineficiência das esferas cível e administrativa, que não causam o mesmo temor que o Direito Penal, e o estágio atual da sociedade, em que sobretudo o meio ambiente não pode ser afetado além do que está sendo; pelo contrário, merece ostensiva proteção contra todos os tipos de ataques e atacantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas – estas, aliás, na maioria das vezes, as responsáveis pelos grandes ataques. E não se pode negar que os outros bens selecionados têm, também, igual relevo. Os ataques às ordens

econômica e tributária bem como ao sistema financeiro abalam ou podem causar o risco de abalar uma série de outros bens protegidos, pondo em xeque garantias como saúde, educação, lazer etc.

Esse entendimento é o que mais se amolda à consciência ecológica e respeita os direitos fundamentais desta e das futuras gerações. É o que caminha no sentido da evolução da sociedade nacional e internacional.

Nesse contexto, resta provado que o argumento em rebate não prospera.

## 4.2 Princípio da culpabilidade

Sabe-se que a culpabilidade pode ser analisada sob três aspectos: como elemento integrante do crime, como limite à aplicação da pena e como princípio garantidor da responsabilidade subjetiva.

De início, volte-se o foco ao aspecto último.

Da análise da culpabilidade como princípio garantidor da responsabilidade subjetiva, tem-se, como regra geral, que o agente só pode ser punido a título de dolo ou de culpa. Sucede, porém, que o próprio Texto Maior traz exceções a essa regra, quando assevera que as penas de reparação do dano e de decretação do perdimento de bens são estendidas, nos termos da lei, aos sucessores do condenado e contra eles executadas, evocando, nesses casos, a responsabilidade penal objetiva.

Ademais, a CF, quando da disposição da responsabilidade penal à empresa, sinaliza a possível exclusão da aplicação da culpabilidade às pessoas jurídicas, ao ressaltar “no que for compatível”, permitindo, assim, desaguar em outra exceção.

Não bastassem as exceções constitucionais, o CP claramente apresenta outra hipótese: a da embriaguez voluntária não preordenada.

A propósito, nessa linha de entendimento, talvez estejam as decisões supracitadas do STF, admitida a responsabilização da empresa, ainda que não responsabilizadas as pessoas físicas, dando a enten-

der a possível adoção de uma responsabilidade objetiva para o ente coletivo, ante a permissão constitucional para tal exceção dentro do ordenamento jurídico.

Sendo assim, não é absurdo entender (embora destoe do entendimento aqui insinuado como o mais consentâneo) que a culpabilidade é incompatível com a empresa, recaindo sobre ela a responsabilidade penal objetiva, *como exceção*, e dispensando-se, nessa alheta, a dupla imputação. De outro lado, também não há retrocesso no Direito Penal, pois não se retira das pessoas físicas direito algum, uma vez que continuarão a ser responsabilizadas subjetivamente. Ao revés, essa é uma das interpretações permitidas.

Quanto aos outros dois aspectos, e seguindo essa ordem de ideias, a conclusão não pode ser outra: também se pode reconhecer a incompatibilidade com o ente moral.

Assim, com essa interpretação, aplica-se ao ente o que for compatível com a sua natureza, isto é, revela-se uma exceção, também, a alguns conceitos e teorias do Direito Penal.

Em contraste, há outra interpretação *sui generis* que viabiliza a análise da culpabilidade, nos três aspectos, nas atividades empresariais violadoras da norma penal, melhor se amoldando às ideias ventiladas no presente trabalho. Aliás, corrija-se: dois aspectos, porquanto a culpabilidade, sob o aspecto de princípio medidor da pena (no conceito moderno), pode ser aplicada ao ente coletivo sem maiores vinculações às pessoas físicas e esforços interpretativos, haja vista ser plenamente possível juízo independente de censura (reprovabilidade) sobre a atividade da empresa que violou a norma penal – a atividade do ente é diferente das condutas humanas individuais que a formam. Quanto às circunstâncias constantes do art. 59 do CP, o juiz atenderá às que forem compatíveis com o ente moral, reforçando o princípio da igualdade substancial, *mutatis mutandis*.

Remetendo o foco, então, aos outros dois aspectos, veja-se: foi declinado que a empresa possui, sim, uma vontade formada pela junção potencializada de vontades humanas individuais, dirigida ao benefício e ao interesse da pessoa jurídica, constituindo, portanto, uma vontade

própria do ente coletivo. E, por meio dessa vontade, tem-se a formação de sua atividade, que pode ser violadora da norma.

Desse modo, a culpabilidade da empresa, seja como elemento integrante do delito, seja como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva, tem esteio justamente nas vontades individuais, e nelas é, de fato, aferida, de forma que, como externa Shecaira (2011, p. 85), “a responsabilidade penal da pessoa jurídica [...], embora tenha uma disciplina própria que permite identificá-la como categoria autônoma, tem suas raízes no princípio da culpabilidade”.

Em outras palavras, para se aferir a culpabilidade da empresa, as condutas individuais geradoras da atividade violadora da norma devem ser culpáveis sob esses dois aspectos, a fim de legitimar a imputação ao ente moral. É dizer: formada a vontade da empresa (com todos os requisitos), analisa-se se a atividade formada por essa vontade é violadora da norma. Em caso positivo, as vontades individuais humanas são culpáveis, sob os aspectos elemento do crime e dolo ou culpa? Em caso afirmativo, conquanto haja alguma vontade não culpável entre as culpáveis, é legítima a imputação à empresa, pois sua atividade violadora da norma penal, que é a soma das condutas humanas individuais então culpáveis, é culpável, uma vez que as partes constituem o todo, e merecerá punição, assim como as condutas humanas individuais que a formaram, cada uma dentro da sua medida.

Melhor explicando, Eduardo Luiz Santos Cabette (2006, p. 61), em obra sobre o tema, cita entendimento de Brander, Tiedmann e Busch, citados por Martín, que se coaduna com as palavras acima. Confira-se:

A doutrina mais avançada menciona o chamado “espírito do ente coletivo em sentido normativo” (*normativen Verbandsgeist*). A atuação dos membros individuais de um grupo estaria marcada e seria a expressão desse “espírito do ente coletivo”, pois em um grupo permanente se desenvolvem atitudes comuns que têm uma influência decisiva no atuar de cada membro individual. Se tal “espírito do ente coletivo” é contrário ao Direito, sua influência na atuação do indivíduo pertencente ao grupo se estende até induzi-lo à realização de fatos antijurídicos que esse mesmo indivíduo provavelmente não realizaria se atuasse à margem do grupo.

E continua Cabette, dessa vez empregando palavras de Rothemburg (2006, p. 61):

A censura da pessoa individual não se confunde com a reprovação individual essencial, assim como o patrimônio da pessoa jurídica e toda sua atividade estão de alguma forma ligados aos indivíduos que a integram.

Por suposto, se a vontade do ente é diferente das vontades individuais das pessoas físicas, sua atividade também é diferente das condutas humanas individuais. Não se pode negar, existem duas ações distintas a merecerem, por consequência, distintas punições.

No que diz respeito às teorias da culpabilidade, Cabette comunga da tese de Günter Jakobs de que do reconhecimento da capacidade de ação e de vontade emerge uma capacidade de culpa, fundamentada na teoria do risco da empresa e perfeitamente adequada à Teoria da Imputação Objetiva, sob o prisma do risco permitido. Cabette salienta, todavia, que não se trata de uma responsabilidade por ato de outrem, uma vez que o representante da empresa é apenas o canal para manifestação de seus atos e vontades (2006, p. 62-63).

Para arrematar, nos aspectos elemento do crime e responsabilidade subjetiva, caso se queira descartar a interpretação primeira (de exclusão da aplicação, por incompatibilidade), pode-se considerar a culpabilidade da empresa como reflexa, por via oblíqua, indireta ou por ricochete, porém diferente da culpabilidade da pessoa física, diante da distinção apontada entre a atividade do ente e as condutas das pessoas humanas individuais.

Entretanto, de todo modo, como princípio medidor de pena, é viável a análise isolada das culpabilidades, mormente considerando-se a distinção aduzida no parágrafo anterior. Na oportunidade, acerca da culpabilidade como parâmetro da pena, chequem-se os apontamentos de Shecaira (2011):

A pena, dentro do contexto de modernidade, só deve ser aplicada [...] para reprovar a conduta em dissenso, capaz de validar o conceito de bem jurídico, sincronicamente, para a maioria do grupo social, respeitando a minoria [...] deve ter como objetivo sua relevância pública

– quando proporcional e necessária – e não mais seus objetivos pessoais (conduzir o agente à reflexão moral do mal causado, por exemplo), ou privados (interesse da vítima na indenização ou ver condenado aquele que cometeu contra si um delito) [...]. Assim, só o dissenso social é que pode gerar pena, sob a ótica da relevância pública e para a reafirmação dos princípios de convivência existentes na sociedade atual.

Logo, pelas justificativas decantadas, conclui-se ter sido argumentado o presente ponto.

### 4.3 Princípio da personalidade da pena

Calha aqui, também, a possibilidade de exclusão da aplicação desse princípio às pessoas jurídicas, na mesma finca da ressalva constitucional “no que for compatível”, ao fundamento de absoluta incompatibilidade com a natureza do ente.

Diga-se que, se a palavra *personalidade* está ligada à pessoa humana, tal princípio não se aplica a empresa, que não tem a natureza de um ser humano, embora seja uma realidade jurídica e seja por ele representado.

A pessoa jurídica seria, assim, uma exceção a esse princípio, como as exceções constitucionais existentes: as penas de reparação do dano e decretação do perdimento de bens, que são estendidas, nos termos da lei, aos sucessores do condenado e contra eles executadas. Isso ratifica o princípio da igualdade substancial, *mutatis mutandis*.

Por outro espeque, todavia, considerando que as empresas se sujeitam, sim, a alguns tipos de penas, a exceção permanece, mas como ocorre também com a família da pessoa física, que pode sofrer reflexamente, ou até diretamente, as penas do condenado. Afinal, será possível o reflexo da pena nos representantes do ente coletivo que não cometeram o crime.

### 4.4 Ausência de vontade do ente coletivo

Luiz Regis Prado, contrário à responsabilização penal da empresa, destaca que a *conditio sine qua non* para tal responsabilidade

é a existência de uma pessoa física (ou grupo de pessoas) intervindo por ela, em seu nome.

Com efeito, o argumento do predito autor procede, tendo em vista que a pessoa jurídica não é uma pessoa humana e nunca poderá sê-lo. Contudo, não importa à responsabilização se a vontade da pessoa jurídica tem como pano de fundo a vontade humana; a questão decisiva é que a vontade humana individual não é a mesma do ente (uma junção potencializada de vontades, a ele dirigida, diferente da vontade humana em si, isoladamente), que, ao configurar uma ação (atividade) violadora da norma, merece punição.

Aliás, deve-se reconhecer que não é a mesma vontade nem quando formada por uma única vontade, pois será uma vontade em benefício e interesse da pessoa jurídica, pessoa distinta da pessoa física. Logo, muito menos o será quando o ente é representado por diversas pessoas, o que ocorre na maioria das vezes, sendo o benefício ou interesse destinado a todas elas apenas reflexamente.

Desbota-se, assim, essa tese por não se poder afirmar serem iguais as vontades individuais das pessoas físicas e a vontade da pessoa jurídica.

#### 4.5 Inaplicabilidade da pena privativa de liberdade às pessoas jurídicas

É de ciência correntia que não é preciso ser uma pessoa física para sofrer penas; é preciso ser uma pessoa física para se sujeitar à sanção corporal.

Cada pessoa, incluindo-se aí a física e a jurídica, sujeita-se a penas compatíveis com sua natureza. Desse modo se sucede com os Direitos Civil e Administrativo, ao diferenciarem as sanções para as pessoas física e jurídica, porquanto, por óbvio, são pessoas distintas.

Não deve haver, no mesmo sentido, receios de tal diferenciação dentro do Direito Penal, considerando-se que, de acordo com ele, as pessoas física e jurídica também possuem diferentes naturezas. Ora, por certo que a pena privativa de liberdade não pode ser um obstáculo

ao reconhecimento da responsabilidade penal da empresa, não pelos argumentos da equiparação literal e da necessidade dessa pena.

Como já demarcado, não há como equiparar literalmente pessoas não iguais. Pelo contrário, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade. O princípio da igualdade substancial vem a calhar aqui. Demais disso, a pena em destaque, em relação às pessoas físicas, não tem demonstrado, há muito tempo, efetividade, sendo considerada a *ultima ratio* pelo ordenamento, além de não contribuir para a reabilitação de quem a sofreu.

Rebate-se, enfim, a presente alegativa.

## 5 Conclusão

Demonstradas as particularidades do tema e as respectivas fundamentações, reflita-se, enfim: por que não serem punidos mais rigorosa e eficazmente delitos que atacam bens tão relevantes, responsabilizando-se penalmente também a pessoa jurídica? Ora, não convém que o ente coletivo tenha só os bônus na esfera penal; ele deve ter, também, os ônus, máxime quando intervém afetando objetos jurídicos e materiais valiosos.

A hipótese de configuração de falácia ou de simbolismo, como sustentam alguns, não merece se alongar. Se simbolismo é a não eficácia da norma, é justamente o que se sucede quando não há a punição da empresa que comete um delito, mas apenas da pessoa física então localizada, a impulsionar a multiplicação da prática de crimes pelo ente moral, inclusive sua criação para tal fim, na certeza de que o *ius puniendi* estatal só recairá, por exemplo, em *testas de ferro*, eximindo-se ele da repressão penal então devida. Aí, sim, repousaria uma ineficácia: a insuficiente reprovação do ato penal praticado.

Ademais, os direitos conquistados e aplicáveis ao ser humano não serão diretamente atingidos pela responsabilização penal da pessoa jurídica (quanto aos reflexos, ora, qualquer punição os traz, inclusive quando punida a pessoa física; familiares são atingidos indiretamente).

Busca-se, assim, uma forma de punição *sui generis* da pessoa moral, porque necessária, compatibilizando-a, contudo, no que possível, com a responsabilização do ser humano. Propõe-se a não comparação literal dessas pessoas distintas, a não adequação total das disposições de uma (humana) a outra (social), pois ao ressaltar “no que for compatível”, o Texto Maior já reconheceu serem diferentes, com algo em comum, ou não, de forma que o que não é compatível não é compatível, e despicien- das as críticas a esse respeito. Acredita-se, por fim, ser tempo de moldar e aperfeiçoar as teorias criminalistas à evolução e aos anseios da sociedade, reconhecendo-se que a empresa é uma realidade para todos os *ramos* jurí- dicos, devendo ser também para o Direito Penal, já que o Direito é uno.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 564.960/ SC. Brasília. Relator: Gilson Dipp. *DJ* de 19 dez. 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comp onente=ATC&sequencial=1791225&num\\_registro=200301073684& data=20050613&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comp onente=ATC&sequencial=1791225&num_registro=200301073684& data=20050613&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo 714. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/infor- mativo714.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 92.921/BA. Relator: Ricardo Lewandowski. *DJ* de 26 set. 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus- -hc-92921-ba>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 628.582/ RS. Relator: Dias Toffoli. *DJ* de 3 mar. 2011. Disponível em: <<http:// www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=42& dataPublicacaoDj=03/03/2011&incidente=3935059&codCapitulo=6&n umMateria=23&codMateria=3>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: breve estudo crítico*. Curitiba: Juruá, 2003.

DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.



# Quesitação no Tribunal do Júri – problemática envolvendo a aplicação da nova redação do art. 483, III, e § 2º, do CPP

Iara Cristina Nogueira Biscola

Analista do Ministério Público da União, na área Apoio Jurídico/  
Direito. Especialista em Direito do Estado. Graduada em Direito  
pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

**Resumo:** O presente artigo objetiva, principalmente, em que pese a grande divergência doutrinária acerca dos temas, revelar a natureza jurídica do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e, com base nisso, o real sentido e alcance da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa. Pautado por essas considerações, pretende analisar a reforma promovida na quesitação do Júri pela Lei n. 11.689/2008, especialmente no que se refere à alteração do art. 483, inciso III, e § 2º, do Código de Processo Penal e à problemática decorrente de sua aplicação, cuja importância reside na evidente ofensa por esta a tais premissas, bem como apontar soluções tendentes a afastar o vício de inconstitucionalidade que daí exsurge, fundamentais na atuação do Ministério Público na temática.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Princípio constitucional. Garantia constitucional. Soberania dos veredictos. Plenitude de defesa. Lei n. 11.689/2008. Quesito absolutório genérico. Inconstitucionalidades.

**Abstract:** This article aims, primarily, despite the large doctrinary divergence about the themes, to reveal the legal nature of the Jury Trial, referred on article 5<sup>th</sup>, item XXXVIII, on Constitution of the Federative Republic of Brazil, in 1988, and, on that basis, the real meaning and scope of the sovereignty of verdicts and the fullness of defense. Basing on these considerations, it is intended to analyze the reform promoted in questionnaire of the Jury Trial by Law 11.689/2008, especially regarding to the changes promoted on article 483, item III, and § 2º, of the Code of Criminal Procedure and issues arising from

its application, which importance lies in obvious offense by them to such assumptions, as well as identifying solutions tending to depart the vice of unconstitutionality that emanates therefrom, fundamental in actions of Prosecutors in the theme.

**Keywords:** Jury Trial. Constitutional principle. Constitutional guarantee. Sovereignty of verdicts. Fullness of defense. Law n. 11.689/2008. Generic question for absolution. Unconstitutionality.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução histórica do Tribunal do Júri no direito brasileiro. 3 Natureza jurídica do Tribunal do Júri. 4 Real sentido e alcance da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa. 5 Reforma da quesitação pela Lei n. 11.689/2008 – Art. 483, III, e § 2º, do CPP. 5.1 Redação conferida à norma. 5.2 Problemática envolvendo a aplicação da nova regra. 5.3 Soluções às questões decorrentes da incidência do dispositivo com novo teor. 6 Conclusões.

## 1 Introdução

O Tribunal do Júri representa o exercício direto da democracia pelo povo (origem do poder e seu titular), ao julgar seus semelhantes pela prática de um crime doloso contra a vida. As questões a ele atinentes, por conta disso, sempre despertaram bastante interesse na população, a qual clama pela realização da justiça social.

Profundas e consideráveis mudanças ao longo dos anos marcaram a normatização dessa instituição no direito brasileiro, até que, com a Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 1988), ela passou a ser prevista no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”).

Em razão de tantas alterações no seu regramento, há grande divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, em que pese seja de fundamental importância a sua definição para a própria compreensão da estrutura do Tribunal do Júri, com a inteligência do real sentido e alcance dos princípios, garantias e direitos a ele intrínsecos, principalmente o da soberania dos veredictos e o da plenitude de defesa, que lhe dão sustentáculo.

A exposição e a fundamentação de tais premissas também se revelam valiosas para a aplicação de forma justa das disposições que regem o procedimento relativo aos processos de sua competência, mormente das alterações promovidas no regramento pela Lei n. 11.689, publicada em 9 de junho de 2008, que tratou do tema quase na íntegra. Com essas modificações, buscou-se ajustar o procedimento à ordem constitucional, eliminando problemas que vinham ocorrendo na sua aplicação, há anos questionada pela sociedade e classe jurídica brasileiras, entre eles, a demora nos julgamentos, o excesso de formalismos e atos inúteis, assim como o grande número de processos anulados por questões formais e a complexidade dos quesitos.

Mudanças ocorreram nas duas fases do procedimento, quais sejam, o *iudicium accusationis* – do oferecimento da denúncia/queixa até a decisão de pronúncia, sentença de impronúncia, de absolvição sumária ou decisão de desclassificação da competência, com a participação apenas do juiz togado – e o *iudicium causae* – da preclusão da decisão de pronúncia até o término da sessão de julgamento perante o Conselho de Sentença.

Em vista da enorme relevância das alterações atinentes à quesitação, ainda mais ante a possível inconstitucionalidade advinda da aplicação de algumas das normas com nova redação, como é o caso do previsto no art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP, será analisada a problemática decorrente desses dispositivos e apontadas soluções visando a afastar tal vício, imprescindíveis na atuação do Ministério Público na temática.

## 2 Evolução histórica do Tribunal do Júri no direito brasileiro

A instituição foi primeiramente inserida no capítulo referente ao Poder Judiciário, com a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil, em março de 1824. Previa o art. 151, no Título VI (“Do Poder Judicial”), Capítulo Único (“Dos Juizes e Tribunais de Justiça”), que o Poder Judicial era composto de juizes e jurados, e o art. 152, que estes se manifestavam sobre o fato e aqueles aplicavam a lei.

Em 1830, foi criado o Júri de Acusação e o de Julgamento, reservando àquele a atribuição de apreciar a admissibilidade do que se acusava e, em seguida, a este o dever de deliberar acerca da culpa do réu.

Ampliando de maneira considerável a competência do Júri, o Código de Processo Criminal de 1832 restringiu a atividade do magistrado a praticamente apenas presidir as sessões de julgamento, orientar os jurados e aplicar a pena.

Assim persistiu somente até 1841, pois, com a Lei n. 261 e o Regulamento n. 120, o Júri de acusação foi extinto e suas atribuições passaram para os delegados e juízes municipais, cabendo ao juiz de direito examinar os processos de formação de culpa, com a possibilidade de emendar erros que encontrasse e fiscalizar as atividades das autoridades policiais.

A apelação *ex officio* do juiz de direito foi mantida, quando se entendesse que o Júri decidiu sobre ponto principal da causa contrária à evidência dos debates, depoimentos e provas perante ele apresentadas.

Em 1850, com o Decreto n. 707, a competência do Júri foi restringida, sendo excluídos os delitos de roubo, homicídio cometido nos municípios de fronteira do império, moeda falsa, resistência e tirada de presos. Ao juiz municipal coube o juízo de formação da culpa, pronunciando ou não os acusados para que fossem submetidos a julgamento pelo juiz de direito.

Várias regras de competência e divisão territorial foram alteradas pela Lei n. 2.033, de 1871, que também fez retornar à instituição a competência ampliada.

Com a Constituição de 1891, o Júri foi mantido no ordenamento, inserto na Seção II, Título IV, referente à “Declaração de Direitos”. Pela primeira vez, foi visto como um “direito” ou uma “garantia” individual.

Com o Decreto n. 848, o Júri Federal foi criado. Estabelecia o art. 40, no Capítulo IX, que estavam afastados de sua apreciação os crimes políticos.

A competência foi restringida pela Lei n. 515, que não mais previu, entre outros, os crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, selos, adesivos e vales postais.

Nova redução foi fixada pelo Decreto n. 4.780, com a retirada da apreciação dos crimes de violação do sigilo de correspondência, desacato e desobediência, falso testemunho, prevaricação, resistência, tirada de preso do poder da Justiça Federal, falta de exação no cumprimento do dever, irregularidade de comportamento, peita, concussão, estelionato, roubo, furto, dano e incêndio, quando competente a Justiça Federal.

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, o Júri retornou ao capítulo do Poder Judiciário. Foi confiada ao critério do legislador ordinário a sua organização e a enumeração de suas atribuições.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 39), a instituição do Júri sentiu golpe, de fato, com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, imposta pelo presidente da República sob o manto de um Estado totalitário. Seu texto havia silenciado a respeito, então muitos juristas defendiam a sua extinção, o que não prosperou, contudo, ante a edição do Decreto-Lei n. 167/1938, que a regulou.

Apesar de mantido, o Júri teve sua competência novamente restringida, para abranger somente os crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio a suicídio, duelo com resultado morte ou lesão e roubo seguidos de morte, além deste na forma tentada.

A soberania dos veredictos passou, legalmente, a não existir, pois era possível apelar contra o mérito do julgamento dos jurados em caso de injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas carreadas aos autos ou produzidas em plenário.

Com o retorno da democracia de 1891 e 1934, o que havia sido excluído pelo totalitarismo dominante no período foi restabelecido pelo constituinte de 1946. Ressurgiu o Tribunal Popular, mais forte e dotado de garantias, inserto no Título IV (“Da Declaração de Direitos”), Capítulo II (“Dos Direitos e das Garantias Individuais”),

com o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para crimes dolosos contra a vida.

Foi ainda sancionada a Lei n. 263, admitindo a apelação contra decisão dos jurados manifestamente contrária à evidência dos autos, e, com isso, a realização de um eficaz controle pelas jurisdições superiores contra qualquer abuso cometido pelo Júri, sem violar o princípio da soberania dos veredictos.

Durante o regime militar, foi elaborada a Constituição de 1967, mantendo o Tribunal Popular naquela posição topográfica. A Emenda Constitucional n. 1/1969, por sua vez, conservou o Júri, mas reservou novamente à lei ordinária a atribuição de verificar se ele deveria ou não ser soberano em suas decisões.

Terminado o período militar no Brasil (1964-1985), foi promulgada a Constituição de 1988, nos moldes da Carta de 1946, resgatando tudo o que havia sido suprimido ou alterado pela Constituição de 1967, ou então pela EC n. 1/1969. Naquela, em sede do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), passou-se a determinar que é reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII).

### **3 Natureza jurídica do Tribunal do Júri**

Por conta da tumultuada previsão do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, divergem os autores acerca da natureza da instituição.

Nas lições de Hermínio Alberto Marques Porto (1998, p. 28), o Tribunal Popular é compreendido como um órgão do Poder Judiciário, enquanto outros doutrinadores afirmam ser ele um órgão político.

Para James Tubenclak (1991, p. 9), ao contrário, está desligado do Judiciário, atuando os jurados como cidadãos no uso da cidadania,

tal como ao exercerem o direito ao sufrágio. Não se submetem, por isso, à imposição constitucional de fundamentação das decisões e não são representantes do povo ao julgarem seus pares, mas o próprio povo, exercendo com soberania o poder decisório, em sua condição de titular do poder político.

Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 55) entende ser essa instituição, primordialmente, uma garantia e, sendo assim, há um direito que tem por fim assegurar, que é, indiretamente, o da liberdade, já que o Estado só pode restringi-la, no caso de um indivíduo que cometa um crime doloso contra a vida, se houver julgamento pelo Tribunal do Júri. Ainda segundo ele, é também um direito do cidadão participar na administração da justiça do País.

Adotando diferente posicionamento, Lênio Luiz Streck (1993, p. 154) afirma que “o Tribunal do Júri é uma garantia do cidadão, inscrita no capítulo dos ‘Direitos e Garantias Individuais e Sociais do Cidadão’ na Constituição da República.” Nesse sentido se pronuncia a maioria doutrinária, a saber, Rui Barbosa, Marcelo Caetano, Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Hamilton Moraes e Barros, João Mendes Jr., Julio Fabbrini Mirabete, Rogério Lauria Tucci, Hélio Tornaghi, James Tubenclak, Pinto Ferreira, Aristides A. Milton, Rui Stoco, Hélio Costa, Nádia de Araújo e Ricardo R. de Almeida (NUCCI, 1999, p. 54).

Ao analisar toda a divergência doutrinária, resta claro que detém maior razão o entendimento que o inclui entre as garantias constitucionais, assecuratórias, portanto, de diversos direitos não somente às partes – como é o caso do juiz natural e do devido processo legal no julgamento dos delitos dolosos contra a vida, da plenitude de defesa, do contraditório e, indiretamente, da liberdade –, mas também à sociedade – relativamente à realização da justiça, ao provimento da segurança jurídica e ao direito de os semelhantes julgarem o acusado, participando da atividade do Estado.

Os direitos podem ser diferenciados das garantias, teoricamente, como diz Jorge Miranda, já que aqueles representam por si só certos bens, são principais, permitem a realização das pessoas por se inse-

rirem direta e imediatamente nas respectivas esferas jurídicas e, na acepção jusracionalista inicial, declaram-se, enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, são acessórias e, muitas delas, adjetivas, além de só nelas se projetarem e se estabelecerem (apud NUCCI, 1999, p. 23).

José Afonso da Silva, seguindo tal entendimento, denomina as garantias fundamentais de direitos instrumentais (NUCCI, 1999, p. 24).

A importância de se protegerem os direitos e garantias fundamentais é extraída até mesmo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 6 de agosto de 1789 – a qual prevê que toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes determinada não possui, em absoluto, Constituição –, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, especialmente para um país de Constituição escrita e rígida como o Brasil.

Definindo um dos direitos assegurados pelo Júri, Fernando Capez (2003, p. 25) menciona ser o juiz natural aquele “previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas antes da infração, investido de garantias que lhe assegurem absolutamente independência e imparcialidade”. Nessa linha, a soberania dos veredictos, como garantia constitucional específica, o assegura, pois só aquele julgará um crime da natureza reservada ao Júri.

Quanto ao devido processo legal, mencionam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 82) que compreende o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Elas configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legítimo do exercício da jurisdição.

Sob essa perspectiva, o Júri também cumpre a função de garantia constitucional, por possibilitar às partes que deduzam suas pretensões da maneira mais completa possível, dentro dos parâmetros aceitos pelo ordenamento, para que se alcance um provimento jurisdicional justo.

Como corolários do devido processo legal tem-se a plenitude de defesa e o contraditório, que, segundo Alexandre de Moraes (2003, p. 124), consiste na exteriorização da ampla defesa, “impondo a condição dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente”.

Sob o aspecto social, principalmente por meio da soberania dos veredictos, o Tribunal do Júri visa a assegurar a realização da justiça, o provimento da segurança jurídica e o direito de os cidadãos julgarem o réu.

O sentido de justiça remete ao seu alcance político, proposto por Aristóteles, pois o objetivo é a criação de uma situação de convivência social estável e organizada, além de pacífica e racional. Isso só se torna possível com base no justo legal, relacionado às prescrições vigentes entre os cidadãos de certo Estado, e no justo natural, referente à natureza humana. Assim, possuindo a sociedade, por meio de cidadãos pertencentes a diversas classes sociais, a competência para o julgamento de um de seus componentes, poderá decidir da maneira que considere mais justa, segundo o entendimento de justiça que compartilham os povos, incondicional e intemporalmente, relativo às noções e princípios comuns, fundados na natureza racional do homem, construída pelo justo legal com base no justo natural.

Por segurança jurídica, sob a ótica social, entende-se a promoção da paz na sociedade, que a prática de um delito abala. Enquanto objetivo perseguido pelo Direito Penal, em sua teoria da prevenção especial, visa à reeducação e à ressocialização do condenado por meio de uma pena proporcional ao grau de afetação ao bem jurídico tutelado e da reprovabilidade do réu.

E o Tribunal Popular, em razão de sua composição social mista, ao julgar realiza o que a sociedade entende como o mais justo possível para retomar a segurança jurídica, despertando, ainda, o senso de participação na administração da justiça.

#### 4 Real sentido e alcance da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa

Compreendida a natureza jurídica do Tribunal do Júri e as suas implicações, com fundamento nas premissas já construídas, passa-se a tratar especificamente dos dois principais sustentáculos da instituição.

Em uma interpretação meramente gramatical do texto constitucional de 1988, a minoria doutrinária defende a inalterabilidade das decisões dos jurados, sob pena de afronta à soberania dos veredictos. Para James Tubenchlak (1991, p. 156-157), essa garantia “não é suscetível, sob qualquer pretexto, de ser atingida” e, para Lênio Luiz Streck (1993, p. 152), seria impossível, em apelação, a reapreciação do mérito de tal decisão.

Apesar desse entendimento, a soberania dos veredictos há de ser interpretada segundo a evolução da concepção de soberania nos últimos séculos – vigente em países que estruturaram seus poderes em respeito à consciência popular, como Inglaterra, Estados Unidos, França, Bélgica e Suíça –, voltada à sua relativização, após a percepção de que o Estado não poderia ser totalmente absoluto e de que sua soberania, embora suprema em relação ao ordenamento externo, não poderia sê-lo internamente, tornando necessária a existência de uma limitação perante os cidadãos, principalmente em relação aos direitos e garantias individuais (NUCCI, 1999, p. 82).

Assim, enquanto garantia específica do Júri, deve ser analisada ante a significação atribuída à instituição, de garantia constitucional, assecuratória de direitos, não apenas sob a ótica individual mas também sob a social.

Acerca do intuito de se preservar a justiça das decisões do Conselho de Julgamento, José Frederico Marques (1997, p. 75) indaga: “Consistirá, porém, essa soberania na impossibilidade de um controle sobre o julgamento, que, sem subtrair ao Júri o poder exclusivo de julgar a causa, examine se não houve grosseiro *error in iudicando*?”. E, respondendo, afirma que não, sob pena de se confundir a soberania com uma onipotência insensata, injusta e sem freios.

Pautada nesse entendimento, a grande maioria doutrinária, amparada pela jurisprudência de todos os níveis, defende que a soberania dos veredictos não implica a impossibilidade de revisão, quanto ao mérito, das decisões dos jurados, o que seria admitir a existência de sentenças claramente injustas que, em nenhuma hipótese, poderiam ser substituídas por outras, mais acertadas.

Pode-se afirmar, diante disso, que, como garantia constitucional, a soberania dos veredictos visa a assegurar ainda mais os direitos protegidos e efetivamente realizados pelo Tribunal do Júri, garantindo, desse modo, o juiz natural e o devido processo legal quanto aos delitos dolosos contra a vida – uma vez que preceitua ser apenas o Tribunal Popular competente para decidir sobre a procedência ou não da pretensão punitiva, bem como acerca do reconhecimento de causas de aumento ou diminuição da responsabilidade do acusado – e, consequentemente, os direitos deste decorrentes (contraditório e plenitude de defesa e, indiretamente, a liberdade do acusado), assim como os direitos concernentes à sociedade (realização da justiça, promoção da segurança jurídica e direito de os cidadãos julgarem o acusado).

Evidencia a soberania dos veredictos, além disso, a base/fundamento do Júri, ao lado dos demais princípios que o regem, sem os quais ele não existiria tal como concebido, perdendo por completo sua essência. Sob essa ótica, não resta dúvida de que também se caracteriza como um princípio.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 882-883) que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”.

Outro princípio constitucional inerente ao Tribunal Popular, previsto na alínea *c* do art. 5º, inciso XXXVIII, da CF, é o da plenitude de defesa. Corolário da garantia do devido processo legal, também é alicerce/mandamento nuclear da instituição, tendo alcance mais extenso que a ampla defesa, por permitir que o réu se defenda de maneira mais irrestrita, vedadas limitações desmotivadas.

Ressalta Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 140) que a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial do próprio Júri. Segundo ele, sem ela este não é um tribunal justo e, assim não sendo, jamais será uma garantia ao homem. Durante a instrução criminal, procedimento inicial para apreciar a admissibilidade da acusação, vige a ampla defesa, enquanto em plenário esta certamente está presente a ampla defesa, mas com um toque a mais: precisa ser, além de ampla, plena.

Em sua acepção, compreendida está, portanto, a autodefesa e a defesa técnica, revelando-se importante a seleção dos jurados entre variadas classes sociais. Cabe ao magistrado, ademais, o desempenho de um papel imprescindível para que seja preservado esse princípio, consistente na verificação da adequação e da satisfatoriedade das teses defensivas sustentadas pelo advogado, dissolvendo o conselho, marcando novo dia para o julgamento e nomeando ou constituindo outro defensor ao acusado caso o considere indefeso e desde que a autodefesa não possa suprir plenamente a defesa técnica (art. 497, inciso V, do CPP).

Firmadas essas premissas acerca da instituição e dos princípios que a regem, bem como dos direitos a que visa tutelar, pode-se partir para a análise das mais profundas alterações promovidas nas regras aplicáveis aos processos de sua competência, quais sejam, as da Lei n. 11.689/2008, mormente em relação à quesitação, dada a importância do tema, já que diversos problemas decorrem de sua aplicação, e soluções devem ser propostas visando a afastar a inconstitucionalidade que daí exsurge.

## **5 Reforma da quesitação pela Lei n. 11.689/2008 – Art. 483, III, e § 2º, do CPP**

### **5.1 Redação conferida à norma**

A Lei n. 11.689, publicada em 9 de junho de 2008 e vigente sessenta dias depois, alterou quase na íntegra o regramento para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e dos delitos a eles conexos ou continentais.

Com esse novo diploma normativo, buscou-se ajustar o procedimento à ordem constitucional, eliminando diversos problemas que vinham ocorrendo em razão da aplicação da antiga disciplina do Júri, há anos questionada pela sociedade e classe jurídica brasileiras; entre eles, a demora na realização dos julgamentos, o excesso de formalismos e a prática de atos inúteis, assim como o grande número de processos anulados por questões formais e a complexidade dos quesitos.

Da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 4.203/2001 constava, nesse sentido, que “o anteprojeto busca cumprir os objetivos de modernização, simplificação e eficácia, tornando o procedimento do Júri mais garantista, prático, ágil e atual, resgatando uma dívida de mais de um século”.

Alterações ocorreram nas duas fases – *iudicium accusationis* (arts. 406 a 421 do CPP), que vai do oferecimento da denúncia ou queixa até a decisão de pronúncia, de impronúncia, de absolvição sumária ou de desclassificação, com a participação apenas do juiz togado, e *iudicium causae* (arts. 422 a 496 do CPP), que vai da preclusão da decisão da pronúncia até o término da sessão de julgamento perante o Conselho de Sentença.

Já lecionava Denílson Feitoza (2009, p. 541) que na quesitação estava “a maior parte das dificuldades no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, responsável pela maioria das anulações de julgamentos”.

Dispunha o art. 484 do CPP:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo;

II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários;

III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que, por lei, isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude;

IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;

V - se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação;

VI - quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza.

Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:

I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;

II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo;

III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas;

IV - se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.

Com o advento da Lei n. 11.689/2008, passou a ser prevista uma ordenação dos quesitos a serem formulados aos jurados:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I - a materialidade do fato;

II - a autoria ou participação;

III - se o acusado deve ser absolvido;

IV - se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V - se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I - causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II - circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.



§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

A leitura desses dispositivos permite concluir que a modificação mais profunda introduzida pela reforma está centrada na quesitação das teses defensivas, prevista no art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP, pois não é mais necessária a elaboração de série distinta de quesitos para cada uma delas. Após quatro jurados responderem afirmativamente às questões relativas à “materialidade do fato” e à “autoria ou participação”, deve ser formulado quesito com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?”

Até a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, adotava-se o método francês de decisão. O juiz elaborava um questionário sobre o fato principal, descrito no libelo, e acerca de fatos e circunstâncias que isentassem de pena, excluíssem o crime ou o desclassificassem, bem como sobre circunstâncias da pena, que os jurados, incomunicáveis, teriam de responder. Questionava-se, então, cada uma das teses defensivas, separadamente, de tal forma que era possível extrair a vontade da sociedade representada pelos jurados sobre o fato em julgamento e saber por que o réu havia sido condenado ou absolvido. Permitia-se, assim, o pleno exercício do direito de recurso pela parte inconformada.

Com a alteração promovida pela Lei n. 11.689/2008, contudo, passou-se a adotar um sistema híbrido de quesitação, mescla dos modelos francês e inglês. Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 816) assevera que os ingleses deixam a mais ampla possibilidade de escolha aos jurados, em seu mais largo espectro, na medida em que lhes oferecem, sem qualquer sugestão, a tese e a antítese da responsabilidade penal do acusado. Pergunta-se no júri inglês se o réu é “culpado ou inocente” (*guilty or not guilty*), dando-se a cada um dos jurados o direito de votar “culpado” (*guilty*) ou “inocente” (*not guilty*).

Tal doutrinador salienta, outrossim, a incoerência da expressão “absolvido” neste quesito, já que, além de indutora de resposta absoluta, paira sobre o réu uma acusação, decorrente da pronúncia, sendo necessário saber apenas dos jurados sobre sua procedência ou não (isto

é, se culpado ou inocente). Para ele, portanto, seria mais sensato perguntar se é culpado, como no modelo francês, ou adotar a “opção inglesa”, dando aos jurados os votos expressos em duas distintas cédulas de “culpado” ou “inocente”.

## 5.2 Problemática envolvendo a aplicação da nova regra

*Sentido, senhores! Quando o tribunal popular cair é a parede mestra da justiça que ruirá.*

(Ruy Barbosa)

Diversas são as críticas tecidas a tal dispositivo legal, merecendo algumas delas menção e análise.

A primeira diz respeito à própria norma extraída da interpretação literal do art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP, em evidente afronta aos já referidos princípios do devido processo legal, do contraditório e da igualdade, intrinsecamente relacionados, os quais a instituição do Júri visa a garantir.

Sustenta Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 116-117) que esta é a maior alteração do atual questionário. Na sistemática anterior, o acusado somente seria absolvido se obtivesse quatro votos em relação a cada quesito e eles se desdobravam.

É evidente, por essa razão, que o dispositivo deixa as partes em total disparidade, já que determina a votação de todas as teses defensivas em um único quesito, ao passo que as alegações da acusação constam de quesitos separados, sendo obrigatoriamente votadas de maneira isolada pelos jurados.

Assim já sinalizava Mauro Viveiros (2003, p. 157-158):

A nosso ver, essa obrigatoriedade, se seguida rigidamente, poderá implicar em violação ao princípio do contraditório na sua plenitude e cerceamento, tanto à acusação quanto à defesa, em diversos casos concretos. O réu pode alegar cerca de duas dezenas de teses defensivas,

sem que nenhuma seja votada pelos jurados, enquanto que as proposições da acusação serão obrigatoriamente votadas e, assim, efetivamente apreciadas pelo Júri. ISSO AGRIDE PROFUNDAMENTE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, DA CF), visto que uma das mais expressivas facetas desse princípio é a igualdade de tratamento processual [grifo do original].

Outro problema advindo da nova redação do dispositivo refere-se à própria previsão do quesito absolutório genérico. Ao ser formulada a pergunta “O jurado absolve o acusado?”, estariam aí reunidas, ainda que contraditórias ou alternativas, ao menos quase todas as teses defensivas – pois eventual tese de negativa da existência do crime ou da autoria já poderia ter sido negada, ou então, poderiam ser ventiladas outras, não abrangidas nesse dispositivo, como causas de diminuição de pena ou desclassificação.

No dispositivo estarão contidas, ainda, quase todas as causas de “exclusão” do crime (como a legítima defesa e o estrito cumprimento de um dever legal, causas de “exclusão” da ilicitude ou eximentes) e causas de “isenção” do crime (como a coação moral irresistível, causa de “exclusão” da culpabilidade ou dirimente).

Denílson Feitoza (2009, p. 543-544) aponta como consequência a prevalência da intenção global de absolver e não o que cada jurado pensa sobre determinada tese. Anteriormente, se três jurados votassem pela legítima defesa real e dois pela legítima defesa putativa, ainda assim haveria condenação, porque não teria ocorrido maioria de votos quanto a qualquer das teses. Doravante, se um jurado votar pela legítima defesa real, outro pela legítima defesa putativa, um terceiro pelo estado de necessidade e um quarto pela mera “clemência”, todas essas teses estarão contidas, simultaneamente, no quesito absolutório geral. O acusado seria absolvido e não se saberia se todos votaram em uma só tese ou se cada um votou em uma.

O impasse atingiria, logicamente, a fase recursal, admitindo-se a soberania “absoluta” dos veredictos, em primeiro e único julgamento, o que contraria todo o exposto sobre a sua concepção como princípio-garantia e o princípio constitucional da plenitude de defesa. Isso

porque, havendo mais de uma tese defensiva, além da eventual negativa de autoria ou de existência do crime, não seria possível saber qual delas foi acolhida, ou então rejeitada.

O Ministério Público não teria como recorrer se houvesse mais de uma tese defensiva em clara mácula à igualdade, portanto, pois se aumentaria a chance de uma resposta absolutória na proporção das teses defensivas, e ao duplo grau de jurisdição, já que não se saberia o motivo da absolvição, bem como ao contraditório, pelo desequilíbrio que geraria, todos princípios constitucionais.

A nova sistemática compromete, ainda, a exigência constitucional da absoluta eficiência na aferição da vontade soberana manifestada pelos jurados e a determinação legal de que a decisão no Júri será tomada por uma verdadeira maioria de votos (art. 489 do CPP). Suponhamos um caso em que a defesa tivesse sustentado quatro teses em plenário e fosse colhida a manifestação dos jurados acerca delas depois de confirmadas autoria e materialidade delitivas, sendo que apenas um deles tivesse sido favorável a cada uma delas. Colhendo-se os votos na metodologia anterior, todas as teses teriam sido rejeitadas por maioria de seis votos contra um, em cada uma delas, e o réu estaria condenado, com o respeito à soberania da manifestação dos jurados. Com a metodologia da nova redação do art. 483 do CPP o mesmo não ocorreria, já que o acusado teria sido absolvido por uma falsa maioria de quatro votos, contra a falsa minoria de três votos.

Da aplicação do disposto no novo art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP, decorreria, ainda, outro problema, apontado por Edilson Mougnot Bonfim (2009, p. 815), relacionado à hipótese em que a única tese pessoal do réu ou a única sustentada pela defesa técnica fosse a negativa da autoria e ao menos quatro jurados tivessem respondido afirmativamente aos dois primeiros quesitos, caso em que já estaria condenado o acusado. Segundo tal dispositivo, contudo, dever-se-ia fazer, após, a seguinte indagação: “O jurado absolve o acusado?”. Caso houvesse ao menos quatro respostas afirmativas, o réu seria absolvido, porém, por causa desconhecida, não submetida ao crivo do contraditório, e que dificultaria o duplo grau de jurisdição.

O Ministério Público novamente não teria como apelar dessa decisão sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, *d*, do CPP), porque ignoraria a razão pela qual o acusado foi absolvido.

O mesmo ocorreria se não fosse sustentada pela defesa qualquer tese absolutória, só alegada causa de diminuição da pena. Respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos por mais de três jurados, seria formulada a pergunta genérica “O jurado absolve o acusado?”, podendo ser novamente acatada tese desconhecida, não submetida ao contraditório.

Poderia comprometer a sentença do juiz e até mesmo o direito da vítima ou dos familiares, outrossim, a hipótese em que fossem sustentadas, na imputação de um crime de homicídio, por exemplo, a legítima defesa real própria e a inimputabilidade. Respondendo mais de três jurados afirmativamente ao terceiro quesito, genérico absolutório, o réu seria absolvido, não se sabendo qual a tese acatada, entretanto, nem a consequência jurídica dela advinda; pois, se a absolvição se desse por legítima defesa real própria, não haveria sanção nem reparação do dano (CPP, art. 65 *c/c* art. 188, I, do Código Civil), enquanto que, se o acusado fosse absolvido por inimputabilidade, ser-lhe-ia aplicada medida de segurança (CP, art. 97, *caput*).

O mesmo problema ocorreria quando as alegações da defesa versassem somente sobre a legítima defesa real própria e a insuficiência de provas à condenação, por exemplo. Respondendo mais de três jurados afirmativamente ao terceiro quesito, o acusado estaria absolvido, sem que se soubesse qual a tese acatada, tampouco se a reparação do dano seria cabível.

Outro grave problema decorrente desse novo sistema seria verificado no caso da apresentação, pela defesa, das teses da legítima defesa real própria e do excesso culposo na discriminante. Sob pena de ofensa ao princípio constitucional da plenitude de defesa, o juiz deveria formular quesito específico acerca do excesso, consistindo o problema em saber quando fazê-lo. Ao responderem o terceiro que-

sito, os jurados estariam julgando a tese da legítima defesa real própria e, se dissessem sim, o réu seria absolvido, ou não, estaria condenado por crime doloso contra a vida, afastada a discriminante definitivamente. O excesso só seria objeto de votação, nesse caso, se negada a moderação na repulsa. Não se sabe, porém, pelo atual método de quesitação, qual foi o requisito da discriminante em apreço que os jurados entenderam faltar (a agressão sofrida pelo réu teria sido justa, ou a agressão ao réu não foi atual nem iminente). Concluir que teria faltado o requisito da moderação no uso dos meios necessários não passa de uma inaceitável presunção.

### 5.3 Soluções às questões decorrentes da incidência do dispositivo com novo teor

A supremacia da Constituição e o seu deslocamento para o centro do sistema jurídico lhe conferiram uma posição de destaque na interpretação dos demais ramos do Direito, entre eles, o processual penal, já que todos devem ser compreendidos sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (filtragem constitucional). Por isso a afirmação de que toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Por terem suas competências estabelecidas pela Constituição, há uma presunção, ainda que relativa (*iuris tantum*), de que os poderes públicos, na edição das leis, agiram em conformidade com ela. Na prática, no caso de dúvida acerca de sua constitucionalidade, a lei deve ser considerada válida.

A liberdade de conformação da Constituição é atribuída com primazia ao Legislativo e ao Executivo, o que faz com que a declaração de inconstitucionalidade deva ser o último recurso do qual o juiz lance mão. Havendo mais de uma interpretação possível, há de se optar por aquela que seja compatível com a Constituição (interpretação conforme a Constituição).

Leciona Marcelo Novelino (2009, p. 164) que esse tipo de interpretação contém um princípio conservador da norma, cujo escopo é

a preservação da autoridade do comando normativo, evitando-se a anulação de normas dúbias. Para conservar a validade do dispositivo, confere-se um sentido compatível com o texto constitucional, fixando uma determinada interpretação e afastando, em princípio, as demais. O ato questionado é considerado constitucional desde que interpretado no sentido fixado pela decisão, devendo o resultado da interpretação ser incorporado resumidamente na sua parte dispositiva (a norma “X” é constitucional, desde que interpretada no sentido “A”).

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 252-253), esse postulado normativo é, fundamentalmente, um princípio de controle (assegura a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma. Segundo ele, esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, entre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher a que não contraria o texto e o programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que elas não devem ser declaradas inconstitucionais quando, observados os seus fins, puderem ser interpretadas em conformidade com a Constituição; e (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem* impõe que o aplicador de uma norma não contrarie a sua letra e sentido mediante uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que por ela consiga uma concordância.

Reconhecendo que esse princípio estaria previsto como técnica de decisão no controle abstrato de constitucionalidade, porém, previsto no art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999 – o qual enuncia que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal –, enuncia Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 224-225) que, sendo possível mais de uma

interpretação do ato impugnado (norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar a que o ajusta à Constituição, e, nesse caso, tem o Supremo Tribunal Federal entendido, como a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais todos os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Carta Magna.

Quer como princípio de interpretação das leis, utilizável por qualquer intérprete da Constituição, quer como técnica de decisão a ser aplicada pelo Judiciário no controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição há de ser usada nos casos reportados, visando a afastar os vícios que a aplicação da nova redação do art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP acarreta.

Como solução à problemática que envolve a reunião de todas as teses defensivas em um só quesito, portanto, e desfecho à evidente violação ao princípio-garantia constitucional da soberania dos veredictos, assim como ao princípio constitucional da igualdade, da plenitude de defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, há de se fazer a pergunta “O jurado absolve o acusado?” para cada uma das teses absolutórias.

Num plano concreto, difuso, deve-se aplicar a redação inaugurada pelo art. 483 do CPP apenas quando única for a tese defensiva de excludente de ilicitude e/ou de isenção de pena, mantendo-se a forma anterior de quesitação para os casos em que a defesa traga em plenário diferentes teses desse tipo. Por sua vez, em um plano de controle concentrado de constitucionalidade, por ser norma federal, exercido exclusivamente pela Suprema Corte, seria possível a suspensão liminar de todo o artigo ou, especialmente, do inciso III e do § 2º do art. 483 do CPP, “represtinando” a redação anterior, com base no art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/1998, para que, em posterior juízo de mérito, se deliberasse pela inconstitucionalidade da norma, ou, num juízo de inconstitucionalidade sem redução de texto, se restringisse a aplicação da nova metodologia aos casos de única tese defensiva de exclusão de ilicitude e/ou de isenção de pena.

Aduzem Rogério Sanches Cunha, Luiz Flávio Gomes e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 223), no mesmo sentido, que “deve prevalecer a individualização das teses defensivas, levando o Conselho de Sentença a se manifestar sobre cada uma isoladamente (sem desdobramentos outros)”.

Idêntico entendimento deve ser aplicado à hipótese de sustentação pela defesa de tese referente apenas à negativa de autoria ou de existência do crime, ou então, no caso de alegação de tese atinente somente a uma causa de diminuição de pena. Respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos (materialidade do fato e autoria ou participação), nos termos do art. 483, § 3º, do CPP, a ser aplicado em seguida, sem que se faça a pergunta “O jurado absolve o acusado?”, o julgamento prossegue com a formulação de quesitos sobre causa de diminuição de pena alegada pela defesa, circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Quanto ao outro problema mencionado, tangente à alegação das teses da legítima defesa real própria e da inimputabilidade, por exemplo, e ao questionamento que surge, no sentido de como saber qual foi o argumento acatado pelos jurados em caso de absolvição, sugere Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2008, p. 209) a formulação de um quesito específico sobre a inimputabilidade após a resposta positiva ao terceiro (“O jurado absolve o acusado?”). Assim, deve ser elaborado um quarto quesito, indagando dos jurados se o acusado era inimputável ao tempo do crime, sendo que a resposta positiva implicará a absolvição por inimputabilidade; por sua vez, a negativa significará a absolvição pela tese principal (por exemplo, legítima defesa).

O mesmo deve ocorrer na hipótese de serem alegadas a legítima defesa real própria e a insuficiência de provas, bem como respondidos afirmativamente os três primeiros quesitos, a fim de se saber qual a tese acatada pelos jurados e as consequências dela advindas.

Por fim, acerca do momento da formulação de quesito sobre a tese do excesso culposo, divergem os autores, havendo quem sustente

que o seu reconhecimento implicaria a desclassificação da infração, e outros, que seria mera questão de política criminal.

Os primeiros, entre eles Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2009, p. 213), sugerem a formulação de “um quesito sobre a desclassificação, no caso, desclassificação imprópria, após a resposta ‘sim’ ao terceiro quesito, nos termos do novo art. 483, § 4º, do CPP”.

Diversamente, argumenta Aramis Nassif (2008, p. 152) que a tese poderia ser confortada pelo disposto no art. 483, § 3º, inciso I, do CPP, pois seu acolhimento induz a uma questão de política criminal. Sugere, em vista disso, quesito com a seguinte redação: “O acusado, sob domínio de violenta emoção provocada por agressão injusta e atual (ou iminente) do ofendido, excedeu apenas culposamente os limites da legítima defesa?”.

O reconhecimento do excesso culposo, porém, não deve ser confundido com a desclassificação, porque, como assevera Hermínio Alberto Marques Porto (1998, p. 230), aquele, *nomen juris* para identificar o parágrafo único do art. 23 do CP, indica regra de relação da pena ao fato “se este punível como crime culposo”, enquanto a figura não contém conceito de culpa própria. O excesso de defesa, ou excesso na legítima defesa, nomes de melhor coadunação à figura, não contém os elementos da infração culposa, e a menção feita pelo parágrafo ao “crime culposo” é restrita a um objetivo de chamamento ou referência para encontro de quantidade penal.

No mesmo sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2002, p. 597):

Única explicação plausível para o chamado “excesso culposo” é a de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do § 1º do art. 20, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do art. 18, não se pode dizer, jamais, que, para a nossa lei, o chamado “excesso culposo” seja uma conduta culposa, e sim que o “culposo”, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, visto que, a se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição *intra legem*.

Pelas circunstâncias do fato – existência de uma agressão injusta, atual ou iminente –, pode ocorrer de o agredido, voluntária e conscientemente, ampliar a reação, convertendo-se em agressor, o que identificaria o excesso doloso. Se, porém, dramaticamente ultrapassar os limites da licitude por destempero emocional, com redução de sua capacidade de agir com racionalidade, a conduta continuará sendo ilícita, mas autorizada estará a aplicação de pena, correspondente àquela prevista para a modalidade culposa, se existir.

Não há como aceitar, então, que o ato praticado pelo agente ao se defender desesperadamente da agressão que pode custar-lhe a vida caracterize conduta imprudente, negligente ou imperita, já que, nessa hipótese, age conscientemente para conter a vítima, mesmo que tenha de abater-lhe.

Tratando-se, pois, de questão de política criminal, adotada para que se mantenha a proporcionalidade no apenamento, entre uma ação de quem jamais se defendeu de injusta agressão e o ato daquele que reage excessivamente, acaso sustentada no Júri, a fim de se conferir interpretação conforme as garantias constitucionais, há de ser formulado quesito específico após o terceiro, nos termos do CPP, art. 483, § 3º, inciso I.

## 6 Conclusões

Discussões doutrinárias a respeito do Tribunal do Júri iniciam-se logo na definição de sua natureza jurídica, haja vista a tumultuada previsão da instituição no decorrer da história do Direito brasileiro. Alguns autores o compreendem como órgão do Poder Judiciário, tal qual era previsto na Constituição Política do Império do Brasil, de março de 1824, e na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de julho de 1934; outros, como órgão político, já que os jurados seriam cidadãos exercendo a sua cidadania; e outros, ainda, como direito ou garantia, quer de um indivíduo, como dispunham as Constituições de 1891 e 1946, quer do cidadão (maioria da doutrina).

Detém maior razão o entendimento que inclui a instituição entre as garantias constitucionais, assecuratória de diversos direitos, então, não apenas às partes – como é o caso do juiz natural e do devido processo legal no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, da plenitude de defesa, do contraditório e, indiretamente, da liberdade –, mas também à sociedade – relativamente à realização da justiça, ao provimento da segurança jurídica e ao direito de os semelhantes julgarem o acusado, participando da atividade do Estado.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Júri vem previsto no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), sendo determinado o seu reconhecimento, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e, d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII).

Os dois maiores sustentáculos dessa instituição são a soberania dos veredictos e a plenitude de defesa. Aquela há de ser compreendida sob dois aspectos, ou seja, como garantia específica do Júri, e, assim, tem de ser analisada com base na própria significação atribuída à instituição, de garantia constitucional, assecuratória de diversos direitos, sob as óticas individual e social, de tal forma que não se confunda com onipotência insensata, injusta e sem freios. Também deve ser entendida como um princípio, na medida em que se revela como alicerce/mandamento nuclear do Júri ao lado dos demais princípios que o regem, previstos na Constituição de 1988, sem os quais ele não existiria tal como concebido, perdendo por completo sua essência.

A plenitude de defesa, por sua vez, é corolário da garantia do devido processo legal, e também há de ser considerada princípio, por ser base/fundamento do Júri, compreendida como variante da ampla defesa, embora com alcance mais vasto, permitindo que o réu se defenda de maneira irrestrita.

Com base nessas premissas, uma problemática decorre da aplicação das alterações promovidas nas regras referentes aos processos de sua competência, especificamente a maior delas, pela Lei n. 11.689/2008,

que tratou quase na íntegra do tema, com foco na quesitação, considerada por muitos a maior causadora de anulações de julgamentos.

A modificação mais profunda centra-se nas teses defensivas, cujo questionamento encontra previsão no art. 483, inciso III, e § 2º, do CPP, por não ser mais necessário elaborar série distinta de quesitos para cada uma delas, mescla dos modelos francês e inglês. Daí decorre a afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da igualdade.

A previsão do quesito absolutório genérico (“O jurado absolve o acusado?”), após ao menos quatro jurados terem respondido afirmativamente aos dois primeiros (materialidade e autoria delitivas), também traz como consequência a prevalência da intenção global de absolver e não o que cada jurado pensa sobre determinada tese, visto que aquele abrange ao menos quase todas, ainda que contraditórias ou alternativas. O impasse atingiria, logicamente, a fase recursal, admitindo-se a soberania “absoluta” dos veredictos, em primeiro e único julgamento.

Por meio da filtragem constitucional e da interpretação conforme a Constituição, entendida esta quer como princípio de interpretação das leis, utilizável por qualquer intérprete da Constituição, quer como técnica de decisão a ser aplicada pelo Judiciário no controle de constitucionalidade, soluções foram propostas para tal problemática, visando a contribuir com a atuação do Ministério Público na temática.

A fim de evitar a afronta a princípios que até mesmo a instituição do Júri visa a garantir, o juiz deve fazer a pergunta “O jurado absolve o acusado?” para cada uma das teses absolutórias alegadas. Num plano concreto, difuso, há de ser aplicada a redação inaugurada pelo art. 483 do CPP apenas quando única for a tese defensiva de excludente de ilicitude e/ou de isenção de pena, mantendo-se a forma anterior de quesitação caso a defesa traga em plenário diferentes teses desse tipo. Já em um plano de controle concentrado de constitucionalidade, por ser norma federal, exercido exclusivamente pela Suprema Corte, seria possível a suspensão liminar de todo o artigo ou, especialmente, do inciso III e do § 2º do art. 483 do CPP, “represtinando” a redação anterior, com base no art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/1998, para que, em posterior juízo de mérito, se deliberasse pela inconstitucionalidade da

norma, ou, num juízo de inconstitucionalidade sem redução de texto, se restringisse a aplicação da nova metodologia aos casos de única tese defensiva de exclusão de ilicitude e/ou de isenção de pena.

Da aplicação do disposto no novo art. 483, inciso III e § 2º, do CPP, decorreria, ainda, outro problema, relacionado à hipótese em que a única tese pessoal do réu ou a única sustentada pela defesa técnica fosse a negativa de autoria, e ao menos quatro jurados tivessem respondido afirmativamente aos dois primeiros quesitos, caso em que já estaria condenado o acusado. Se ao menos quatro respondessem sim ao quesito absolutório genérico, o réu seria absolvido por causa desconhecida, não submetida ao contraditório e que dificultaria o duplo grau de jurisdição. O mesmo ocorreria se não fosse sustentada pela defesa qualquer tese absolutória, só alegada causa de diminuição da pena.

A solução anterior há de ser aplicada também a essa hipótese. Respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos (materialidade do fato e autoria ou participação), nos termos do art. 483, § 3º, do CPP, a ser aplicado em seguida, sem que se faça a pergunta “O jurado absolve o acusado?”, o julgamento prossegue com a formulação de quesitos sobre causa de diminuição de pena alegada pela defesa, circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Poderia comprometer até mesmo o direito da vítima ou dos familiares, outrossim, a hipótese em que fossem sustentadas, na imputação de um crime de homicídio, por exemplo, a legítima defesa real própria e a inimputabilidade, ou aquela e a insuficiência de provas. Respondendo mais de três jurados afirmativamente ao terceiro quesito, genérico absolutório, o réu seria absolvido, não se sabendo qual a tese acatada, entretanto, nem a consequência jurídica dela advinda (se haveria ou não reparação do dano ou aplicação de medida de segurança).

A formulação de um quesito específico sobre a inimputabilidade após a resposta positiva ao terceiro (“O jurado absolve o acusado?”) resolve o impasse. Deve ser elaborado, então, um quarto quesito, indagando dos jurados se o acusado era inimputável ao tempo do crime. A

resposta positiva implicará a absolvição por inimputabilidade; a negativa, por sua vez, significará a absolvição pela tese principal.

Finalmente, no caso da apresentação das teses defensivas da legítima defesa real própria e do excesso culposo na discriminante, surge dúvida acerca do momento para o juiz formular quesito específico acerca do excesso, já que, ao responderem o terceiro quesito, os jurados estariam julgando aquela tese e, se dissessem sim, o réu seria absolvido, se não, estaria condenado por crime doloso contra a vida, afastada a discriminante definitivamente. O excesso só seria objeto de votação, então, se negada a moderação na repulsa, porém, pelo atual método, não se sabe qual o requisito da discriminante que os jurados entenderam faltar.

Considerando o reconhecimento do excesso culposo não como desclassificação – por ser aquele *nomen juris* usado para identificar o parágrafo único do art. 23 do CP, indicando regra de relação da pena ao fato “se este punível como crime culposo” e não contendo conceito de culpa própria –, mas como questão de política criminal, adotada para que se mantenha a proporcionalidade no apenamento, entre uma ação de quem jamais se defendeu de injusta agressão e o ato daquele que reage excessivamente, acaso sustentada no Júri, a fim de se conferir interpretação conforme as garantias constitucionais, há de ser formulado quesito específico após o terceiro, nos termos do CPP, art. 483, § 3º, inciso I.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do CPP e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev., ampl. e atual. com a “Reforma Processual Penal”. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri – procedimentos e aspectos do julgamento*. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.



STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WHITAKER, Firmino. *Júri*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1930.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

## O lugar da cultura na culpabilidade dos índios

Márcio Andrade Torres

Procurador Regional da República na PRR – 5ª Região.  
Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa.

**Resumo:** Uma das grandes dificuldades do operador do direito penal consiste em identificar, no âmbito de uma sociedade multicultural, até que ponto os institutos daquele ramo do direito têm aptidão para incidir nas diferentes conformações culturais que de algum modo integram a população a que se dirige o ordenamento jurídico-penal. Para o presente artigo, importa a relevância dos aspectos culturais para a aplicação do direito penal da sociedade envolvente no que diz respeito às comunidades indígenas. Com base na abordagem de diferentes modelos de atribuição de responsabilidade penal aos índios, adotados em diversos países em que há essa convivência multicultural, pretende-se firmar o entendimento sobre a importância da consideração dos usos e costumes indígenas para, no caso concreto, dado o condicionamento cultural a que estão submetidos os membros de um grupo indígena, aferir-se a existência de crime e a culpabilidade dos índios, assim como a aptidão da pena para produzir seus pretendidos efeitos.

**Palavras-chave:** Direito penal. Índios. Culpabilidade. Responsabilidade penal. Multiculturalismo. Cultura. Condicionamento cultural. Direito penal indígena. Causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

**Abstract:** One of the great difficulties for a criminal law operator consists of identify, in the framework of a multicultural society, the extent to which the principles of that branch of law have aptitude to have effect on different cultural conformations that somehow integrates the population under consideration in the criminal legal system. For this paper, the relevance of cultural aspects matters for the application of the surrounding society criminal law with regard to indigenous communities. From the approach of different models for assigning

criminal responsibility to Indians, adopted in many countries where there is this multicultural coexistence, it is intended to firm understanding about the importance of considering the indigeneous uses and costumes to, in this case, given the cultural conditioning to which the members of an indigeneous group are submitted, verify the existence of a crime and the culpability of the indians, as well as the capability of the punishment to produce its intended effect.

**Keywords:** Criminal law. Indians. Culpability. Criminal accountability. Multiculturalism. Culture. Cultural conditioning. Indian criminal law. Supralegal cause of culpability exclusion.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os índios e o direito penal. 2.1 A inimputabilidade dos índios como consequência da inferioridade de sua cultura. 2.2 O reconhecimento do direito penal indígena. 3 As repercussões das diferenças culturais nos elementos do crime. 4 Conclusões.

## 1 Introdução

O princípio da culpabilidade, um dos pilares sobre o qual se assenta a dogmática jurídico-penal, em sua dúplici virtude, é a um só tempo fundamento da pena e do *jus puniendi* estatal (PALAZZO, 1989, p. 52), numa perspectiva *eticizante* que interpenetra os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

No propósito de densificar tal princípio, procura-se fundamentar a culpa na ideia *liberdade concreta* quanto à decisão de se praticar ou não determinada conduta tipificada como crime. A discussão sempre gravitou sem resposta definitiva em torno do livre arbítrio e de como afirmar se, no caso concreto, o agente exerceu a conduta de forma livre.

Diante desse dilema, há quem suscite a insuficiência dessa abordagem da culpa no terreno movediço do livre arbítrio, defendendo que o princípio da culpabilidade, em razão de sua dimensão constitucional, impõe que a culpa venha a assumir um conteúdo social ainda em evolução, no qual devem ser considerados não apenas o plano pessoal mas também os demais membros do grupo, cujas condutas devem ser reguladas pelo direito.

Seguindo a trilha aberta por essa nova linha de debate, parece oportuno discutir sobre o papel que deve ter o princípio da culpabilidade nas sociedades multiculturais onde se inserem as comunidades indígenas. Isso porque, se nas sociedades menos heterogêneas muitos são os questionamentos sobre a capacidade das pessoas de serem motivadas pelas normas de proibição e agirem em conformidade com o direito (SILVA DIAS, 1996, p. 210), com maior razão se deve investigar sobre tal possibilidade quanto às pessoas que se desenvolveram com base em princípios éticos e morais culturalmente diferentes daqueles do grupo majoritário, responsável pela produção das normas jurídicas.

O debate se torna ainda mais fértil à luz do Estado de Direito Democrático, que reconhece e tem no pluralismo, inclusive cultural, um de seus fundamentos mais expressivos.

São essas as inquietações que mobilizam o presente artigo, que se propõe a não perder de vista o conflito entre o direito posto pela sociedade envolvente e os costumes dos povos indígenas, decorrentes de valores éticos e culturais diferentes.

## 2 Os índios e o direito penal

No que toca aos índios, os conflitos advindos do choque de culturas têm suscitado diferentes soluções, considerando distintos modelos de atribuição de responsabilidade penal a eles nos ordenamentos jurídico-penais dos diversos países em que o problema aparece.

Numa das extremidades dessa linha de possíveis soluções, surge a não consideração do aspecto cultural, em que aos índios devem ser aplicadas as normas penais sem a consideração de sua particular conformação cultural.

Num eixo intermediário, a diversidade cultural, enquanto princípio, já impõe a apropriação pelo direito de regras que garantem aos índios um tratamento diferenciado, com fundamento na consideração, no caso concreto, das concepções resultantes de seu modo de vida.

No outro extremo, aparece a abertura ao reconhecimento do direito penal indígena, que, com suas normas costumeiras, deve regular as relações jurídicas travadas no seio da coletividade, abrindo espaço para um pluralismo jurídico mais efetivo.

## 2.1 A inimputabilidade dos índios como consequência da inferioridade de sua cultura

De acordo com esse modelo, os índios são considerados imputáveis ou não a depender do *grau de integração* resultante de um *processo educativo* (DIAS, 1996, p. 222) manejado e compreendido com fundamento na visão do bem e do mal da cultura preponderante.

A imputabilidade dos índios decorreria de seu estágio de aculturação: os índios isolados seriam inimputáveis por deficiência ou imaturidade mental; os *integrados*, sempre imputáveis; e os em *vias de integração*, a depender de laudo pericial para ter definida a sua capacidade de culpa.

A consideração de culpa para quem se alinha a essa corrente de pensamento se vincula à classificação dos índios constante no art. 4º do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973):

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Esse modo de ver a culpabilidade indígena decorre de uma visão etnocêntrica, em que o índio é equiparado a quem tem formação mental incompleta, por imaturidade ou debilidade mental. Conforme esse ponto de vista, forma-se até os dias de hoje vasta jurisprudência no Brasil<sup>1</sup>, que situa a culpabilidade dos índios exclusivamente no campo da inimputabilidade por incapacidade mental, segundo a fórmula da integração social acima exposta.

Tal concepção parte de pressupostos falsos. O índio é, na realidade, ser cultural, que nasce e cresce assimilando valores de acordo com o seu particular modo de vida. No seio de sua comunidade, apresenta-se em regra como fiel cumpridor de suas obrigações e das normas de convivência (DURAN, 1991, p. 22).

Assim, é incorreto afirmar que o índio sadio e adulto seja mentalmente incapaz ou imaturo. O que ele tem é cultura diferenciada, que abriga em seu universo regras de convivência sobre parentesco, trabalho, poder de decisão, representatividade e até mesmo a previsão, preponderantemente costumeira, de aplicação de penalidades no caso de violação, podendo identificar plenamente os conceitos do bem e do mal na percepção das consequências de seus atos de acordo com o seu modo de viver e se relacionar com o semelhante e com a natureza.

Sintetizando a inadequação constitucional desse modo de compreender a culpabilidade dos índios, Silva Dias (1996, p. 224) aponta para a visão racista e paternalista desse modelo, que não atenta para o valor do pluralismo, por considerar exclusivamente a cultura domi-

<sup>1</sup> Acórdãos do Supremo Tribunal Federal: HC n. 85.198/MA, rel. min. Eros Grau, julgamento em 17.11.2005, publicado no *DJ* de 9 dez. 2005, p. 16; HC n. 79.530/PA, rel. min. Ilmar Galvão, julgamento em 16.12.1999, publicado no *DJ* de 25 fev. 2000, p. 53; RHC n. 6.4476/MG, rel. min. Carlos Madeira, julgamento em 10.10.1986, publicado no *DJ* de 31 out. 1986, p. 20.922; e RE n. 97.065/AM, rel. min. Djaci Falcao, julgamento em 26.10.1982, publicado no *DJ* de 19 nov. 1982, p. 11.786. Nesses julgados, o STF aplica o art. 26 do Código Penal Brasileiro: “Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

nante e o processo educativo de assimilação desses valores pelos silvícolas, numa perspectiva de domínio de uma cultura sobre outra.

Não se pode falar em superioridade cultural nem mesmo em maior ou menor valor moral das diferentes culturas que se entrelaçam numa sociedade multicultural. *A priori*, nenhuma cultura é moralmente mais valiosa que outra (NUSSBAUM, 1999, p. 15). Sustentar a responsabilidade penal dos índios sob o paradigma de uma formação mental incompleta ou deformada significa afirmar que os valores culturais do mundo que se diz civilizado devem prevalecer, e que as tradições e costumes indígenas podem ser avaliados segundo critérios de verdade e falsidade em comparação aos da sociedade envolvente, abandonando o significado que determinado fato tem dentro daquela cultura específica.

Disso resulta, de acordo com o Estado de Direito Democrático, que abraça os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da diversidade cultural e da culpabilidade (DOMETILA, 1992, p. 4), que não se pode situar a responsabilização penal dos índios com base no pressuposto de que a cultura desses povos é inferior e que eles devem ser considerados seres humanos mentalmente subdesenvolvidos, equiparados às crianças ou aos portadores de alguma anomalia psíquica.

## 2.2 O reconhecimento do direito penal indígena

Nas últimas décadas, tem-se reclamado uma revisão da política de reconhecimento dos direitos das minorias como compensação pelos danos causados no passado, quando tais grupos foram perdendo a sua identidade pela ausência ou pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros (TAYLOR, 2000, p. 241-242), a exemplo da imagem de *incivilizados* que foi criada acerca dos povos indígenas.

Esse novo movimento foi possível a partir do *colapso das hierarquias sociais*, com a mudança de percurso do valor *honra* para o valor *dignidade*, que, na sua perspectiva *universalizante*, por todos pode ser partilhada (TAYLOR, 2000, p. 242). Essa é apenas parte da trajetória, que se aperfeiçoa com a passagem da ideia de igual dignidade para a polí-

tica da identidade diferenciada referenciada na dignidade social (LA FUENTE, 2005, p. 314), irradiando-se para o plano coletivo o direito a essa identidade, mediante a adoção de políticas públicas que privilegiem as diferenças, e quebrando a hegemonia da cultura dominante, responsável, entre outras funções, pela produção de normas jurídicas.

O direito constitucional dos países que se anunciam um Estado de Direito Democrático abre necessariamente espaço para o reconhecimento de uma sociedade plural, mas na prática nega os instrumentos para que tal direito se concretize (BACENAS, 2006, p. 103). Uma verdadeira política de reconhecimento impõe a aceitação da autonomia e validade a um direito penal indígena, apto a resolver as lides penais que envolvam os membros da comunidade indígena, de acordo com os seus princípios e procedimentos.

Assimilando tal política como diretriz de direito internacional, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho prevê<sup>2</sup> que os Estados deverão respeitar os métodos pelos quais os povos indígenas costumemente resolvem os conflitos penais que surgem no âmbito das respectivas sociedades, tendo como limites os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Os índios, de acordo com seus usos e costumes, aplicam sanções aos que transgridem as normas de convivência estabelecidas pelo grupo a que pertencem, observadas certas particularidades decorrentes de seu modo de vida, tradições e crenças.

A indagação natural a se fazer é se a ferramenta muitas vezes utilizada pelos índios para resolver seus conflitos é mesmo um direito, ou melhor, se é um sistema de linguagem normativa (ROBLES, 2007, p. 36) e que posição ocupa em relação ao ordenamento estatal. Nem sempre o modo de resolver os conflitos no seio de uma comunidade indígena será direito, na concepção da cultura dominante.

<sup>2</sup> “Artigo 9º 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.”

No entanto, como lembra Borja Jimenez (2001, p. 107), nas áreas habitadas pelos índios, geralmente o Estado se faz ausente e dele não se espera a solução dos conflitos. Assim, as regras costumeiras adotadas e reconhecidas pelos grupos minoritários funcionalmente são normas de direito para esses povos, as quais são expressas por intermédio de uma linguagem que respeita a identidade cultural deles, segundo perspectivas de mediação, e abrem espaço para uma consciência jurídica coletiva que resulta no cumprimento voluntário dessas normas e na pacificação social.

Na verdade, para tais grupos, as regras de convivência reconhecidas como exigíveis e cuja violação importa em sanção são normas de direito, reflexo das lutas e conquistas da história de vida daqueles grupos, que se organizam num quadro de ausência do Estado.

Além disso, historicamente os índios foram excluídos do contrato social que legitimaria a apreciação de seus atos pelo poder estatal constituído. Apartados do contrato social, o direito estatal perde, em determinado grau, quanto a eles, legitimidade para ditar e proteger seus direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, o *ser direito* deve ser compreendido de acordo com a capacidade de resolver os conflitos e impor sanções, alcançando a paz social. E a posição do direito indígena frente ao estatal depende de como um vê o outro. Para o direito estatal, o indígena sempre estará abaixo de si ou ao seu lado. Para o direito indígena, o espelho reflete a ideia contrária. É mera questão de referência.

Diversos países legitimam expressamente na própria Constituição o direito e a jurisdição indígenas. O Equador<sup>3</sup>, a Colômbia<sup>4</sup> e a

<sup>3</sup> “Art. 191. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.”

<sup>4</sup> “Artículo 246. As autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la

Bolivia<sup>5</sup> reconocen a jurisdicción e o direito indígena, cujo suporte de validade corresponde à compatibilidade com a Constituição e as leis dos respectivos países. Por sua vez, o Peru<sup>6</sup> tem nos direitos fundamentais da pessoa humana o limite de validade para o direito penal indígena.

Muito embora tais países reconheçam o direito indígena e as suas instituições, estabelece-se entre aquele e o direito estatal uma relação de continência e dependência, em que o direito indígena está contido e é subordinado ao direito estatal, sem que possa desbordar dos direitos entendidos como fundamentais pelo ordenamento estatal, que serve de baliza de validação.

Em sede jurisprudencial, o debate mais produtivo em torno do reconhecimento do direito penal indígena vem sendo travado no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, que veio a elaborar uma verdadeira teoria científica sobre o *diálogo possível* entre o direito estatal e o indígena, a partir dos seguintes contornos interpretativos<sup>7</sup>:

- a) reconhecimento da tensão entre o princípio da diversidade étnica e cultural frente aos direitos fundamentais postos na Constituição e nas leis do país, a ser resolvida no caso concreto;

---

República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

<sup>5</sup> “Artículo 171 - III - Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.”

<sup>6</sup> “Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.”

<sup>7</sup> A principal decisão que exterioriza o entendimento da Corte Constitucional é a *Sentencia T-254/94*, que pode ser lida em <[http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2](http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2)>. Outras decisões da Corte Constitucional a complementam em determinados aspectos e constituem verdadeiras referências para o direito penal indígena: C-139/96, C-591/05, T-523/97, T-606/01, T-728/02, T-552/03, T-811/04 e T-1294/05.

- b) a prevalência das normas costumeiras indígenas sobre as legais estatais, como forma de preservar a cultura e diversidade étnica, salvo quando as últimas protegerem um valor *constitucionalmente superior* ao da diversidade étnica e cultural, a ser balizado no caso concreto pela proporcionalidade;
- c) o *processo no direito indígena* deve respeitar as garantias processuais que compõem um *núcleo essencial mínimo do devido processo legal*;
- d) observância ao princípio da culpabilidade, o que levou a Corte, no caso concreto, a anular pena de expulsão e de confisco aplicada pela jurisdição indígena em razão de a sanção ter se estendido à família do suposto infrator;
- e) o âmbito de aplicação do direito indígena, que se restringe aos fatos ocorridos dentro do território indígena e desde que autor seja indígena, sem que possa se irradiar para além do território indígena e ser aplicado a quem não seja índio.

Modelo como o adotado pelos países referidos, a despeito de valorizar os princípios da autodeterminação dos povos e da diversidade cultural, representando um significativo avanço de política de reconhecimento, nem sempre corresponde plenamente à necessidade de reconhecimento desses povos, porquanto não assimila em sua plenitude a diversidade cultural (TAYLOR, 2000, p. 42).

Borja Jimenez (2001, p. 117-150) aponta particularidades do direito penal indígena que existem por causa do modo de vida dos respectivos povos que o produzem, as quais podem gerar sérias incompatibilidades com o direito estatal.

A primeira delas decorre de ser o direito penal indígena, em regra, consuetudinário, construído com base nos costumes e repassado por via oral de geração a geração. Em razão disso, não se pode exigir a observância de uma tipicidade baseada na legalidade, ainda que o direito penal estatal se apoie na legalidade estrita. Na consecução dos fins do direito, tal flexibilidade não representa ofensa ao princípio da segurança jurídica, uma vez que as normas de proibição podem ser

assimiladas, sem maiores dificuldades, pelo grupo, que participa ao longo do tempo da criação e confirmação das normas costumeiras, legitimando-as democraticamente, sem que possa alegar o desconhecimento das proibições e de seus efeitos. E disso decorre ainda uma maior flexibilidade para as causas de desculpa, que igualmente não precisam seguir um rol taxativo, respeitando as necessidades de prevenção da comunidade.

Uma segunda consideração é a de que o princípio da culpabilidade deve ser revisitado no direito penal indígena para assimilar um conteúdo compatível com o bem jurídico coletivo, em detrimento do individualismo que o orienta na concepção tradicional. Essa revisão se faz necessária com base no exame do modo de vida desses povos, em que o interesse do grupo se sobrepõe ao individual como forma de propiciar a paz social e a manutenção do sentimento de identidade, como proteção aos ataques frequentes da cultura dominante que insiste em se impor. Assim, muitas vezes é comum que a pena aplicada a determinado infrator atinja não somente a si mas também ao grupo a que pertence, como única possibilidade de restaurar a paz social.

Complementando essa face particular da culpabilidade do direito indígena, em algumas comunidades as crenças espirituais levam à condenação sem possibilidade de defesa, uma vez que o *mundo espiritual* prevalece sobre a *verdade real*, num modelo reverso ao que privilegia o princípio da presunção da inocência. Outras particularidades podem ser apontadas, a exemplo do rito processual e dos tipos de penas, mas não cabe aqui aprofundar tais especificidades.

Nesse contexto, o reconhecimento do direito penal indígena é o passo mais avançado no sentido de firmar a identidade e privilegiar a cultura diferente desses povos. Esbarra, no entanto, tanto no plano internacional como no local, na observância dos direitos humanos fundamentais e na abertura a novos paradigmas do princípio da culpabilidade, que não podem chegar a comprometer a essência do princípio, porquanto assim ele deixaria de ser o que é para ser outra coisa.

### 3 As repercussões das diferenças culturais nos elementos do crime

Uma terceira via de resposta ao problema levantado neste artigo consiste em apropriar os aspectos culturais nos elementos do crime. O lugar mais inclinado à assimilação das diferenças culturais no âmbito do direito penal é o da esfera da culpa, em que se pode melhor identificar o sentido que o agente imprime à sua conduta, liberando-o do juízo de censura pela violação sem implicar a regulamentação do comportamento de outros indivíduos (PALMA, 1995, p. 55).

A primeira abordagem se situa no campo da consciência da ilicitude. Muitas comunidades indígenas poderão estar em situação de total ou parcial alienação sobre o direito estatal ou parte dele, desconhecendo as normas de proibição. Se a culpabilidade é a realização do injusto, apesar da idoneidade para ser destinatário das normas de proibição e da capacidade de agir de conformidade com o direito, só pode ser motivado aquele que conhece a proibição e responsabilizado o que, mesmo assim, não se absteve sem justa causa de praticá-la.

O desconhecimento da ilicitude reporta-se à lógica de que, sendo defeito cognitivo, deve exonerar a responsabilidade<sup>8</sup>. Figueiredo Dias (2000, p. 380) acentua que, se o agente não conhece a norma proibitiva, não alcança a consciência da ilicitude, errando com base naquilo que denomina *falta de ciência* e não pelo *engano de sua* consciência.

O fato é que o agente somente pode alcançar proibições que sejam legítimas (FIGUEIREDO DIAS, 2000, p. 79), e a culpabilidade material somente pode se realizar com fundamento nesse juízo de legitimidade,

<sup>8</sup> Jakobs ressalta a diferença entre defeito cognitivo e volitivo, em que o segundo constitui infidelidade à norma penal e deve agravar a pena, enquanto no primeiro, quanto maior a dificuldade de superar o desconhecimento, menor será a culpabilidade. Mas nem sempre foi assim. No século XIX, em razão do postulado *error iuris nocet*, não se escusava a culpa em razão do desconhecimento da lei, como forma de minimizar os riscos pelos quais passava uma sociedade burguesa nascente, a interagir em novas relações comerciais naquela época, com parceiros de outros países e origens. (JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1996, p. 20 e 34).

que guarda íntima correlação com a função motivadora da norma penal, viável a partir do processo de socialização do indivíduo. A inexistência desse processo ou qualquer alteração dele é causa suficiente para que se quebre o vínculo que liga o sujeito à norma, com base no qual se pode exigir o cumprimento do comando ou a abstenção da prática da conduta proibida, principalmente se, de acordo com a sua consciência, aquela conduta é correta e dela não resulta uma *autocontradição* (JAKOBS, 1996, p. 58-59). Mais uma vez, ressalta-se que a norma jurídica perde legitimidade e com isso a culpabilidade material não se perfaz.

Assim fica claro que a formação cultural diferente pode comprometer a *função motivadora da norma penal*, que somente se realiza com fundamento em um longo percurso de integração social comunicativa, que supõe a convivência consciente no grupo responsável pela produção das normas jurídicas proibitivas, fundamentadas em um padrão cultural que elege determinadas condutas como ilícitas e prevê, para determinadas situações, causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, num sistema que, em face dos condicionamentos culturais dominantes, tende à rigidez no reconhecimento dessas mesmas causas.

Aí nasce a dificuldade de reconhecer, para as comunidades mais próximas da cultura dominante, o favor do *desconhecimento da lei*. Os índios que vestem roupas iguais às nossas, que se alfabetizaram e muitas vezes sequer mantêm a língua materna não poderiam ser abrigados por essa escusa. Por isso, nem a doutrina do desconhecimento da lei nem o erro de proibição puro e simples conseguem abarcar todas as faces do problema no seio de culturas diferentes convivendo num mesmo espaço jurídico.

A título de exemplo, inúmeras são as práticas realizadas no âmbito das comunidades indígenas da América Latina que colidem com o direito penal estatal, em que os agentes conhecem ou poderiam, sem grande esforço, conhecer a proibição. Julio Galdos (2003, p. 33-36) cita algumas dessas práticas que ocorrem no Peru, entre as quais a *orkofesta*<sup>9</sup>, que envolve diferentes grupos e um grande número de pessoas,

<sup>9</sup> Em Juli, capital de Chucuito, em 15 de setembro de cada ano, dois grupos de agricultores da comunidade *Huaylluni* lutam incessantemente com o intuito de prognosticar, desse

a *utjasina*<sup>10</sup>, a marca do adultério nos *Aguaruanas*<sup>11</sup> e o sacrifício dos deficientes na região de Cuzco<sup>12</sup>.

Nesses casos citados, ainda que as comunidades indígenas tenham um elevado nível de comunicação com a sociedade envolvente, com base no qual se poderia concluir pelo conhecimento da proibição e de seus efeitos, os diferentes *sistemas de valores éticos e culturais* importam na consideração de que aquela conduta é normal e aceita dentro do grupo a que pertencem, impedindo que a norma seja *internalizada* (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 158). Os que as praticam não conseguem reconhecer ter feito algo proibido e para eles a norma penal não alcança a pretendida função motivadora. Muito menos alcançaria qualquer fim preventivo, geral ou especial, a imposição de uma pena.

Não obstante tal dificuldade de internalização do comando normativo, dificilmente seria reconhecida em favor de quem pratica tais fatos qualquer causa de exclusão de culpabilidade, dada a inflexibilidade do ordenamento jurídico estatal e principalmente em razão do avançado *processo educativo* de integração, em que as diferenças culturais residuais passam a serem ainda menos toleradas. Quanto mais intensa a

---

modo, a qual deles as colheitas favorecerão. Quem sair menos lesionado será premiado pela mãe natureza. As normas jurídicas proibitivas de tal prática são bastante conhecidas pelos grupos, mas eles não deixam de cumprir o ritual que muitas vezes resulta em graves lesões para os participantes.

10 Prática dos campesinos de Puno, Ayacucho y Huancavelica, de raptar mulher para com ela viver por prazo não superior a doze meses, ao término do qual, se surgir uma relação afetiva e a disposição de formar família, pode haver o casamento. Não se formando esse vínculo no *período de prova*, o raptor devolve a raptada, que inclusive pode estar grávida e normalmente tem o direito de livrar-se da criança, considerado *hijo de las rocas*, que será abandonado à própria sorte nas geladas cordilheiras.

11 Em Alto Marañon, no seio dos Aguaruanas, se alguém é descoberto em adultério deve sofrer três profundos e extensos cortes no couro cabeludo, para que seja identificado pelo grupo como adúltero.

12 Em Ayacucho, Cuzco e Apurímac, em que a população recorre à agricultura como meio de sobrevivência, em épocas de estiagem, que são a maioria, os índios atribuem a falta de água à ausência de sacrifícios em favor das divindades. Tal crença levava, até bem pouco tempo, ao convencimento de que deveria ser enterrado, ainda vivo e embriagado, para evitar o sofrimento, um deficiente físico junto ao manancial do rio.

possibilidade de conhecimento da proibição, mais estreito o caminho do reconhecimento do erro de direito.

Atento a esse problema, Zaffaroni (2002, p. 542-548) propõe uma especificação do erro de direito em que, a despeito do conhecimento da proibição, as diferenças culturais resultam na dificuldade de orientação por normas e não mais de valoração de normas. Começa por distinguir erro de proibição e erro de compreensão, em que o último seria uma especificação daquele, no sentido de que recai na incapacidade de *internalização* da norma proibitiva, por mais que seja conhecida. Segue na direção do *erro de compreensão culturalmente condicionado*, que aponta para a exclusão de culpabilidade sempre que a norma de proibição não possa motivar aquele que se desenvolveu sob cultura diferente, não lhe sendo possível adaptar-se às pautas de conduta da cultura dominante.

A teoria de Zaffaroni observa a diversidade cultural e propõe uma solução de tolerância bastante razoável, a ensejar um diálogo de culturas que pode ser assimilado pelo direito penal, em que pese o equívoco de seu entendimento de que nesses casos, embora não haja culpabilidade, pode ser cabível medida de segurança.

A Colômbia<sup>13</sup> e o Peru<sup>14</sup> consagram em seu direito penal a teoria do erro culturalmente condicionado. Neste último país, o condicionamento cultural pode dar lugar a mais de um grau de liberação da culpa, dependendo da comprovação da censurabilidade do erro, o que se afigura como equívoco, uma vez que a solução para esse tipo específico de erro deve ser uma somente. Uma vez constatado o condicio-

---

13 (Código Penal – COLÔMBIA – Erro de proibição direto) “Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la *capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión*, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares.” [grifos nossos].

14 (Código Penal – PERU) “Artículo 15. Error de comprensión culturalmente condicionado – *El que por su cultura o costumbres* comete un hecho punible *sin poder comprender* el carácter delictuoso de su acto o determinarse de *acuerdo a esa comprensión*, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena.” [grifos nossos].



namento cultural do qual resulta o erro de compreensão, deve ser caso de exclusão da culpabilidade pela dificuldade no caso concreto de se valorar o *grau de reprovabilidade* dessa conduta.

Em síntese, justifica-se a isenção de culpa do que se acha em erro de compreensão culturalmente condicionado porque não descumpra a norma por infidelidade *ético-volitiva* e não se encontra sob *autocontradição*, exatamente por entender que aquela prática é tida como válida ou necessária no seio da sua comunidade.

A par disso, com inteira razão observou Zaffaroni (2002, p. 549) que o condicionamento cultural pode dar lugar a outras soluções diferentes do erro de compreensão, podendo repousar no campo da anti-juridicidade. A diferença entre ser causa de justificação e ser de desculpa é a propensão da primeira em se irradiar para além da conduta do agente, por intermédio de uma valoração *plurisubjetiva* a se apoiar numa lógica de ponderação de interesses.

Assim é que pode ser justificada a conduta atribuída a alguns grupos de índios brasileiros de promover o desmatamento de espécies vegetais especialmente protegidas, para a produção de artesanato ou outras práticas culturais que têm a ver com o seu modo de vida. Aqui, no contraste entre a diversidade cultural e a proteção ao meio ambiente, a balança pende com razoável facilidade para o *elogio da diversidade* (SILVA DIAS, 1996, p. 216). O mesmo não se pode dizer de uma prática de exploração de minério em terras indígenas, que nada tem a ver com o modo de vida dos índios e, por tal razão, não se cogita de ponderação entre aqueles mesmos interesses. Nesse caso, presente a consciência da ilicitude, em princípio não lhes socorrerá qualquer causa de justificação ou de exclusão da culpa.

É certo que a cultura também pode levar a uma não responsabilização no terreno da tipicidade. Foi o que concluiu Silva Dias (1996, p. 227-228) ao analisar o infanticídio-ritual na Guiné-Bissau, onde ficou constatada a representação que as mães faziam de seus filhos recém-nascidos como se fossem um *ucó*, espécie de espírito maligno, afastando a tipicidade da conduta pela falta de realização do tipo objetivo *matar alguém*, já que na sua concepção de vida aquele ser não era humano.

## 4 Conclusões

Nesse quadro de ideias, é possível apontar as seguintes conclusões:

1) O Estado de Direito Democrático, do qual decorre necessariamente a positivação dos princípios da diversidade cultural, pluralismo e culpabilidade, impõe o reconhecimento do direito penal indígena, de modo a respeitar-se a forma utilizada pelos índios para a solução dos conflitos que venham a se instaurar no âmbito de seu território, resguardados os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

2) Ainda que não reconhecida autonomia ao direito penal indígena, o direito penal estatal que se funda no Estado de Direito Democrático deve absorver as diferenças culturais como concretização material do princípio da culpabilidade, em razão do que cabe a aplicação de causas supralegais de exclusão da culpa e de justificação, e ainda a consideração da ausência da tipicidade do fato, a serem analisadas no caso concreto de acordo com a valoração das práticas que se inserem no contexto da diversidade e do condicionamento cultural dos povos indígenas, como condição inarredável de imputação subjetiva.

3) A incidência do direito penal no âmbito das comunidades indígenas deve obedecer ainda aos fins das penas, não podendo se dissociar dos aspectos de prevenção geral, no sentido prospectivo, e especial, no propósito de socialização, em tese pouco conciliáveis com o mandato de mínima intervenção do direito penal em face do respeito à identidade e condicionamentos culturais desses povos.

4) Desprezar os condicionamentos culturais dos índios é negar vigência ao princípio da culpabilidade e optar pela perda da racionalidade na aplicação do direito que, nas palavras de Hannah Arendt, torna os indivíduos “supérfluos e descartáveis”, dizimados em campos de concentração.

5) É exigência de um Estado de Direito Democrático impedir a dizimação de culturas que são diferentes, que são minorias. Pode-se afirmar que, em nome de um Estado de Direito Democrático e do princípio da culpabilidade na sua vertente limitativa do poder punitivo estatal, o condicionamento cultural é fator que deve ser conside-

rado na apreciação de qualquer conduta, podendo descaracterizar ora a tipicidade, ora a ilicitude e, por fim, a culpa, em que se encontra campo mais aberto a um *freio no direito penal*, em razão do alcance e natureza dos elementos que a compõem.

6) No sistema jurídico-penal brasileiro, temos como plenamente possível de ser aplicada uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, decorrente do condicionamento cultural dos índios.

7) Importa assegurar, em todo e qualquer caso, uma ideia de justiça penal que contemple o pluralismo, não como um consenso de valores (RAWLS, 1993, p. 149), mas como um espaço aberto para dialogar com as outras culturas (PARECK, 2000, p. 338). Nisso tem lugar o compromisso de, nas sociedades, analisar *culturalmente* a conduta em todas as suas especificidades, para só depois de afastar qualquer causa de exclusão da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ter como configurado o delito, sem perder de vista outro aspecto igualmente importante: o atendimento dos fins da pena.

## Referências

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Editorial de La UPV, 2004.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, ano 6, n. 2, abr./jun. 1996.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed., Coimbra: Coimbra. 2000.

\_\_\_\_\_. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo. Coimbra, 2003.

FRAGOSO, Heleno. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GALDOS, Julio. El condicionamento cultural en el derecho penal peruano, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, abr./jun. 2003.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

LOPES BÁRCENAS, Francisco. *Autonomia y derechos indígenas em México*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2006.

LÓPEZ FUENTES, José Luis. *Los derechos de los pueblos indígenas*. Málaga: Centro de Ediciones de la diputación de Málaga, 2006.

MARCZYNSKI, Solange Rita. Índios: temas polêmicos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 93, jan./mar. 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NEUMANN, Ulfrid. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 teses. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* [propriedade

do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais]. Tradução de Antônio Martins do artigo original: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention – 10Thesen. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 63, nov./dez. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUSSBAUM, Martha (Org.). *Patriotismo y cosmopolitismo en los límites del patriotismo*. Tradução de Carmen Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *Casos e materiais de direito penal*. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. *Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites*. Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Coimbra: Almedina, 1995

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas: Dykinson, 2005.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: ensaio de teoría comunicacional del derecho*. Espanha: Thomson Civitas, 2007.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004.

SCHUNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Ed. B de F, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Sociedade Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, sexta edición (primeira reimpressão), 2002.

# A licença prévia do Parlamento para processo penal contra governador sob o enfoque do princípio federativo

Roger Machado

Técnico Administrativo lotado na Procuradoria da República no município de Novo Hamburgo/RS. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS – UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Taquari/RS – UNIVATES.

**Resumo:** Os governadores de Estados-membros ou do Distrito Federal, enquanto detentores do cargo, só respondem criminalmente perante o Superior Tribunal de Justiça pelos atos que cometerem caso haja uma autorização prévia do respectivo Parlamento. A licença prévia como condição de procedibilidade para o processo foi estabelecida tanto na Lei Orgânica do Distrito Federal quanto em outras 25 Constituições estaduais – exceção feita à Constituição de Minas Gerais. O objetivo deste artigo é examinar a constitucionalidade de tal licença sob a perspectiva do princípio federativo, encerrando-se com algumas considerações sobre o papel da jurisdição constitucional como elemento indispensável para superação do estado de inconstitucionalidade identificado.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade. Controle. Processo penal. Governadores. Crime.

**Abstract:** The governors of the Member States or of the Federal District, while holding the position, only respond for crimes before the Superior Justice Court for acts they commit if there is a previous authorization from the Parliament. The preliminary license as a procedure condition for the process has been established both in the Federal District Organic Law and in the other 25 Member States Constitutions – except for the Constitution of the State of Minas Gerais. This article aims at examining the constitutionality of this license from the perspective of the federal principle, ending with some considerations on the role

of constitutional jurisdiction as an indispensable element to overcome the identified state of unconstitutionality.

**Keywords:** Constitutionality. Control. Penal process. Governors. Crime.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo. E de como é possível (e necessário) respeitar os espaços de atuação reservados pela Constituição Federal a cada personagem estatal. 3 O julgamento do HC n. 102.732 pelo STF. É possível determinar prisão de governador sem autorização legislativa durante o inquérito, mas, paradoxalmente, não processá-lo?! 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Uma das muitas questões ainda indefinidas no âmbito do direito processual penal brasileiro diz respeito ao processo contra governadores por cometimento de crime comum. Em específico, quanto à (in)validade da chamada licença prévia do respectivo Parlamento – estadual ou distrital – para que o Superior Tribunal de Justiça exerça o juízo de (in)admissibilidade da acusação. Digo indefinida a matéria porque, a despeito de alguns poucos julgados no Supremo Tribunal Federal que não a invalidaram, nos últimos cinco anos pelos menos 26 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando dispositivos de Constituições estaduais (ou a Lei Orgânica do Distrito Federal) que tratam da matéria<sup>1</sup>.

Em síntese, a exemplo do que ocorre no âmbito federal, em que é condição indispensável para o desencadeamento de processo penal contra o Presidente da República, prévia autorização da Câmara dos Deputados, os Constituintes estaduais implantaram na quase totalidade das Constituições e na LO/DF previsão similar, condicionando o processo penal contra os respectivos governadores à autorização legislativa do Parlamento estadual ou distrital.

<sup>1</sup> Pelo menos até o fechamento deste artigo, nenhuma das ações havia sido julgada.

Não há dúvida de que a abordagem do tema pode ser feita de maneira ampla, diante de uma série de comandos constitucionais que estão a apontar para a inconstitucionalidade da licença.

Em boa medida, é verdade, muitos desses dispositivos constitucionais foram também apontados nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela OAB e a PGR. O meu objetivo, entretanto, foi ir além das razões invocadas por quem critica ou defende a licença (de acordo com o interesse que defende) para buscar, da forma mais imparcial possível, uma resposta adequada à Constituição Federal de 1988, atentando para a necessidade de que os atores estatais incumbidos da função de jurisdição constitucional assumam efetivamente seu papel na matéria e impeçam uma mudança informal da Constituição, uma mutação inconstitucional. No presente artigo, o foco principal é o princípio federativo.

## 2 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo. E de como é possível (e necessário) respeitar os espaços de atuação reservados pela Constituição Federal a cada personagem estatal

É notório no estudo do Direito Constitucional que a origem da federação – ou princípio federativo, ou mesmo federalismo – está na Constituição americana de 1787<sup>2</sup>. Foi nos Estados Unidos da América que surgiu o primeiro modelo moderno de Estado Federal (ZIMMERMANN, 2005, p. 241). Sob a perspectiva histórica, esse é um fenômeno moderno que só aparece no século XVIII, a partir da experiência norte-americana, que transforma a Confederação em Federação, dando origem ao Estado Federal (STRECK, 2010, p. 171).

O Estado Federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal para instituí-lo. Há, por-

<sup>2</sup> No Brasil o federalismo nasceu com a República. Ambos foram expressões trazidas pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Nasce naquele momento a República Federativa. Mantém-se em todas as Constituições posteriores, embora num aspecto meramente nominal nas Constituições de 1967 e na EC n. 1/1969.

tanto, entre eles, Constituição e Estado federal, uma relação de causalidade (HORTA, 2002, p. 305).

Mas o que é o federalismo e quais as consequências da adoção dessa forma de Estado no Brasil para o caso em análise? Como se verá, a organização federativa do Estado brasileiro comporta análise, no caso tanto para compreender os limites constitucionais impostos em matéria de reserva legislativa quanto no aspecto da autonomia estadual ou distrital.

Não há dúvidas de que um grande desafio do sistema federativo é, com certeza, preordenar e manter ordenado o sistema de repartição de competências. O sistema do Estado Federal e toda sua estrutura são de indubitosa complexidade. Com razão, “a engenharia constitucional de articulação de duas ordens de tendências contraditórias: uma tendente à unidade, outra tendente à diversidade sempre foi uma atividade complicada” (REVERBEL, 2012, p. 17).

Como diz Horta, “a organização do Estado Federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional. É que o Estado Federal requer duplo ordenamento, desencadeando as normas e as regras próprias a cada um” (HORTA, 2002, p. 306), ou seja, o ordenamento da Federação ou da União e aqueles pertencentes aos estados-membros. O primeiro, diz respeito ao ordenamento central, cujas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição terão repercussão nacional, “atingindo o território e a população do Estado Federal no seu conjunto”, enquanto os ordenamentos dos estados-membros são parciais e com alcance no interior do respectivo estado-membro (HORTA, 2002, p. 306).

E é à Constituição Federal que se confia a missão de garantir a coexistência desses ordenamentos jurídicos diversos. Pois não é a só existência de territórios com autonomia política que tem o condão de caracterizar o Estado Federal. Pelo contrário, em que pese a descentralização política seja um elemento fundamental, deve vir acompanhada de outros, dentre os quais a existência de uma unidade jurídica do todo, um ponto central e vários regionais. Assim, “abrigada a descentralização política, convivem num mesmo território a ordem

jurídica global e as ordens jurídicas parciais” (TEMER, 2008, p. 61), e é por meio do sistema de repartição de competências que a convivência entre esses ordenamentos se torna possível.

Portanto, a Constituição Federal, como elemento estabilizador e, sobretudo, unificador do direito em um determinado território, tem esse papel indispensável para a preservação da unidade jurídica global num Estado federal. A lição de Hesse (2009, p. 87) pode colaborar aqui:

Dado que a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do restante do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, ela vem a se converter em fator de unidade do ordenamento jurídico da Comunidade em seu conjunto, no seio do qual impede não só o isolamento do Direito Constitucional em relação aos outros ramos do Direito como também a existência isolada dos distintos setores do Direito entre si.

É na CF/1988, pois, que se encontrarão os elementos conformadores do Estado federal brasileiro. Para Silva (2005, p. 100), há, basicamente, dois traços a definir um Estado Federal: a existência da União e de coletividades regionais autônomas, no caso brasileiro, os estados-membros, os municípios e o DF. Mas calha recorrer também a Temer e tornar mais completa a definição e as características do que é o Estado Federal.

Embora a coexistência da União e de coletividades autônomas, como apontado por Silva, sugira a efetiva descentralização política, é fato que isso, isoladamente, é apenas um indicativo do Estado federal. A esse elemento devem somar-se pelo menos outros dois.

O primeiro deles, a participação da vontade parcial na vontade geral, o que quer dizer que os estados-membros devem ter a prerrogativa de participar do processo político no âmbito federal, global, e, “assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a soma das decisões emanadas das vontades locais” (TEMER, 2008, p. 63). A participação política cogitada é normalmente exercida no âmbito dos Estados federados por um órgão representativo dos estados-membros, denominado Senado Federal. A CF/1988 consagra essa prerrogativa de participação política no seu art. 46, ao afirmar que

o Senado Federal compõe-se de representantes dos estados e do DF eleitos pelo princípio majoritário, funcionando da condição de delegados dos respectivos estados e atuando na defesa dos interesses do ente estatal na participação das decisões federais.

É muito normal que os Estados federados tenham uma composição parlamentar com duas Câmaras, uma com representantes do povo, eleitos pelo critério proporcional, e outra com representantes dos entes federados, cuja eleição se dá na forma majoritária, como já ressaltado. É o caso brasileiro. Também aqui o sistema adotado no Brasil vai ao encontro da solução adotada nos Estados Unidos.

O outro elemento indispensável no Estado Federal é a prerrogativa que os estados-membros têm de se auto-organizarem por meio de Constituições próprias. Aos estados-membros atribui-se autonomia, ao contrário da soberania, própria do Estado Federal (União):

O Estado-membro goza de *autonomia*. Quer dizer, é livre no campo a ele deixado pela Constituição do Estado Federal. Este, o Estado total, na sua *soberania*, fixa a organização do todo e ao fazê-lo cria um campo aberto para os Estados federados. Tal campo, como já se viu, tem um espaço mínimo: auto-organização, descentralização legislativa, administrativa e política (FERREIRA FILHO, 1999, p. 53.).

A edificação da repartição de competências revela-se indispensável pela necessidade de delimitação do que é, ou não, abordado apenas no âmbito regional, ou, ao contrário, demanda um tratamento a nível nacional, ou quem sabe até em ambos:

A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território federal, enquanto outras ficarão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e dos Municípios (HORTA, 2002, p. 308).

Segundo Horta, por meio de “princípios, técnicas e de instrumentos operacionais”, é que se estabelece o adequado funcionamento do sistema federativo, entre os quais, pela relevância e pertinência,

destacam-se a repartição de competências entre os estados-membros e a Federação (União), e a existência de um Tribunal, capaz de resolver os conflitos entre as pessoas jurídicas envolvidas no cenário federativo (HORTA, 2002, p. 307). A opinião é compartilhada por Temer, que entende como necessários à manutenção do sistema federativo tanto a rigidez constitucional, capaz de impedir que simples comandos legislativos ordinários retirem eficácia do sistema federativo, como a existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade (TEMER, 2008, p. 65).

Ora, se a repartição de competências é a “coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal” (HORTA, 2002, p. 311), torna-se natural a necessidade de um órgão que possa preservar as normas constitucionais atinentes ao sistema federativo, ou seja, um Tribunal Constitucional competente para resolver os conflitos entre órgãos e autoridades dos diversos entes estatais brasileiros, tarefa confiada ao STF<sup>3</sup>.

O modelo de controle de constitucionalidade do sistema federativo no Brasil configura-se essencialmente pela atuação do STF, guardião do ordenamento jurídico nacional, como um todo (unitário), ao qual incumbe resolver os conflitos de competência (FERREIRA FILHO, 1999, p. 56).

Os parâmetros de controle de constitucionalidade para casos de conflitos federativos são as regras constitucionais atinentes ao tema. Ensina Zimmermann que as competências da União estão elencadas

3 Segundo Tocqueville, “Uma primeira dificuldade iria apresentar-se ao espírito dos americanos. Trata-se de dividir a soberania de tal sorte que os diferentes Estados que formavam a União continuassem a governar-se por si mesmos em tudo o que não dissesse respeito senão a sua prosperidade interior, sem que a nação inteira, representada pela União, deixasse de formar um corpo e de prover a todas as suas necessidades gerais. Questão complexa e de difícil solução. [...] Como se previa, porém, que poderiam surgir na prática questões relativas aos limites exatos desse governo excepcional, e como teria sido perigoso abandonar a solução de tais questões aos tribunais ordinários instituídos nos diferentes Estados pelos próprios Estados, criou-se uma alta Corte Federal, tribunal único, que tinha entre as suas atribuições manter entre os dois governos rivais a divisão dos poderes que a Constituição previra” (DE TOCQUEVILLE, 1998, p. 92-93).

nos arts. 21, 22, 23, 24, 153 e 154, I, da CF/1988. Nos dois primeiros, estão as competências expressamente enumeradas no texto constitucional. No art. 23, as competências comuns com os demais entes federados e no art. 24, as competências concorrentes com os estados-membros e com o DF. O art. 153 cuida de competências tributárias expressas, e o art. 154, I, da competência residual em matéria tributária (ZIMMERMANN, 2005, p. 332-333).

Os estados-membros, por sua vez, detêm a chamada competência residual ou remanescente, sendo-lhes autorizado dispor sobre tudo aquilo que não lhes esteja expressamente vedado. A rigor, detêm as competências exclusivas previstas nos §§ 2º e 3º do art. 25, bem como as competências comum e concorrente, arts. 23 e 24, todos da CF/1988. Entretanto, as matérias previstas nos arts. 20, 21, 22, de competência da União, estão interdidas aos estados-membros, assim como aquelas constantes nos arts. 29 e 30 (ZIMMERMANN, 2005, p. 339-340).

Essa vedação constitucional a que os estados-membros legislem sobre matéria de competência da União é fundamental. O art. 22, I, da CF/1988 é peremptório ao prescrever que é competência privativa da União legislar sobre matéria penal e processual, apenas para ficar naquilo que interessa a este artigo.

Logo, residem nesse aspecto razões mais do que suficientes para conceber como inconstitucional uma indevida intromissão dos estados-membros em matéria cuja atribuição para legislar seja da União, nos moldes traçados pela CF/1988.

Como é cediço, seja a licença prévia de natureza processual – e essa é a posição predominante em doutrina e em jurisprudência –, seja de natureza penal, em qualquer caso, a competência para legislar sobre o assunto é privativa da União e não pode ser usurpada, sob pena de padecer de inconstitucionalidade qualquer ato normativo que desobedeça à ordem constitucional vigente.

Entre os ramos de direito previstos no art. 22, I, da CF/1988, o direito processual é o único que foi de competência legislativa estadual (BÉO, 2010, p. 168), “mas diante do fracasso do esfacelamento do

direito processual em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito”, segundo Theodoro Júnior (2010, p. 13), competência preservada nas antecessoras mais próximas da CF/1988.

Embora a AGU, em manifestação apresentada na ADI n. 4805 – Petição n. 6762 –, aqui citada exemplificativamente, defenda a aplicação simétrica nos Estados-membros da regra da licença prévia prevista para processos contra o presidente da República, sob o argumento de que só não são extensíveis as prerrogativas prisionais porque inerentes à Chefia de Estado, na linha do que teria decidido o STF no julgamento da ADI n. 978, fato é que não há um enfrentamento coerente do conflito federativo aqui denunciado.

Com efeito, não basta dizer apenas que se pode utilizar da simetria<sup>4</sup> para justificar a licença prévia nos estados, em razão de uma tal compatibilidade de funções entre os Executivos federal e estadual, porquanto ainda assim remanesceria irresoluto o conflito federativo consubstanciado na indevida disposição em Constituição estadual de norma processual.

Aliás, a própria AGU reconhece a inconstitucionalidade formal de outros dispositivos da Constituição estadual de Roraima, questionados na mesma ADI n. 4805, que dispunham sobre normas processuais e sobre crimes de responsabilidade, ambas de ordem processual e penal e já devidamente decididas pelo STF.

De outro lado, também merecem destaque dois argumentos contidos na manifestação da Assembleia Legislativa (AL) do Maranhão na ADI n. 4675 – Petição n. 104/2012. Primeiro, diz a AL, o conte-

4 Também não deixa de ser sintomático o uso muitas vezes irrefletido do chamado “princípio” da simetria que não encontra respaldo constitucional, pelo menos não expressamente. Embora utilizado com muita frequência para solucionar casos diversos, parece, por vezes, desconsiderar as referências expressas da CF/88 à necessidade de reprodução no âmbito dos Estados de normas constitucionais federais (cite-se, por exemplo, art. 27, § 1º, art. 28 e §§, art. 34, VII e art. 75, todos da CF/88). De outro lado, o problema do uso desse “princípio” também está diretamente atrelado ao conflito com a reconhecida prerrogativa de os Estados-membros se auto-organizarem.



údo do art. 66 da Constituição Estadual maranhense, no que prevê a necessidade de autorização por dois terços dos parlamentares estaduais para que o governador seja submetido a julgamento perante o STJ, foi estatuído pelo Poder Constituinte originário local no exercício da prerrogativa constitucional de auto-organização consagrada no art. 25 da CF/1988, pelo que não padece de qualquer inconstitucionalidade. Com efeito, o próprio requerente (PGR) teria reconhecido na petição inicial da ADI n. 4675 que disposições oriundas do Poder Constituinte originário não são passíveis de questionamento (BRASIL, 2013).

Entretanto, o que a PGR diz em sua inicial é justamente que as prerrogativas estabelecidas em favor do presidente da República, porque oriundas do Constituinte originário, não são sindicáveis. Todavia, o Poder Constituinte dos estados-membros não é originário, como consta em qualquer livro de Direito Constitucional.

Segundo, outro pretenso sustentáculo para a licença apontado pela AL do MA é a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) n. 159.230, julgamento de 28.3.1994, em que se fixou o entendimento de que a transferência do foro dos governadores para o STJ não implicava a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição Estadual de autorização prévia da AL respectiva – no caso se tratava do art. 88 da Constituição Estadual da Paraíba.

O destaque do julgamento é para o voto do ministro Pertence, relator do caso. Segundo o ministro, o fato de a CF/1988 ter deslocado o foro dos governadores para o STJ, antes de enfraquecer a licença prévia, reforça sua importância, na medida em que, assim como no plano horizontal há a independência dos poderes, no plano vertical existe a autonomia dos estados-membros. Ademais, como o recebimento da denúncia impõe a suspensão do exercício da função pelo chefe do Executivo, haveria um prejuízo drástico à autonomia do estado-membro, motivo pelo qual é necessário o juízo prévio de admissibilidade da acusação pela AL (BRASIL, 2013).

O argumento utilizado pelo ministro acerca da suspensão do exercício das funções do governador assume especial relevância aqui para que se possa tentar demonstrar de que maneira as Constituições

estaduais poderiam dispor sobre a matéria e ao mesmo tempo evitar o vício de inconstitucionalidade.

O efeito de suspensão automática do exercício das funções do governador, após recebida a denúncia pelo STJ, a rigor, é decorrência de entendimento segundo o qual a sistemática processual prevista no art. 86 da CF/1988 para o Presidente da República deve ser aplicada simetricamente aos governadores de estados e DF. As diretrizes para o processo penal contra o presidente foram dispostas, de modo geral, no art. 86 da CF/1988.

No entanto, a linha aqui traçada é oposta a esse entendimento, justamente porque a disposição da matéria processual nas Constituições estaduais viola frontalmente o princípio federativo, como já delineado. Mas é fato que o reconhecimento da invalidade das disposições contidas nas Constituições estaduais poderia gerar um estado de incerteza quanto aos efeitos do recebimento da acusação penal pelo STJ, caso não fosse mais necessária a prévia licença da Assembleia ou da Câmara Legislativa (CL).

A sugestão nesse caso é a de que o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos das Constituições estaduais restrinja-se às partes que preveem a necessidade de licença prévia para instauração de processo penal ou quaisquer outras matérias processuais. Isso porque o afastamento do acusado do cargo de governador parece estar mais intimamente conectado à organização política do estado-membro ou do DF, não dizendo respeito à matéria processual e, portanto, automaticamente vedada a interferência da União – aqui fica bem nítida a importância da preservação do conteúdo do princípio federativo.

Um caso interessante e que corrobora essa sugestão pode ser colhido na Constituição de Minas Gerais. Ao que parece, o modelo mineiro apresenta uma solução moderada para a questão. O art. 92, § 1º, I, da Constituição Estadual mineira dispõe que o governador ficará suspenso de suas funções se recebida denúncia ou queixa-crime pelo STJ, mas não prevê a licença prévia como condicionante ao recebimento da acusação. Foi uma opção do Constituinte estadual, portanto, prever a suspensão automática no caso de crimes comuns

(BRASIL, 2013), mas, em tese, nada impediria que tivesse disposto de modo diverso quanto ao afastamento de eventual acusado do cargo de governador em caso de denúncia ou queixa-crime recebida pelo STJ, por exemplo, o não afastamento automático das funções.

O tema da suspensão do exercício das funções suscitado acima é importante porque a realidade poderia sugerir que os Parlamentos estaduais ou distrital estariam, com toda cautela, ao não dar a autorização para desencadeamento de processo penal, atentando para os efeitos do que o ministro Pertence chamou de prejuízo drástico à autonomia do estado-membro, caso admitida acusação contra o governador.

Ocorre que, se não há autorização, não há processo, e nesse caso foi preciso encontrar alguma “solução” para que a ausência de licença prévia do parlamento não se constituísse em autêntica carta branca para o cometimento de crimes por parte dos governadores sem posterior punição. Novamente, foi adotada uma suposta aplicação analógica da sistemática prevista para o presidente da República, suspendendo o processo e conseqüentemente a prescrição penal, de que são exemplos, entre outras, as ações penais 207, 387, 662 e 721. Mas, ao que tudo indica, tal providência é outra anomalia.

Suspensão de processo é matéria de direito processual. Prescrição é matéria de direito material, mesmo que “algumas de suas conseqüências influam sobre a ação penal e a condenação” (PRADO, 2004, p. 730). E assim o é tanto no âmbito penal, como, aliás, consta no atual CP, quanto no civil, no trabalhista, no tributário, no administrativo, e, portanto, deve ser objeto de legislação federal.

No caso em análise, porém, não há fundamento legal para a suspensão nem do processo nem da prescrição no caso dos governadores. A rigor, há quem sugira, inclusive, a impossibilidade de suspensão da prescrição no que se refere ao próprio presidente da República, por falta de previsão específica (BALTAZAR, 2003, p. 56). E o próprio STJ já teria entendido que a suspensão dos processos contra Governadores não implicaria a suspensão da prescrição (BALTAZAR, 2003, p. 56), embora atualmente tenha enveredado por outro caminho, como se demonstrou.

Todavia, a suspensão dos processos e da prescrição nas ações penais contra governadores, da forma como vem sendo determinada pelo STJ, precisa ser analisada pelo ângulo da falta de previsão legal. Ou seja, a medida adotada pelo STJ nas ações penais só seria válida caso fosse possível esclarecer de que forma poderia ser suspensa a prescrição de um delito penal cometido pelo governador simplesmente pela utilização de uma suposta analogia, com todos os riscos de que esse expediente se reveste num Estado Democrático de Direito, mormente quando a prescrição, para além de um elemento estabilizador das relações sociais, é uma figura jurídica de caráter dúplice, estabelecida em favor do suspeito e em desfavor da inércia injustificável do Estado.

Para tentar demonstrar como a suspensão processual, mas principalmente a suspensão do prazo prescricional nos casos analisados, são equivocadas, é preciso advertir, de início, que há comando constitucional a definir os únicos casos de imprescritibilidade no âmbito do Direito Penal, o que está a revelar de forma insuspeita o acerto de que o Estado de Direito tem como um de seus postulados o da segurança jurídica, igualmente consagrado na CF/1988, não sendo equivocado, portanto, afirmar que “situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude”, como diz Mendes (MENDES, 2008, p. 487) ao abordar a questão do ato jurídico perfeito no Direito Administrativo.

Ademais, a prescrição é instituto amparado numa perspectiva de justificação no interesse social, tendo como propósito significativo garantir a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica e evitar que o “exercício de uma pretensão fique pendente de forma indefinida” (TEPEDINO, 2007, p. 359). Cometido um crime, nasce para o Estado o direito de punir. Mas “esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo” (BITTENCOURT, 2008, p. 728). O prazo prescricional estabelecido em lei tem, portanto, a função de critério delimitador do direito de punir do Estado.

E implementado o prazo, surge para o réu, “o direito subjetivo público de ver o processo, contra si instaurado, definitivamente extinto, prejudicando, inclusive, o exame do mérito”, valendo salien-

tar ainda que ela pode ocorrer até mesmo antes da relação processual (SCHMIDT apud BALTAZAR, 2003, p. 19).

Portanto, a rigor, o que tem ocorrido no âmbito das ações penais analisadas, citadas apenas aleatória e exemplificativamente, é que a suspensão da prescrição penal contra o governador de estado-membro, nos moldes em que tem sido delineada, não tem amparo legal e tem sido tratada de forma indevida no âmbito de meras decisões judiciais monocráticas que, aliás, interditam direitos fundamentais do próprio acusado.

Entretanto, é igualmente relevante salientar que o curso normal da prescrição agravaria mais ainda exatamente o problema que se pretende superar com o processo penal, deixando, aí sim, o governador completamente isento de responsabilidade nos casos em que não fosse processado e o prazo prescricional de eventual delito tivesse decorrido. Mas o problema, como se vem demonstrando, está na inconstitucionalidade da licença prévia, que os tribunais insistem em manter válida.

A propósito da falta de amparo legal tanto para a licença prévia, por inconstitucional que é, como para a suspensão do processo e do prazo prescricional, vale transcrever uma advertência de Zaffaroni e de Pierangeli, ao tecerem comentários sobre o art. 22, I, da CF/1988, quando asseveram que “O povo é o único *soberano*, a fonte do poder do Estado, e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima dos representantes do povo, não pode haver lei penal” (2002, p. 127, grifo nosso). Ou seja, não deve o Poder Judiciário intervir em espaços nitidamente reservados ao Poder Legislativo, como no caso, impedindo o curso de prescrição penal sem a correspondente previsão legal.

É por esses motivos que o juízo de admissibilidade de acusação formulado pelos parlamentos estaduais ou distrital deve ser extinto, porque além de inconstitucional, em razão da violação ao princípio federativo, sua subsistência tem gerado conseqüências jurídicas desastrosas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Como dito no início, o ajuizamento de inúmeras ações no STF suscitando discussões quanto à matéria nos últimos anos reacendeu o debate. Na origem dessa “cruzada” da OAB e da PGR certamente

estava o caso rumoroso de suspeita de corrupção envolvendo o então governador do DF, José Roberto Arruda.

O caso Arruda traz pelo menos dois pontos importantes: primeiro, o papel do STJ como órgão judicial e a necessidade de exercer adequadamente a jurisdição constitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Segundo, o julgamento do HC n. 102.732 pelo STF, em que se entendeu possível que o STJ determinasse a prisão preventiva do então governador José Roberto Arruda, mesmo que, segundo se depreendeu do julgado, o recebimento de denúncia e o prosseguimento da ação penal estivesse condicionado à autorização da Câmara Legislativa do DF.

O primeiro ponto, sobre o papel do STJ na questão, aponta para uma indevida compreensão do exercício da jurisdição constitucional difusa no cenário brasileiro, como se fosse dado ao órgão judicial tangenciar matéria de ordem constitucional. Ora, “não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de ato normativo” (STRECK, 2013, p. 526).

A propósito, na própria denúncia oferecida pelo Ministério Público na Apn n. 624, foi requerido que o STJ exercesse o controle difuso e declarasse a inconstitucionalidade da necessidade de licença prévia da CL/DF para processar o Governador Arruda. Mas o STJ não o fez.

O controle difuso de constitucionalidade, presente no Brasil desde a primeira Constituição republicana, impõe aos juízes brasileiros, estejam em quaisquer tribunais ou em primeiro grau, o dever de exercer o adequado exame de constitucionalidade das normas que aplicam. Isso porque “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional”, razão pela qual é “dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”, diz Streck (2013, p. 529).

Logo, uma vez que a constitucionalidade de um ato normativo se apresenta como prejudicial ao exame de um determinado caso, e este é o ponto central do controle difuso, o respectivo julgador deve necessariamente tomar conhecimento da questão e fazer a filtragem constitucional.

Ora, no caso das ações penais movidas em face de governadores, em qualquer momento poderia ter sido arguida inconstitucionalidade para que essa condição de procedibilidade fosse devidamente analisada, na medida em que o juiz ou tribunal pode perfeitamente conhecer da matéria constitucional mesmo com o silêncio das partes.

Portanto, o conhecimento da matéria poderia ter sido feito de ofício, que, aliás, mais do que uma prerrogativa, é um dever do magistrado. Mas, principalmente no caso em que arguida a inconstitucionalidade por uma das partes, é inevitável uma resposta judicial sobre o tema. É que, a rigor, segundo Streck (2013, p. 533), a omissão do magistrado em casos tais viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal.

Nas ações penais, resolver um incidente de inconstitucionalidade, caso fosse instaurado, sobre a licença prévia como condição de procedibilidade para processos contra governadores tem efetivamente um interesse no desenvolvimento da demanda. É, sim, uma matéria prejudicial. E isso é até óbvio: pois ao não declará-la inconstitucional, o STJ fica à mercê da autorização de um Parlamento estadual ou distrital para exercer suas funções precípuas previstas originariamente na CF/1988 e manietadas por meio de expedientes inseridos nas Constituições estaduais. Perde normatividade o art. 105, I, da CF/1988, que, no limite, só a recebe novamente (a normatividade), na parte em que diz respeito ao governador, com uma espécie de chancela do Poder Legislativo estadual.

Infelizmente, mesmo estando há tempos incorporado ao ordenamento jurídico, o controle difuso de constitucionalidade ainda não alcançou sua importância (STRECK, 2013, p. 533). Um sintoma desse problema, de certa forma, poderia ser representado pelo voto do ministro Luiz Fux, quando, ao apreciar a decretação de prisão do Governador Arruda, desvia o foco da constitucionalidade do caso para apreciar os pressupostos de prisão inculpidos no art. 312 do CPP. Claro que os pressupostos são indispensáveis, mas, àquela altura, já se levantavam dúvidas quanto à possibilidade de decretar a prisão do governador sem prévia licença da CL/DF.

Ademais, a manutenção da licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra governadores contribui para um estado de inefetividade do art. 105, I, da CF/1988, já que, no tocante à competência do STJ para julgamento dessas ações penais, tem tido pouquíssima realização normativa.

Veja-se a seguinte situação, que, aliás, já ocorreu: um governador é processado. O STJ solicita autorização ao Parlamento estadual ou distrital para instaurar a ação penal. Não há deliberação quanto ao pedido do STJ ou ele é negado. Em ambos os casos, a normatividade do citado artigo que atribui competência ao STJ para julgar o governador fica, por assim dizer, suspensa (termo utilizado na falta de um melhor e mais adequado). E é de todo inaproveitável a competência prevista no art. 105, I, da CF/1988, quando o acusado deixa o cargo que ocupava, porque, felizmente, com o cancelamento da Súmula n. 394 (Inq-QO n. 687) e o julgamento da ADI n. 2797, o STF suplantou a possibilidade de estender o foro privilegiado para ex-detentores de determinados cargos públicos.

### **3 O julgamento do HC n. 102.732 pelo STF. É possível determinar prisão de governador sem autorização legislativa durante o inquérito, mas, paradoxalmente, não processá-lo?!**

Isso é resultado do julgamento proferido pelo STF no citado HC. O tribunal teve a oportunidade de examinar a matéria quando a ordem de prisão do então governador do DF, José Roberto Arruda, expedida pelo STJ, foi objeto de questionamento.

Em relação ao julgamento proferido em 4 de março de 2010, HC n. 102.732 (BRASIL, 2013), o Plenário do STF reconheceu a desnecessidade de licença prévia da CL/DF para que o STJ determinasse a prisão preventiva do então governador José Roberto Arruda. Vale destacar ainda que quatro ministros que participaram do julgamento (Cezar Peluso, Ayres Birtto, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) já deixaram o Tribunal. O ministro Eros Grau não participou do julgamento.

No que se refere ao enfoque do tema deste artigo, ficou assim emendada a decisão:

[...]

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - INQUÉRITO - LICENÇA DA CASA LEGISLATIVA - PROCESSO. A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

[...]

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - ARTIGO 51, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICAÇÃO ANALÓGICA - INADEQUAÇÃO. A interpretação teleológica e sistemática do artigo 51, inciso I, da Carta da República revela inadequada a observância quando envolvido Governador do Estado.

Embora alguns dos julgadores tenham adentrado especificamente na matéria deste artigo, como foi o caso dos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, manifestamente contrários à licença prévia como condição de procedibilidade para processo contra governador, a questão recebeu apenas alguns comentários periféricos.

De modo geral, o determinante para a manutenção da prisão do então governador naquele momento, sem a necessidade de prévia licença, embasava-se no fato de que a prisão ocorreu em fase pré-processual, ainda em sede investigativa, não incidindo na hipótese a regra da condição de procedibilidade. Essa a posição mais constatável nos votos de Ayres Britto e Cezar Peluso.

Outro ponto determinante foi o fato de o próprio STF ter declarado inconstitucional a extensão das prerrogativas prisionais do presidente da República aos governadores – ADI n. 1020, exaustivamente citada pelos ministros. Logo, inexistindo o empecilho constitucional à prisão antes de sentença condenatória, entendeu-se que era perfeitamente plausível a medida constritiva de liberdade adotada pelo STJ, a pedido da PGR.

O ministro Dias Toffoli, isolado na divergência, foi quem defendeu a prerrogativa dos parlamentares distritais para autorizar a prisão preventiva. Ele também é o relator da ADI n. 4362, em que são questionados os dispositivos correlatos da LO/DF. Em suma, o argumento é o de que, se a autorização é necessária para instauração da ação penal, também o é para determinar uma prisão. Além do mais, diz ele, a prisão implica o afastamento do governador de suas funções, daí porque a necessidade de análise prévia do Parlamento<sup>5</sup>. De modo geral, referiu-se a julgados do STF em que a licença prévia foi admitida como constitucional.

A partir desse julgamento, o que se pode concluir/conjecturar em relação a um futuro julgamento da matéria pelo STF? Efetivamente, muito pouco. É muito difícil tentar prever uma direção para o futuro julgamento da questão no STF, nas várias ADIs ajuizadas. O certo, porém, é que alguns julgadores revelaram-se contrários à licença – Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – enquanto outros sinalizaram para posição favorável à condição de procedibilidade – Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Se preservada a coerência nas posições, o que nem sempre é uma constante em julgamento do Tribunal, estão aí pelo menos três votos declarados sobre a questão, considerando os membros ainda presentes no Tribunal.

Dois ex-ministros do STJ, Luiz Fux e Teori Zavascki, hoje integram o STF. O ministro Teori Zavascki, por ocasião da análise do decreto de prisão do governador Arruda no Inq. n. 650, depois convertido na Apn n. 707, fez referência à constitucionalidade da licença prévia multicitada (BRASIL, 2013). O ministro Luiz Fux, por sua vez, tangenciou a questão da constitucionalidade da matéria, limitando-se a analisar os pressupostos processuais para a prisão do governador.

<sup>5</sup> Em certa medida, embora tenha razões para discordar do ministro, sobretudo porque aponto para a inconstitucionalidade da licença prévia, o fato é que ele parece ser mais coerente do que a posição vencedora. Se considerarmos que um dos fatores que supostamente fundamentam a licença prévia é a dramática situação do afastamento do governador de suas funções, com razão, parece que a prisão de um governador seria até mais impactante do que o desencadeamento de um processo penal. O que parece evidente na análise do julgado é que o argumento da suspensão das funções para justificar a licença prévia no processo penal é tão frágil que foi completamente desconsiderado pelo STF na análise do HC n. 102.732.

Mas o julgamento do HC traz uma questão interessante que merece alguns comentários, qual seja, a possibilidade de prisão preventiva de um governador por decisão do STJ, sem interferência do Parlamento distrital.

Agora, deve-se perguntar como sustentar o argumento de que a licença prévia se justifica em razão de que o desencadeamento de processo penal contra governador implica o seu afastamento do exercício das funções de chefia do Executivo, quando o STF, no emblemático julgamento do HC n. 102.732, entende cabível a decretação pelo STJ de prisão preventiva do chefe do Executivo, na medida em que esta é uma modalidade de afastamento do cargo das mais ostensivas possíveis. Uma outra pergunta possível é sobre por que condicionar a abertura de processo penal em face do governador a uma autorização legislativa, quando a prisão preventiva, ainda na fase de investigação, dispensa tal autorização, ou melhor, de que forma é constitucional a prisão de um governador sem prévia licença do Parlamento do respectivo Estado ou DF, mas não é constitucional processá-lo criminalmente sem a famigerada licença.

A palavra está com o STF nas inúmeras ADIs anteriormente citadas, mas adiante-se que, acaso reconhecida a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, é muito provável que permaneçam não respondidas as perguntas acima formuladas, por uma razão simples: a hipótese de prisão, sem licença, não é objeto dessas ADIs.

#### **4 Conclusão**

Não há dúvidas de que o STF terá um grande desafio pela frente, ao julgar as ADIs ajuizadas pela OAB e pela PGR, principalmente se entender pela constitucionalidade da licença, porque terá de compatibilizá-la com o entendimento sufragado no HC n. 102.732 de que para prisão não é necessária licença, mas para o processo sim. Em síntese, terá de construir uma justificativa capaz de sustentar o argumento de que a licença é válida por permitir a intervenção legislativa nos casos em que o governador pudesse ser afastado do cargo em razão

do processo penal, enquanto permite esse afastamento por meio de prisão preventiva decretada pelo STJ.

De outro lado, ainda no tema da jurisdição constitucional, mas no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, procurou-se demonstrar como o STJ está necessariamente obrigado a conhecer da matéria e sobre ela deliberar. Vale ressaltar, no ponto, que a arguição de inconstitucionalidade feita pela PGR na ação penal movida contra o ex-governador do DF José Roberto Arruda, perdeu o objeto, porque o réu não detém mais o cargo, e a declaração de inconstitucionalidade da licença, nesse caso, não geraria qualquer efeito. Nesse caso específico, já não há mais caráter incidental ou prejudicial da matéria. Mas o que se buscou assentar é que o STJ tem o dever constitucional de analisar a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, no âmbito da jurisdição constitucional difusa. E esse dever está intimamente ligado também ao que se tem chamado de mudança informal da Constituição, ou, precisamente, mutação inconstitucional.

Com efeito, embora a CF/1988 atribua ao STJ competência para julgamento de governador por cometimento de crime comum, a introdução de normas nas Constituições estaduais e na LO/DF praticamente suprimiu a normatividade do dispositivo constitucional federal. É que, ao criar as licenças indevidamente, os dispositivos estaduais e distrital permitiram uma espécie de suspensão do art. 105, I, da CF/1988, nos casos em que a licença não é fornecida. E, posteriormente, quando o governador deixa o cargo e finalmente responde penalmente pelos delitos que cometeu, a competência já não será do STJ.

O que se revela com isso é que, em inobservância dos dispositivos constitucionais federais originários, os Constituintes estaduais e distrital praticamente aniquilaram o conteúdo do art. 105, I, da CF/1988, e, mais ou tão grave quanto isso, os órgãos incumbidos de rever esse equívoco historicamente compactuaram com o estado de inconstitucionalidade. Assim foram os tribunais, STF e STJ, na função jurisdicional, e os Legislativos regionais que nunca reformaram os dispositivos de suas Constituições ou LO/DF.

## Referências

BALTAZAR, Antonio Lopes. *Prescrição penal*. Bauru: Edipro, 2003.

BÉO, Cintia Regina. Da organização político-administrativa. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). *Constituição Federal interpretada*. São Paulo: Manole, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 104/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4164553>> Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 159.230. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ronaldo José da Cunha Lima. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553945>>. Acesso em: 6 set. 2013.

BRASIL. Legislação estadual: Constituições estaduais. Constituição estadual de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 102.732. Paciente: José Roberto Arruda. Impretrante: José Gerardo Grossi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco

Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n. 707. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s) Domingos Lamoglia de Sales Dias e outros. Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8825910&sReg=200901886665&sData=20100415&sTipo=52&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8825910&sReg=200901886665&sData=20100415&sTipo=52&formato=PDF)>. Acesso em: 16 out. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Org.). *Temas fundamentais de direito constitucional*. Textos traduzidos e selecionados. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In: \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dider. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK; Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

## Direito Processual Civil



# Os limites objetivos da coisa julgada e as relações jurídicas continuativas

Julian Ritzel Farret

Servidor do Ministério Público da União lotado no Ministério Público do Trabalho. Pós-graduado em Direito Constitucional na Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

**Resumo:** O presente artigo cuida dos limites objetivos da coisa julgada que recai sobre relações jurídicas continuativas, espécie comumente encontrada nas relações jurídicas tributárias. Expusemos que os limites objetivos da coisa julgada guardam íntima ligação com a espécie de relação jurídica deduzida em juízo. Por isso, buscamos na doutrina uma definição técnica das relações jurídicas continuativas de que trata o art. 471, I, do CPC. Em um segundo momento, definidas estas relações como relações jurídicas sucessivas, ou seja, relações jurídicas instantâneas que se repetem, conferimos quais são os limites objetivos e temporais da coisa julgada que recai sobre a sentença que regula essa espécie de relação.

**Palavras-chave:** Relações jurídicas continuativas. Efeitos prospectivos. Coisa julgada.

**Abstract:** This work handles the objective limits of *res judicata*, which falls on continuative relationships, commonly found in tax law. We exposed that the objective limits of *res judicata* keep close relation with the kind of legal relationship deduced in court. Therefore, we seek a technical definition in the doctrine of continuative legal relationships referred to in article 471, I, of Code of Civil Procedure. In a second step, defined these relations as successive legal relations, i.e., instant legal relationships that are repeated, we checked which are the objective and temporal limits of *res judicata* that falls on the sentence that regulates this kind of relationship.

**Keywords:** Continuative legal relations. Prospective effects. *Res judicata*.

**Sumário:** 1 Considerações preliminares. 2 Os limites objetivos da coisa julgada e a relação jurídica deduzida em juízo. 3 As relações jurídicas continuativas e os limites objetivos da coisa julgada. 4 A eficácia da sentença no processo de conhecimento. 4.1 A eficácia da sentença que regula relação jurídica continuativa. 4.2 Os limites temporais da sentença que regula relação jurídica continuativa e a cláusula *rebus sic stantibus*. 5 Conclusão.

## 1 Considerações preliminares

O estudo da coisa julgada é muito amplo. Atualmente, o campo mais fértil de discussões é o que trata da relativização da coisa julgada. No entanto, e é bom que isso fique claro desde logo, não é esse o nosso objeto de estudo.

A relativização da coisa julgada tem a pretensão de desconsiderar a decisão que sofre os seus efeitos preclusivos. O que pretendemos é, ao contrário, estudar apenas os efeitos futuros que as alterações no ordenamento jurídico podem gerar sobre as relações jurídicas continuativas reguladas por sentença transitada em julgado.

De maneira ainda mais clara: falar em relativização da coisa julgada é falar em voltar ao passado para desconsiderar as relações jurídicas deduzidas na demanda e reguladas na sentença. Logo, quando pensamos em relativizar a coisa julgada, pensamos, por exemplo, em reaver o tributo recolhido em razão da sentença, ou, ainda, em recolher o tributo não recolhido. Os efeitos da relativização da coisa julgada são *ex tunc*.

Temos outro foco. O que queremos saber é se, a partir de uma alteração no sistema normativo, seria possível deixar de recolher determinado tributo (ou começar a recolhê-lo), a despeito de existir sentença transitada em julgado que diga precisamente o oposto. Os efeitos que investigamos são *ex nunc*.

A coisa julgada é um instituto jurídico que “integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 407), consagrada, inclusive, no art. 5º, XXXVI,

da Constituição Federal. Qualquer tentativa de lhe restringir os efeitos pode se revelar uma afronta à própria Constituição Federal. E não é isso o que queremos.

Desse modo, valendo-nos da literalidade do art. 467 do Código de Processo Civil (CPC), podemos dizer que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Cuida-se, portanto, de uma qualidade da sentença que torna estável o que nela foi decidido.

Nesse sentido, quando pensamos na aplicação desse fenômeno, surge o espinhoso problema dos limites objetivos e temporais da coisa julgada. No Direito Tributário, por exemplo, pululam as indefiníveis relações jurídicas continuativas que, por força do disposto no art. 471, I, do CPC, podem ser revistas quando sobrevier “modificação no estado de fato ou de direito”. É nesse contexto que se insere o nosso estudo.

## 2 Os limites objetivos da coisa julgada e a relação jurídica deduzida em juízo

Falar em limites objetivos da coisa julgada é falar sobre *o que* se submete aos seus efeitos. A título introdutório, portanto, nos parece indispensável dizer que “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso” (CPC, art. 301, § 3º). O próprio CPC (art. 301, § 2º) esclarece que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Didier, Braga e Oliveira (2009, p. 418), inspirados nas lições de Barbosa Moreira, tentam explicar os contornos objetivos que limitam a coisa julgada material. Dizem eles:

Assim, no CPC-73, o legislador corrigiu o equívoco. No art. 468, reproduziu, sem distorções, a regra carneluttiana, para dispor que: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Perceba-se, prescreve o texto normativo que a sentença tem força de lei nos *limites da lide* decidida. A lide decidida é aquela levada a juízo através de um pedido da parte,

colocado como questão principal. Logo, resta evidente que, de acordo com esse artigo, a autoridade da coisa julgada só recai sobre a parte da decisão que julga o pedido (a questão principal, a lide), ou seja, sobre a norma jurídica concreta contida no seu dispositivo.

O importante, aqui, é perceber que a norma jurídica concreta contida no dispositivo da sentença não é mais do que um juízo de certeza relativo à incidência ou não de uma norma abstrata sobre um suporte fático e a declaração das consequências que decorrem dessa declaração de certeza.

Esse juízo de certeza é o resultado da atividade cognitiva do juiz e recai precisamente sobre a existência ou não da relação jurídica deduzida pelo autor da demanda. Ele recai, pois, sobre o pedido e sobre a causa de pedir. Esse fato é muito importante para o nosso estudo.

Segundo Didier Jr. (2009, p. 410),

[...] a causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido.

Aliás, segundo as lições de Pontes de Miranda (1983, p. 17):

Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência européia: a *eficácia da regra jurídica*, que é a de incidir, eficácia “legal” (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a *eficácia jurídica*, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.

Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos) [grifos do autor].

A relação jurídica (efeito do fato jurídico) deduzida em juízo, que, por sinal, compõe a causa de pedir da demanda, pode ser de qualquer natureza. E os limites objetivos da coisa julgada, nesse sen-

tido, têm uma íntima relação de dependência com a espécie de relação jurídica deduzida.

Como regra geral, as relações jurídicas se perfectibilizam com a subsunção do fato à norma. Nesse momento ocorre a incidência (MELLO, 1995, p. 57) e os fatos do mundo se juridicizam, tornando-se fatos jurídicos. Dessa forma, parece claro que os efeitos que decorrem da incidência dependem do complexo de fatos que contribuem para a incidência e, por conseguinte, da hipótese de incidência (norma abstrata).

No caso, pretendemos estudar apenas uma espécie de relação jurídica: as relações jurídicas continuativas de que trata o art. 471, I, do CPC. Assim, parece-nos que a compreensão dos limites objetivos e temporais da coisa julgada passa necessariamente pela compreensão dessa peculiar espécie de relação jurídica.

### **3 As relações jurídicas continuativas e os limites objetivos da coisa julgada**

Conforme dito, as relações jurídicas continuativas que aqui pretendemos definir são as mencionadas no art. 471, I, do CPC. Nosso anseio pela busca do seu significado técnico assenta raízes no fato de que o texto legal não traz a sua definição, o que dá ensejo a certa falta de clareza nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial e farta margem para interpretações totalmente desvinculadas da sua verdadeira natureza.

Nesse sentido, tendo em vista a sua indefinição conceitual no que se refere ao texto da lei, restou à doutrina o trabalho de definir os seus contornos. O que ocorre, porém, é que nossos doutrinadores hesitam quando são impelidos a conceituar as relações jurídicas continuativas do art. 471, I, do CPC. Entre os que as estudaram, está Antonio Carlos de Araújo Cintra. Em seus comentários ao Código de Processo Civil, o autor dedica um ponto específico do seu estudo às relações jurídicas continuativas, oportunidade em que, com fundamento nos ensinamentos de Liebman e Pontes de Miranda, diz o seguinte:

265. Relação jurídica continuativa – A disposição contida no inciso I do artigo 471 parece indicar uma exceção à regra da imutabilidade

estabelecida pelo *caput* do artigo, em estreita consonância com o disposto nos artigos 463 e 467 do Código de Processo Civil. Contudo, na realidade a coisa julgada está sempre vinculada a uma situação litigiosa concreta, cuja alteração, nas relações jurídicas continuativas, admite nova apreciação judicial. Lembra-se, a propósito, o ensinamento de Liebman, no sentido de que, “de certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanação da sentença”.

Sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a regra ditada pela sentença pode ser revista, mediante ação da parte interessada, para se adaptar à situação superveniente. Isto, é claro, não atinge a coisa julgada que permanecerá intocável nos seus limites objetivos, vinculada à relação jurídica tal como se apresentou no momento da decisão. Por isso mesmo, Pontes de Miranda observa que a disposição em exame “nada tem com o problema da coisa julgada material” (CINTRA, 2000, p. 303).

Em que pese o acerto dos seus comentários, Araújo Cintra pouco contribui para a compreensão da natureza dessas relações. Sua análise passa ao largo da problemática definição do instituto para estudar apenas as consequências teóricas que decorrem de uma possível exceção à imutabilidade da sentença. Ao tentar explicar o tema, restringe-se a dizer que a coisa julgada está sempre vinculada a uma *situação litigiosa concreta* e que, em se tratando de relações jurídicas continuativas, admite-se uma nova apreciação judicial da relação.

É bem verdade, como inclusive já afirmamos, que a relação jurídica continuativa tem íntima relação com a situação litigiosa concreta, ou seja, com a causa de pedir da demanda. Araújo Cintra, no entanto, não se preocupa em aprofundar sua análise e explicar que relação jurídica é essa que, mesmo após ser uma vez deduzida em juízo e regulada por uma sentença transitada em julgado, pode ser deduzida e regulada quando sobrevier modificação nos estados de fato ou de direito da relação.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, que, por sua vez, ancora seu pensamento na doutrina de Carnelutti, Adolf Schönke e Leo Rosenberg, ao estudar a exegese do art. 471 do CPC, nos dá pistas importantes sobre o que são as relações jurídicas continuativas:

198. O inc. I da disposição comentada constitui exceção à regra geral, exposta por CARNELUTTI nas *Lezioni*, de a regulamentação da sentença preocupar-se com fatos e efeitos sobrevindos a esse momento, nas relações jurídicas continuativas. Cumpre investigar, portanto, que relações e que fatos atraem a incidência da norma.

Desde logo se evidencia que somente as relações que se projetam no tempo, com maior ou menor durabilidade, sofrem a influência do preceito em exame. Ao cuidar das prestações cuja imposição pela sentença subordina-se à disposição do § 323 da ZPO, SCHÖNKE assim as delimita: “hão de ser unilaterais e de exigibilidade dependente unicamente do transcurso de determinado prazo, razão por que ficam excluídas as que decorrem do contrato bilateral, simultaneamente, ou uma com anterioridade à outra, como, por exemplo, os aluguéis de locação”. ROSEMBERG é um pouco mais analítico ao enunciar as prestações que não admitem a incidência do previsto no aludido § 323: “Assim, por exemplo, quando as prestações futuras são fixadas de acordo com um *contrato*, como rendas vitalícias, ônus reais, aluguéis, arrendamento, juros e outros casos; ou se determinam de acordo com um momento passado, como as rendas decorrentes de servidão, etc.” (ARAGÃO, 1992, p. 277, grifos do autor).

Egas Dirceu Moniz de Aragão colabora para a compreensão da matéria ao perceber que as relações que se submetem ao disposto no art. 471, I, são as relações que se *projetam no tempo*. Essa distinção é importante, mas não explica satisfatoriamente o fenômeno e talvez incorra em certa indefinição terminológica, tornando ainda mais difícil a sua compreensão. Ao que parece, o autor gostaria de ter afirmado que os *efeitos* da relação jurídica continuativa é que se *projetam no tempo*. No entanto, não o disse, deixando a dúvida sobre que tipo de projeção temporal é essa que sofre a relação jurídica continuativa.

O ministro Luiz Fux (2004, p. 831-832), em seu *Curso de direito processual civil*, ao tratar do art. 471 do CPC, traz uma concepção diferente ao dizer o seguinte:

A previsão pertine às relações continuativas em que a decisão projeta-se para o futuro impondo prestações de trato sucessivo que podem desaparecer conforme as circunstâncias do caso concreto. O exemplo

clássico é o da ação de alimentos, na qual as modificações do estado de fato como o empobrecimento do devedor ou o enriquecimento do credor dos alimentos podem levar à exoneração das prestações alimentícias vincendas. *In casu*, a exoneração fundar-se-á em fatos supervenientes, sem malferir a coisa julgada. [...] Nessas ações o juiz decide com a cláusula *rebus sic stantibus*, de sorte que a decisão se mantém se as causas que a determinam também permanecerem em pé.

Luiz Fux avança e percebe que o que se projeta no tempo não é a relação jurídica, mas a decisão, e isso porque a decisão impõe uma *prestação de trato sucessivo*. Esses são elementos novos para a compreensão do tema.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 432), seguindo a mesma linha, ou seja, compreendendo que a sentença e os seus efeitos é que se projetam no tempo, e não a própria relação, dizem que:

Normalmente, não são admitidas as chamadas “sentenças futuras”, aquelas que regram situações ainda não consumadas (futuras). Isso porque, diante de uma situação ainda não concretizada, faltaria interesse processual da parte para desencadear a prestação jurisdicional.

Excepcionam-se, contudo, aquelas sentenças que recaiam sobre situações futuras que estejam vinculadas a situações presentes. É o caso das sentenças que disciplinam relações jurídicas continuativas que têm por objeto obrigações homogêneas de trato sucessivo – também chamadas por alguns, como visto em capítulo anterior, de sentenças determinativas ou dispositivas. Nada mais são que as sentenças que versam sobre relação jurídica que se projeta no tempo, que não é instantânea, normalmente envolvendo prestações periódicas – como aquelas decorrentes das relações de família, relações tributárias e previdenciárias, locatícias etc.

Didier Jr., Braga e Oliveira trabalharam com sofisticação a definição das relações jurídicas continuativas e complementaram o que Luiz Fux havia dito sobre elas. No entanto, há em seu pensamento certa indefinição.

Segundo se extrai dos seus escritos, a relação jurídica continuativa é um gênero que abrange as relações jurídicas que têm por objeto *obrigações homogêneas de trato sucessivo*. A sentença que regula essa relação

jurídica recai sobre *situação futura vinculada a situação presente*. Até aí, há clara distinção entre o que pensam Didier Jr. e Luiz Fux, de um lado, e Moniz de Aragão, de outro. Para os primeiros, o que se projetaria no tempo seria a sentença, ou seja, seus efeitos. Para o último, é a própria relação jurídica que se projeta no tempo.

No entanto, Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 432) avançaram e, citando Moacyr Amaral Santos, parecem conjugar as concepções quando dizem que essas sentenças “nada mais são que as sentenças que versam sobre relação jurídica que se projeta no tempo, que não é instantânea, normalmente envolvendo prestações periódicas”. Eis, aí, a indefinição.

Nos dizeres de Pontes de Miranda (1997, p. 147), poder-se-iam definir as relações jurídicas continuativas como aquelas reguladas por “regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos, de modo que a incidência delas não é instantânea”. Na verdade, parece que Didier Jr. inspirou-se em Pontes de Miranda para afirmar que a relação jurídica continuativa se projeta no tempo tanto quanto os efeitos da sentença que a regula.

Nesse contexto se insere o estudo do ministro Teori Albino Zavascki sobre a eficácia das sentenças na jurisdição constitucional – estudo esse que, por sinal, é a principal fonte de inspiração teórica deste pequeno artigo. Ao estudar o tema, o autor trouxe ao âmbito acadêmico, a nosso ver, uma das mais significativas contribuições para a definição das relações jurídicas continuativas. Segundo ele:

Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. *Instantânea* é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. É instantânea, assim, a relação obrigacional de ressarcir os danos materiais no veículo alheio por motorista imprudente que ultrapassou o sinal vermelho. Ou, no campo tributário, a relação obrigacional de pagar o imposto de trans-

missão em face da venda de determinado imóvel. Define-se como *permanente* (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborativas normais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma natureza é a obrigação de pagar alimentos, que tem suporte fático desdobrado no tempo, consistente na insuficiência econômica e financeira do alimentando e na capacidade econômica e financeira do alimentante (1.694, § 1º, CC). Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a *sucessiva*, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salário ou o sobre o seu faturamento. (ZAVASCKI, 2012, p. 99-100, grifos do autor).

Teori Albino Zavascki parte de um critério único para distinguir as relações jurídicas: a relação com o fato gerador.

Fato gerador, aqui, em nada se relaciona com o Direito Tributário. É, na verdade, um conceito genérico que designa a concretização da norma abstrata; ou seja, não é o suporte fático, mas o próprio fato jurídico que desencadeou as consequências jurídicas previstas na norma abstrata (MELLO, 1995, p. 48-51). É, em suma, o produto da incidência.

A partir desse prisma, identificam-se três diferentes espécies de relações jurídicas: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas.

O importante é que cada uma dessas espécies de relação jurídica, a depender da sua peculiar forma de incidência, produz efeitos temporais distintos. Por isso, quando essas relações jurídicas são levadas a juízo em um processo de conhecimento, a coisa julgada também terá efeitos temporais peculiares. Os limites objetivos da coisa julgada, portanto, dependerão de que tipo de relação jurídica foi deduzida em juízo.

Para os fins a que nos propomos, a melhor classificação parece ser a exposta por Teori Zavascki. Contudo, entre as três diferentes espécies de relações jurídicas por ele identificadas ao olhar para as circunstâncias temporais do seu fato gerador, apenas uma delas constitui objeto do nosso estudo: as relações jurídicas sucessivas. As demais, por suas particularidades, não se submetem ao regramento do art. 471, I, do CPC.

Para visualizar essa afirmação, recorreremos à explicação do ministro Teori Albino Zavascki (2012, p. 100):

Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado *status* jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação do serviço pelo servidor: sem a ocorrência desse, não existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. No exemplo dado, o sujeito ativo, para fazer jus ao pagamento da prestação mensal, além de exercer efetivamente as funções naquele período (fato gerador instantâneo e imediato), tem de ostentar também o *status* de servidor público legitimamente investido no cargo (fato gerador permanente e mediato).

Os principais exemplos de relações sucessivas, portanto, vêm do Direito Tributário. Para conceber esse fato é necessário notar que a relação sucessiva é um conjunto de relações instantâneas e homogêneas, ou seja, um conjunto de relações instantâneas que se repete no tempo de maneira uniforme e continuada.

Nesse sentido, quando analisamos as diferentes relações obrigacionais de recolher tributos, percebemos que elas podem se dividir

em duas espécies de relação: as que se repetem de forma uniforme e continuada no tempo, normalmente obedecendo ao calendário fiscal e as que não se repetem de forma uniforme e continuada no tempo.

Exemplos da segunda espécie são o ITBI, o Imposto de Transmissão *Causa Mortis*, o IOF etc. Exemplos da primeira espécie pululam. É o caso do IPVA, do IPTU, do IR, do CSLL etc.

No caso dos tributos que não se repetem, os fatos geradores se esgotam imediatamente, num momento determinado, *sem continuidade no tempo*, ou, embora resultem de fato temporalmente desdobrado, só atraem a incidência da norma quando estão inteiramente formados. O IOF, por exemplo, tem como fato gerador, “quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado” (Lei n. 5.172, 1966, art. 63, I).

No caso dos tributos que se repetem, os fatos geradores se esgotam imediatamente, num momento determinado, *com continuidade no tempo*, ou, embora resultem de fato temporalmente desdobrado, só atraem a incidência da norma quando estão inteiramente formados. Esses fatos geradores se repetem de forma uniforme e continuada no tempo.

Para exemplificar o fenômeno, recorremos aos escritos de Luciano Amaro (2011, p. 294), que, ao cuidar do fato gerador continuado, diz o seguinte:

Os impostos sobre a propriedade territorial e sobre a propriedade de veículos automotores incidem uma vez a *cada ano*, sobre a mesma propriedade: se o indivíduo “A” tiver um imóvel, e a lei determinar que o fato gerador ocorre todo dia 1º de cada ano, a cada 1º de janeiro o titular da propriedade realizará um fato gerador do tributo não sobre as propriedades que tiver adquirido ou vencido ao longo do ano, mas em relação àquelas de que for titular *naquele dia*.

Feitas essas considerações, é importante afirmar novamente que apenas as relações jurídicas sucessivas nos interessam. Cumpre-nos, agora, estudar a eficácia da sentença no processo cognitivo e, mais precisamente, a eficácia da sentença no processo em que foi deduzida

uma relação jurídica sucessiva, tendo em vista sua íntima relação com os limites temporais da coisa julgada.

#### 4 A eficácia da sentença no processo de conhecimento

O processo de conhecimento é um dos aspectos do exercício da função jurisdicional. Segundo Barbosa Moreira (2010, p. 3),

O exercício da função jurisdicional visa à *formulação* e à *atuação prática* da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (*formulação* da norma jurídica concreta) corresponde, segundo terminologia tradicional, o *processo de conhecimento* ou de *cognição*; ao segundo aspecto (*atuação prática* da norma jurídica concreta), o *processo de execução*.

[...]

A situação cuja disciplina há de ser fixada pelo órgão de jurisdição é a que se lhe submete através do *pedido*. Acolhendo ou rejeitando o pedido, formula o órgão de jurisdição a norma jurídica concreta aplicável à situação. Ao fazê-lo, resolve o *mérito* da causa, por meio de uma sentença.

Assim, a *sentença de mérito* (ou *definitiva*) é o ato em que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional. À preparação de tal sentença ordena-se toda a atividade realizada, no processo de conhecimento, pelo órgão jurisdicional e perante ele [grifos do autor].

A lição é esta e vem de longe: o processo de conhecimento é o instrumento pelo qual o Estado formula a norma jurídica concreta que regula a situação que lhe foi posta. E para a formulação da norma jurídica concreta, o Estado/juiz se vale do direito posto e dos fatos comprovados. Para Pontes de Miranda (1979, t.1, p. 62), “a *jurisdição* não é mais, nos nossos dias, do que instrumento para que se respeite a incidência”.

Carnelutti (1973, p. 68), a esse respeito, disse que o processo de conhecimento consiste essencialmente:

[...] en la verificación de los datos de derecho y de hecho relevantes en orden a una relación jurídica, esto es, de los preceptos y de los hechos de los cuales depende su existencia i inexistencia; según los resultados de esa verificación, el juez declara que la situación existe o bien que no existe.

Pode-se dizer, portanto, que a sentença veicula sempre uma declaração de certeza, que consiste “en la declaración imperativa de que ha ocurrido un hecho al cual vincula la norma jurídica un efecto jurídico” (CARNELUTTI, 1973, p. 69).

No mesmo sentido, Kazuo Watanabe, citado por Didier Jr. (2009, p. 293), diz que a cognição é:

[...] prevalentemente um ato de inteligência, consistente em consolidar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Pontes de Miranda (1979, p. 42), por sua vez, percebe a relevância da jurisdição no processo de conhecimento. Segundo ele,

O Estado é interessado em que a aplicação da lei coincida com a sua incidência e em que ao juiz se apresentem os fatos, tais como eles ocorreram, porque, sem a verdade do que é matéria de fato, nenhuma aplicação coincidiria com a incidência da regra jurídica.

Por isso é correto dizer que, no processo de conhecimento, o trabalho exercido pelo magistrado sobre os fatos, as normas e as correspondentes relações jurídicas nada mais é do que um trabalho sobre a *incidência*. Pontes de Miranda já ensinava que “nas ações de cognição [...] há enunciados sobre incidência (toda a *aplicação* da lei é enunciado sobre incidência) e certa quantidade de raciocínio que o juiz deve fazer” (1976, p. 27, grifos do autor).

A lição que fica é a do ministro Teori Albino Zavascki (2012, p. 98), para quem a função jurisdicional cognitiva é composta por atividades destinadas a “formular juízo a respeito da incidência ou

não de norma abstrata sobre determinado suporte fático”. Essa atividade consiste, essencialmente, em:

(a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao ato ou fato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (art. 468 do CPC). (ZAVASCKI, 2012, p. 98).

Nesse sentido, é interessante notar que, na mesma medida em que os fatos deduzidos pelo autor na demanda são fatos passados, sobre os quais pensa ele que a incidência se deu conforme descrito na petição inicial, *os fatos sobre os quais recai a declaração de certeza da sentença também são fatos passados*.

Em suma, pode-se dizer que o juízo de certeza contido nas sentenças judiciais proferidas nos autos de processos de conhecimento recai, primordialmente, sobre a incidência ou não de determinada norma sobre um fato ou um conjunto de fatos (suporte fático) que o autor alegou terem ocorrido. As premissas do juízo de certeza são, precisamente, a ocorrência dos fatos e a incidência ou não da norma.

A sentença certifica, portanto, que ocorreram ou não os fatos previstos em lei (suporte fático) como aptos a fazer incidir a norma geral e abstrata (suporte jurídico) e que, por isso, houve ou não o fenômeno da incidência e dela nasceu, por conseguinte, a relação jurídica de direito material. É, precisamente, essa relação jurídica de direito material que será declarada como existente ou inexistente na sentença, e é esse juízo de certeza que se torna imutável e vinculante quando acobertado pela coisa julgada.



#### 4.1 A eficácia da sentença que regula relação jurídica continuativa

Ao pensarmos na eficácia da sentença que regula relações jurídicas continuativas, podemos visualizar um sério problema em relação aos seus efeitos futuros. Isso porque, ao conjugar a concepção que aqui adotamos de relações jurídicas continuativas com o fato de que a eficácia da sentença tem íntima relação com a espécie de relação jurídica deduzida em juízo, percebe-se que os efeitos temporais dessa sentença são bastante peculiares.

Se as relações jurídicas continuativas aqui estudadas são relações instantâneas que se repetem no tempo (sucessivas), cada repetição é uma relação jurídica distinta. Nesse sentido, na medida em que a sentença regula apenas as relações jurídicas deduzidas em juízo (relações jurídicas que já se formaram), surge o problema de se saber que norma regulará as relações jurídicas idênticas à deduzida em juízo que ainda estão por vir, ou seja, que ainda não se formaram.

Uma ilustração parece cabível: se determinado contribuinte tem em seu favor uma sentença que lhe desobrigue do recolhimento do imposto de renda por ser portador de alguma doença isentiva, como deverá proceder o Fisco em relação aos rendimentos que o contribuinte auferir durante o próximo exercício fiscal? Deverá tributar seus rendimentos e exigir o recolhimento, pois, afinal, trata-se de uma relação jurídica nova? Ou, ao contrário, deverá dar efeitos prospectos à sentença e deixar de tributar os rendimentos do contribuinte?

No exemplo dado, uma coisa é certa: a relação jurídica obrigacional de recolher o tributo referente aos rendimentos do exercício fiscal seguinte ao da sentença não foi deduzida em juízo. Por conseguinte, não sofreria os efeitos preclusivos da coisa julgada que se formou com o trânsito em julgado da decisão.

Isso porque, quanto às relações jurídicas sucessivas, pode-se dizer que, em regra, a sentença tem força vinculante sobre as relações jurídicas que já se concretizaram; assim, as que ainda estão por se concretizar com a ocorrência do fato gerador não sofrem os seus efeitos. Isso, como dito, decorre da natureza da função jurisdicional, que trata da incidência de normas sobre fatos presentes e passados.

Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona nesse sentido e, por essa razão, foi reduzida a enunciado por meio da Súmula n. 239. Eis seu texto: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

O problema teórico, aqui, é que, aceitando-se que a eficácia vinculante da sentença pode se projetar para o futuro e tornar imutáveis relações jurídicas que, no caso das sucessivas, ainda não existem (ainda não houve incidência), aparentemente estar-se-ia também aceitando a possibilidade de julgamento sobre norma em tese ou, ainda, a existência de sentença normativa. Nesse sentido, o ministro Rafael Mayer, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 99.435/MG, fez as seguintes considerações:

Na verdade, a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem, no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger os eventos futuros. A exigência de tributo advinda de fatos impositivos posteriores aos que foram contemplados em determinado julgado, embora se verifique entre as mesmas partes, e seja o mesmo tributo, abstratamente considerado, não apresenta o mesmo objeto e causa de pedir que a demanda anteriormente decidida.

A esse respeito, o ministro Moreira Alves, em aparte ao voto do ministro Rafael Mayer, durante o julgamento, em plenário, dos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 100.888/MG, cujo relator era o ministro Soares Muñoz, disse o seguinte:

Há pouco examinei mandado de segurança preventivo, em que se salientava, a meu ver acertadamente – já levantei este mesmo problema a que V. Exa. está aludindo agora, na Segunda Turma –, que mandados de segurança preventivos, em casos dessa natureza, só podem ser admitidos quanto à relação jurídica concreta e imediata, com referência à qual há ameaça de aplicação do dispositivo. A não ser assim, ter-se-á representação de interpretação de lei em tese para determinada pessoa, o que não se pode obter sequer do Supremo Tribunal Federal, porque na representação de interpretação de lei em tese esta Corte interpreta

a lei com eficácia *erga omnes*, e não exclusivamente para alguém, sem referência a um caso concreto.

Por outro lado, no tocante à ação declaratória, o ministro Moreira Alves, votando na Ação Rescisória n. 1.239/MG, cujo relator era o ministro Carlos Madeira, lapida o seu raciocínio para dizer o seguinte:

A meu ver, não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro porque não é esta admitida pela Lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico.

Assim, e considerando que não há coisa julgada nesses casos que alcance relações que possam vir a surgir no futuro, acompanho o voto do emittente relator, e julgo improcedente a ação.

Essa discussão é travada há muito tempo e se fez presente, inclusive, nos precedentes que deram origem à Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal.

Durante o julgamento, no plenário do STF, dos Embargos no Agravo de Petição n. 11.227, o ministro Castro Nunes, após invocar o Direito francês e o Direito italiano, disse o seguinte:

O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de limitar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a lição dos expositores acima citados.

Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do impôsto referente a um dado exercício, que estará prescrito, e assim terá sido julgado, sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo contribuinte em períodos subsequentes, que não estarão prescritos nem terão sido objeto do litígio anterior.

Mas se os Tribunais estatuírem sobre o impôsto em si mesmo, se o declararem indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação, da lei ou da cláusula contratual, se houverem o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte que teria tido, ganhando à demanda a que o arrastara o Fisco, uma verdadeira vitória de Pirro.

No mesmo sentido, o ministro Rafael Mayer, julgando, na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n. 93.048/SP, fez as seguintes considerações:

Esse verbete se situa no plano do direito tributário formal, pois realmente o lançamento tributário de um tributo originante de um crédito exigível num determinado exercício financeiro, não se poderia transpor a condições do débito de um próximo exercício. São os novos elementos que igualmente inovam o procedimento tendente à verificação da razão factual da existência da dívida e de seu montante.

Mas se a decisão se coloca no plano da relação de direito tributário material para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, então não é possível renovar a cada exercício o lançamento e a cobrança do tributo, pois não há a precedente vinculação substancial. A coisa julgada que daí decorre é inatingível, e novas relações jurídico-tributárias só poderiam advir da mudança dos termos da relação pelo advento de uma norma jurídica nova com as suas novas condicionantes.

Na hipótese, demonstrado como está, aliás, ao nível desta Corte, que entre as mesmas partes, isto é, a Municipalidade e o Jockey Clube, a decisão judicial firmou que o segundo não era devedor à primeira do débito tributário ajuizado, resultante da cobrança de taxas de localização e funcionamento, porque substancialmente inexigíveis, em qualquer circunstância, visto serem inconstitucionais, é indubitável que isso faz coisa julgada e não teria sentido decidir de novo a lide e as

mesmas questões decididas sob pena de ofensa ao instituto fundamental do poder garantido pelo art. 153, § 3º, da Constituição e expresso no art. 468 do CPC. Bastaria isso para invalidar o acórdão recorrido por ofensivo à coisa julgada.

O ministro Teori Albino Zavascki, por sua vez, advoga pela perfeita regularidade do fato de essas sentenças produzirem efeitos prospectivos. A seu ver, quando a decisão transitada em julgado disciplina as chamadas relações jurídicas sucessivas, a eficácia vinculante que dela decorre recairá, também, sobre os desdobramentos futuros da declaração de existência ou inexistência dessas relações jurídicas. A esse respeito, ele afirma:

É sabido que tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nesses casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorre, na verdade, de juízo de certeza sobre situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno da incidência. (ZAVASCKI, 2012, p. 104).

Apesar da controvérsia do tema, Teori Albino Zavascki (2012, p. 104) ilustra muito bem o fenômeno:

Imagine-se a sentença que reconhece ao servidor civil o direito, a vantagem mensal concedida a servidor militar: o juízo de certeza sobre a existência do direito terá força vinculante não apenas sobre as prestações passadas (fatos geradores completos), mas igualmente sobre as futuras. Por quê? Porque o juízo de certeza sobre a relação obrigacional (direto a diferença de vencimentos) não teve por suporte o fato gerador instantâneo (efetiva prestação do trabalho em determinado mês), mas a situação jurídica duradoura na qual tal fato está inserido: a condição do credor de servidor público civil.

Analisando os seus escritos, podemos perceber que, a seu ver, o que sustenta a eficácia futura do julgado é a espécie de suporte fático que foi submetido a juízo. No entanto, esse fenômeno seria excepcional. A regra seria que a sentença se voltasse para o pas-

sado, pronunciando-se sobre fatos já ocorridos e sobre eles fixando a norma jurídica concreta.

A exceção seria a projeção dos efeitos da sentença para o futuro. Isso ocorreria precisamente quando o juízo de certeza recaísse sobre fatos, ou situações jurídicas, de natureza permanente ou sucessiva. Essas afirmações vêm amparadas na doutrina de Carnelutti (apud ZAVASCKI, 2012, p. 101-102):

No que diz respeito à lei, já observei que ela, em princípio, regula somente os fatos que ocorrerem depois de ela adquirir eficácia [...]. Este é precisamente o princípio de sua irretroatividade, que disciplina o fenômeno da sucessão de (várias) leis no tempo. Quando, porém, (por exceção), disciplina efeitos de fatos já consumados, a lei se diz retroativa. Com a sentença ocorre normalmente o contrário, dado o seu caráter de comando concreto. O juiz, ao decidir a lide, define, em regra, os efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por acontecer. Ao princípio da irretroatividade da lei corresponde o da retroatividade da sentença. Porém, como a irretroatividade para a lei, também a retroatividade para a sentença, é um princípio que sofre exceções: isto ocorre quando o juiz disciplina os efeitos ainda por acontecer de fatos já passados; nesses casos, não seria exato falar de irretroatividade, que é noção negativa apta a excluir a eficácia do comando a respeito de fatos passados, convindo ao invés enfatizar que a sentença vale também a respeito de fatos futuros.

A exceção a que se refere Carnelutti diz respeito apenas às relações jurídicas instantâneas. As outras exceções parecem ser precisamente as que decorrem dos desdobramentos futuros da relação permanente e das reiterações futuras de relações sucessivas.

Diante disso, em que pese a sobriedade do que defendem os ministros Moreira Alves e Rafael Mayer, nos parece que é o ministro Teori Albino Zavascki quem fica com a razão. Por isso, pode haver, sim, eficácia futura na sentença que regula as relações jurídicas sucessivas.

Como antes dissemos e exemplificamos, existem relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa situação jurídica permanente. Em casos dessa natureza, a sentença pode decidir que a con-

trovêrsia tenha por origem não o fato gerador instantâneo mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, ou seja, que a situação jurídica de caráter permanente compõe o suporte que dá origem à incidência.

Essas situações, por seu caráter duradouro, estão aptas a perdurar no tempo. Persistem, no futuro, enquanto houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos semelhantes ao que foi examinado na sentença.

A nosso ver, portanto, não há qualquer obstáculo que se possa opor à eficácia prospectiva do julgado. Nesses casos, não há julgamento sobre a norma em tese ou sentença com efeito normativo. Isso porque a sentença lançou juízo de certeza sobre determinada situação jurídica, concreta e presente, mas de caráter duradouro, como a que diz respeito à natureza das atividades ou ao *status* fiscal do contribuinte, situação esta na qual se inserem os elementos próximos da obrigação tributária e os das semelhantes relações jurídicas sucessivas (ZAVASCKI, 2012, p. 105). O exemplo do autor, aqui, torna clara a situação:

Se uma sentença reconhece que determinada empresa tem natureza jornalística e que, por isso, é imune a tributos o periódico por ela publicado, a declaração de certeza, embora solvendo controvérsia que tem por causa próxima uma exigência concreta e atual do Fisco, abrangerá não apenas as publicações já realizadas, senão também as futuras, uma vez que a controvérsia real, enfrentada e resolvida, foi sobre uma situação jurídica de caráter duradouro, o status fiscal do contribuinte. O mesmo ocorre quando a sentença declara, por exemplo, que as atividades de prestação de serviço de determinada empresa estão sujeitas à contribuição social: dispondo ela sobre uma situação jurídica duradoura, relacionada com o *status* fiscal, sua eficácia será também prospectiva, para além dos estritos limites do valor da prestação mensal.

Parece possível concluir, nesse norte, que a sentença que regula relação jurídica sucessiva produz, sim, efeitos futuros (eficácia prospectiva). Isso quando o fenômeno da incidência tiver por lastro um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa situação jurídica permanente.

Desse modo, a sentença que regulou essa relação terá sua natural eficácia retroativa – da essência da sentença – bem como terá efeitos futuros, uma vez que essa mesma relação jurídica de direito material por ela regulada se repetirá periódica e indeterminadamente.

#### 4.2 Os limites temporais da sentença que regula relação jurídica continuativa e a cláusula *rebus sic stantibus*

Compreendido que a sentença que regula relação jurídica continuativa (sucessiva) tem efeitos não só para o passado mas também para o futuro, devemos investigar até quando, no futuro, perduram os seus efeitos. Pois é certo que a eficácia vinculante da decisão transitada em julgado não perdurará eternamente.

Na verdade, ela recairá sobre os desdobramentos futuros da declaração de existência ou inexistência da relação jurídica deduzida em juízo, apenas e tão somente *se e enquanto* permanecerem inalterados os estados de fato e de direito existentes ao tempo da sua prolação, por força do disposto no art. 471, I, do CPC. Assim, *se e enquanto* continuarem ocorrendo aqueles mesmos fatos e continuar a incidir (ou a não incidir) aquela mesma norma sobre os quais o juízo de certeza se formou, persistirá a eficácia vinculante da decisão.

Sobre o assunto, convém registrar o que afirma Carnelutti (2000, p. 433-434):

[...] e) Não se deve confundir a questão acerca de se existe um momento de tempo em que a sentença perde sua eficácia, com esta outra: a de se um novo mandato jurídico (contrato, sentença, lei) pode fazer com que desvaneça tal eficácia. Isto significa especialmente que o problema da mutabilidade da sentença (da possibilidade de substituir uma sentença por outra) (*infra*, nº 104 e segs.) não se refira à eficácia da sentença no tempo. Aqui trata-se de ver que o simples transcurso no tempo é capaz de determinar a cessação de tal eficácia.

A conveniência de limitar com um prazo final a eficácia da decisão baseia-se, naturalmente, na previsão de mudanças no estado de fato, que podem tornar menos oportuno o regime jurídico estabelecido

com a decisão própria. Isso se refere de modo especial ao processo dispositivo, cujo resultado pode ser limitado no tempo por um *dies finalis*.

Em suma, a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais se estabeleceu o juízo de certeza.

Diante disso, fica evidente que, por força da norma contida no art. 471, I, do nosso CPC, a alteração nas circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão tem o condão de estancar a sua eficácia preclusiva, ou seja, interromper, a partir do momento da alteração, os seus efeitos.

Por isso é que se afirma que a força do comando sentencial tem uma condição implícita: a condição da cláusula *rebus sic stantibus*<sup>1</sup>. É que a alteração nos suportes fático ou jurídico da decisão altera o seu silogismo, na exata medida em que se alterou, também, o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado.

As relações jurídicas idênticas à apreciada, que deveriam vir a existir quando sobreviesse novo fenômeno de incidência, simplesmente não irão existir. No momento em que deveria haver a incidência, ou os fatos não encontram o suporte jurídico (se for este o suporte alterado), ou a norma não encontrará o suporte fático (se forem os fatos que se alterarem).

Isso se dá por razões ligadas aos limites objetivos da coisa julgada, os quais, como já vimos, determinam que a eficácia vinculante das decisões transitadas em julgado recaia apenas sobre a relação jurídica de direito material deduzida em juízo e nela apreciada. Dessa forma, ficam excluídas da eficácia preclusiva todas as relações jurídicas não deduzidas em juízo. Esse ponto, por sua relevância, merece alguns aprofundamentos.

Note-se: modificados os fatos existentes ao tempo da decisão, ou alterado o direito então aplicável à espécie, estar-se-á diante de nova relação jurídica de direito material. Essa nova relação, justamente por

<sup>1</sup> Nesse sentido: NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, p. 704, e FUX, p. 831-832.

ser diferente daquela que foi objeto da sentença transitada em julgado, não poderá ser alcançada pelos efeitos vinculantes da referida decisão.

Assim, essa nova relação jurídica material poderá ser objeto de debate e decisão em nova demanda, sem que isso encontre óbice na coisa julgada anterior.

Diante dos fatos apresentados, uma das conclusões a que podemos chegar é a seguinte: a decisão transitada em julgado que disciplina uma determinada relação jurídica sucessiva deixará de produzir efeitos vinculantes a partir do momento em que se verificar que as circunstâncias de direito existentes ao tempo da sua prolação se alteraram (os fatos continuam ocorrendo, mas o direito mudou).

O mesmo ocorrerá se o que se modificar for o suporte fático que existia ao tempo do julgamento. Então, a partir da alteração fática, a eficácia vinculante deixa de operar. A sentença deixa de ser lei entre as partes.

## 5 Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, nos parece possível concluir que as modificações no estado de direito têm o poder de estancar os efeitos prospectivos das sentenças transitadas em julgado que regulam relações jurídicas continuativas (sucessivas). Por isso, têm o efeito de fazer com que a sentença transitada em julgado deixe de ter força de lei entre as partes.

Nesse sentido, a relação jurídica certificada na sentença, se de trato continuado no tempo, poderá deixar de existir ou ser modificada por força, e.g., da superveniente decisão, em controle concentrado, do Supremo Tribunal Federal, que declare inconstitucional a norma aplicada. Poderá, também, passar a existir a relação jurídica se a decisão do Supremo declarar constitucional a norma que a sentença havia antes declarado inconstitucional.

E além das modificações no estado de direito decorrentes de decisões do Supremo Tribunal Federal, as alterações da lei, ou seja, as

alterações decorrentes da atividade legiferante do Estado, constituem modificações no ordenamento hábeis a estancar os efeitos prospectivos da coisa julgada que aqui estudamos.

## Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. 5. ed. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1976, t. 9.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## Referências eletrônicas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 99.435/MG. Rel. min. Rafael Mayer. Brasília, DF, 17 de junho de 1983. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, STF, v. 106, dez. 1983. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/106\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/106_3.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 93.048/SP. Rel. min. Rafael Mayer. Brasília, DF, 16 de junho de 1981. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, STF, v. 99, jan. 1982. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/099\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/099_1.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Rescisória n. 1.239/MG. Rel. min. Carlos Madeira. Brasília, DF, 31 de agosto de 1988. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, STF, v. 132, jun. 1990. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/132\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/132_3.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 100.888/MG. Rel. min. Soares Muñoz. Brasília, DF, 12 de setembro de 1984. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, STF, v. 111, mar. 1985. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/111\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/111_3.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos no Agravo de Petição n. 11.227. Rel. min. Castro Nunes. Brasília, DF, 10 de fev. 1945. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30544>>, p. 6. Acesso em: 17 nov. 2012.

## Compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial (moral) coletivo pela via da ação civil pública

Mário Cezar Pinheiro Machado Teixeira

Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito. Pós-graduando pela Escola Superior do Ministério Público da União no Curso de Especialização em Direito Aplicado ao Ministério Público da União. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

**Resumo:** O presente artigo trata da compensação por dano extrapatrimonial coletivo, sob o prisma da atuação do Ministério Público pelo instrumento da ação civil pública. Este estudo evidencia que a configuração desse tipo de dano passa ao largo de qualquer abalo psíquico dos membros da coletividade afetada. Por isso, inadequado o vocábulo *moral* na expressão *dano moral coletivo*. Mais apropriada a expressão utilizada ao longo deste trabalho: dano extrapatrimonial coletivo. Explicar-se-á que a condenação pecuniária decorrente da evidenciação do dano extrapatrimonial coletivo tem natureza sancionatória, e não exatamente de ressarcimento, dotada de caráter punitivo e dissuasório. Deve-se, pois, afastar a análise do instituto do dano extrapatrimonial coletivo da visão tradicional da sistemática processual civil aplicada a demandas individuais. A análise passa também pela conceituação do que sejam os direitos transindividuais, com a devida abordagem da evolução teórica (legislativa e doutrinária) acerca do tema. Serão traçados alguns critérios para a conceituação e caracterização do dano extrapatrimonial coletivo, com abordagem dos pressupostos para sua reparação, bem como para a determinação do *quantum* reparatório. Por fim, abordar-se-á a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, principalmente no que tange à postulação em juízo de compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo pela via da ação civil pública.

**Palavras-chave:** Dano extrapatrimonial coletivo. Dano moral coletivo.

**Abstract:** This article is about the compensation for collective non-patrimonial damage, from the perspective of the performance of the Public Prosecution Service by the instrument of class actions. This study shows that the configuration of this type of damage passes off any psychic shock of the members of the affected community. Therefore, the word *moral* is not appropriate in the expression *collective moral damage*. More appropriate the term used throughout this work: collective non-patrimonial damage. It explains that the pecuniary compensation arising from the disclosure of the collective non-patrimonial damage is punitive in nature and not just for compensation, provided with punitive and deterrent character. One should therefore avoid the analysis of the collective non-patrimonial damage institute from the traditional civil procedural system applied to individual demands. The analysis also includes the conceptualization of what are the transindividual rights, with proper approach to theoretical developments (legislative and doctrinal) on the subject. Some criteria will be presented for the conceptualization and characterization of the collective non-patrimonial damage, with the approach of the requirements for to its repair as well as for determining the *quantum* reparations. Finally, it addresses the role of Public Prosecution Service in the protection of diffuse rights, especially about the lawsuits of pecuniary compensation for collective non-patrimonial damage by the way of class actions.

**Keywords:** Collective non-patrimonial damage. Collective moral damage.

**Sumário:** 1 Noções introdutórias acerca dos direitos coletivos *lato sensu*. 1.1 Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. 1.2 A defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*. 1.3 O Ministério Público e a defesa do patrimônio imaterial da sociedade. 2 Dano extrapatrimonial coletivo. 2.1 Inadequação da expressão *dano moral coletivo*. 2.2 Inaplicabilidade dos conceitos do dano moral individual no estudo do dano extrapatrimonial coletivo. 2.3 Pressupostos para reparação por dano extrapatrimonial coletivo. 3 Compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo. 3.1 Caráter punitivo e dissuasório da condenação em dinheiro. 3.2 Quantificação dos valores condenatórios. 3.3 Destinação dos valores. 4 A ação civil pública como via legítima para a compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo. 5 Conclusão.

## 1 Noções introdutórias acerca dos direitos coletivos *lato sensu*

O surgimento de uma ideia de existência de direitos que amparem membros de uma sociedade, coletivamente considerados, surge no século XIX e ganha corpo no século XX, momento histórico em que se buscava superar definitivamente a ideologia eminentemente individualista e materialista do *Estado Liberal* que dominava até então.

Sem desconsiderar o legado de grandes avanços alcançados pelo homem nos diversos campos da ciência, o *Estado Liberal* indubitavelmente deixou outra herança, um quadro de injustiças e desigualdades sociais tão expressivo quanto as conquistas no campo do conhecimento humano. Daí a gradual evolução de um Estado de cunho individualista e não intervencionista para um Estado mais ativista e garantidor/assistencialista.

Intensificou-se em diversos países a consolidação de um *Estado Social* (também denominado *Welfare State* ou *Estado de Bem-Estar Social*) a partir da quarta década do século passado, mormente após a crise de 1929 (Grande Depressão). No Brasil, foi na década de 1940 que surgiram alguns poucos diplomas legais normatizadores de direitos sociais. A ideia da existência de direitos da coletividade ganha mais força com o término da Segunda Guerra Mundial (1945), por meio da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesse cenário, desenvolve-se no direito pátrio a ideia da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, dependentes da legitimação do direito positivo. Nas palavras de Capella (2002 apud LUCAS, 2004), o direito passa a ser verdadeiro “instrumento de intervenção e de assistencialismo, o que resulta na politização do conjunto do direito e em sua dependência, além da política, das relações econômicas e culturais”.

Com o passar das décadas, há uma paulatina aglutinação aos direitos sociais – ainda dotados de certo caráter individualista, chamados de direitos de *segunda dimensão* (direitos essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.) – de uma gama de direitos



coletivos em sentido lato, de viés mais fraterno e solidário, que transcendem o indivíduo e suas necessidades vitais básicas, por isso denominados transindividuais.

Esses direitos também são conhecidos e classificados como direitos de *terceira dimensão* e são considerados desdobramentos dos direitos de primeira (individuais – liberdades negativas) e segunda (sociais – liberdades positivas) dimensões. Exsurtem da necessidade cada vez maior de se tutelar direitos de toda a sociedade, coletivamente e conjuntamente considerada.

Evoluem a sociedade e, conseqüentemente, a ciência do direito em busca da igualdade não apenas formal. Persegue-se uma igualdade *substancial* (real), de início com a positivação de direitos sociais mínimos (direitos de segunda dimensão) – relacionados ao denominado *mínimo existencial* – e, mais adiante, com a defesa dos direitos transindividuais (ou metaindividuais).

São os mais notáveis direitos de terceira dimensão aqueles afetos à defesa de um meio ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e sustentável, à defesa do patrimônio comum da comunidade, bem assim à defesa de direitos de minorias e segmentos menos privilegiados, como a população negra e a indígena, o consumidor, o homossexual, o trabalhador em condições de escravidão moderna e demais grupos vulneráveis (mulheres, crianças, idosos, deficientes físicos etc).

O que se tem é uma tentativa de promoção real do bem comum, do desenvolvimento e da paz – com repercussão nos aspectos humanos de civilidade, consciência e evolução – estribada na positivação e defesa dos direitos coletivos *lato sensu* (de terceira dimensão, transindividuais ou metaindividuais).

### 1.1 Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Subdividem-se os direitos coletivos *lato sensu* em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Essa divisão é amplamente aceita e consta no art. 81 da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que traz a conceituação mais utilizada no direito brasileiro<sup>1</sup>.

A sistematização adotada pelo CDC considera três critérios básicos para distinguir entre si as espécies de direitos coletivos em sentido lato (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 40):

- a) *titularidade*, que define se o direito pertence a determinada *coletividade*, composta por: (i) pessoas indeterminadas e indetermináveis (direitos difusos); (ii) pessoas indeterminadas, mas determináveis (direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) [...];
- b) *divisibilidade*, ou seja, se o direito é divisível entre os membros da coletividade (caso dos direitos individuais homogêneos) ou não (direitos difusos e coletivos em sentido estrito);
- c) *origem*, que indica se os titulares do direito estão ligados por uma mesma situação de fato (direitos difusos), prévia relação jurídica-base (direitos coletivos em sentido estrito) ou situações de fato ou de direito equivalentes (direitos individuais homogêneos).

Assim, os direitos difusos não possuem destinatário certo, pois são pertencentes a toda sociedade (indetermináveis); não são, por tal motivo, divisíveis, não havendo como se atribuir a cada membro da sociedade sua parcela devida de direito (indivisíveis).

<sup>1</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” [Grifo nosso].

Por seu turno, os direitos coletivos *stricto sensu* são por essência indivisíveis (não há como quantificar e distribuir parcelas de direito a cada indivíduo), em que pese serem direitos cujos titulares são passíveis de determinação (*a priori* indeterminados, mas determináveis), uma vez que são afetos a determinado grupo da sociedade, distinguível dos demais, cujos membros unem-se por uma mesma relação jurídica base, prévia à lesão.

Por fim, há que se destacar os direitos individuais homogêneos, que, diferentemente dos direitos difusos e dos coletivos em sentido estrito – ambos direitos transindividuais *puros* ou essencialmente transindividuais – caracterizam-se por serem direitos individuais que, acidentalmente, tornam-se coletivos, transindividuais, em virtude de algum acontecimento.

## 1.2 A defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*

O ordenamento jurídico brasileiro começa a tratar de instrumentos processuais destinados à tutela de direitos coletivos nos anos 1930 e 1940. A Constituição de 1934 trouxe a previsão da ação popular, suprimida na Constituição de 1937 e restabelecida na Constituição de 1946. Por sua vez, a disciplina da ação popular deu-se somente com a edição da Lei n. 4.717/1965, a Lei da Ação Popular (LAP).

Marco importante na positivação de ferramentas legais de defesa coletiva foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 –, que trouxe a previsão de solução pelo Poder Judiciário de dissídios coletivos entre sindicatos de categorias de empregados e empregadores.

Nas décadas seguintes, surgiram novos instrumentos semelhantes, como a Lei n. 1.134, de 1950, já revogada, que estabelecia a legitimação de associações de funcionários públicos para representar a categoria perante autoridades administrativas e judiciais. Na década seguinte, foi editada a Lei n. 4.215, de 1963, também revogada, que dispunha acerca da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para representar os interesses gerais profissionais dos advogados, em juízo ou fora

dele. De se frisar, ainda, a edição da Emenda n. 16/1965 à Constituição de 1946, que previu o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Em que pese o surgimento da legislação acima citada, a produção legislativa acerca da tutela de direitos coletivos ainda era esparsa e pontual, com a nítida preocupação de positivizar meios de defesa de determinadas categorias ou classes, à exceção da Lei de Ação Popular, que não defendia qualquer segmento destacado da sociedade, mas tinha objeto restrito somente à anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

A realidade da época da edição dos diplomas que tratavam, ainda de forma incipiente, de ações coletivas não permitia que se levasse em conta o aspecto da proteção em juízo de direitos que se encontravam difusos na sociedade, alcançando um número indeterminado de sujeitos. A jurisdição não apresentava meios bastantes e adequados para a defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*.

O panorama legislativo das ações coletivas começou a ser alterado a partir de estudos realizados por nossos principais doutrinadores no tema. Segundo Donizetti e Cerqueira (2010, p. 4):

A bem da verdade, foi somente com fundamento em estudos doutrinários publicados na década de 70, por juristas como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, que a regulamentação legislativa sobre o tema das ações coletivas efetivamente se desenvolveu no Brasil. E foi justamente a percepção dessa necessidade de inovações pela doutrina que fez com que o Brasil se tornasse, já nos anos 80, o pioneiro na regulamentação do processo coletivo entre os países de direito escrito (*civil law*).

À míngua de qualquer previsão de defesa coletiva de direitos no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), alguns dos principais diplomas normativos surgiram nas décadas de 1980 e 1990. Em 1981, a Lei n. 6.938 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) já previa a legitimidade do Ministério Público para *propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente* (art. 14, § 1º). Todavia, foi no ano de 1985 que surgiu um diploma que trouxe normas processuais aptas a instrumentalizar uma tutela mais efetiva

dos direitos transindividuais – a Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei n. 7.347/1985.

Na sequência, a promulgação da Constituição de 1988 erigiu a defesa coletiva de direitos transindividuais ao patamar de direito humano fundamental, prevendo, para tanto, diversos instrumentos de judicialização. É o que se vê em diversos dispositivos: art. 5º, XXI, c/c art. 8º, III (prevê a defesa em juízo dos interesses coletivos dos membros de sindicatos e associações); art. 5º, LXX (mandado de segurança coletivo); art. 5º, LXXI (mandado de injunção coletivo); art. 5º, LXXIII (ação popular); e art. 129, III, *in fine* (ação civil pública).

Um dos mais importantes diplomas legais que propiciam a defesa em juízo de direitos da coletividade é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), inspirado nas *class actions for damages* do direito norte-americano. Sem dúvidas, foi a mais revolucionária das leis a tratar do tema, até hoje referência legislativa para a defesa em juízo de direitos coletivos em sentido amplo, considerada por muitos como uma espécie de *Código de Processo Coletivo*.

Além das já comentadas, outras muitas leis esparsas trouxeram normas de defesa de direitos transindividuais, destacando-se a Lei n. 7.853/1989 (tutela dos direitos das pessoas deficientes), a Lei n. 7.913/1989 (*dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários*), a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 208 a 224), a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 8.884/1994 (*dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica* – arts. 29 e 88), a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – art. 5º), a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/1999 (que dispõem acerca da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental), a Lei n. 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor – art. 40), a Lei n. 10.741 (Estatuto do Idoso – arts. 78 a 92) e a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – art. 37).

Observa-se, a partir da evolução legislativa, que houve considerável ampliação do campo de incidência da ação coletiva. O objeto a ser tutelado passa a comportar qualquer tipo de matéria, desde que insere em uma das espécies de direitos transindividuais – interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo.

A conjugação do art. 129, III, IX, e § 1º, da Constituição da República com os arts. 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não deixa dúvidas neste sentido. Não mais existe a original restrição de que somente os interesses relativos a meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural poderiam ser tutelados por meio da ação civil pública.

O art. 110 do CDC acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985 (LACP) e legitimou a defesa de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*. Ainda, o art. 117 da Lei n. 8.078/1990, ao acrescentar o art. 21<sup>2</sup> à Lei n. 7.347/1985, promove uma absoluta integração entre a LACP e o CDC. A partir desse *diálogo de fontes*, que dá ensejo a um incipiente processo civil coletivo, conclui-se que os dispositivos do CDC (arts. 81 a 104) se destinam não apenas à tutela coletiva dos interesses do consumidor mas também à de qualquer espécie de interesse coletivo (BESSA, 2006, p. 83).

Consigne-se que a análise de nossa legislação acerca da defesa em juízo dos direitos transindividuais passa, obrigatoriamente, pela Carta Política de 1988, não à toa denominada *Constituição Cidadã*. Com sua promulgação, surge um *Estado Democrático de Direito*, também chamado de *Estado Constitucional*, *Estado Pós-Social* ou *Estado da Pós-Modernidade*. Seus fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira (direitos civis e políticos) e segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) dimensões, mas também dos direitos de terceira dimensão – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (BEZERRA LEITE, 2012, p. 153).

<sup>2</sup> “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Não é equivocado dizer que a CF/1988 faz surgir mais que um Estado Democrático de Direito, um *Estado Social e Democrático de Direito*, em que o Poder Judiciário ganha papel de relevo na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social, especialmente por meio do controle de políticas públicas.

A sociedade contemporânea, sociedade de massa, apresenta aspectos de profunda desigualdade, expondo seus membros a lesões dos mais variados direitos fundamentais, afetando a vida de dezenas, centenas, milhares ou milhões de pessoas. Tais lesões à massa exigem um novo comportamento dos atores jurídicos em geral – e do juiz em particular – para tornarem efetivos os interesses transindividuais.

A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça. Logo, o Judiciário tem reforçado pela Constituição Federal o seu papel na manutenção da democracia e dos direitos, com esteio na dignidade da pessoa humana como valor regente de todo o sistema jurídico, princípio do qual, pode-se dizer, derivam outros tantos como o da indeclinabilidade (ou inafastabilidade) da jurisdição (art. 5º, XXXV), o do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), o da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) e o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). Trata-se do fenômeno da constitucionalização do processo, que tem por escopo a efetividade do acesso ao Judiciário, tanto em demandas individuais quanto em coletivas (BEZERRA LEITE, 2012, p. 154).

Nesse contexto, ganha força a ideia de um ativismo judicial, em que o juiz participa ativamente da consolidação dos valores democráticos no seio da sociedade, o que, inclusive, legitima o Judiciário como *Poder*. E para que o Estado-Juiz atinja tal desiderato, exsurge o Ministério Público como a principal instituição provocadora, com a atribuição, entre outras apresentadas no art. 129 da CF, de *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* (certamente também os individuais homogêneos).

### 1.3 O Ministério Público e a defesa do patrimônio imaterial da sociedade

Pode-se conceituar patrimônio imaterial como o conjunto de valores inerentes à cultura de determinada comunidade, no seu mais amplo espectro. É o conjunto de bens de natureza intangível, impalpável, abstrata, mas de extremo valor para os membros da sociedade.

Diferencia-se o patrimônio imaterial do material pela impossibilidade de valoração econômica, que resulta em extrema dificuldade de se qualificar e quantificar a lesão ao bem, assim como a sua consequente reparação. Deste modo, afirma-se que a coletividade possui um *patrimônio ideal* que pode ser lesado, ou seja, aqueles interesses que não podem ser expressos economicamente.

A defesa do patrimônio imaterial, tanto previamente a eventual lesão quanto após sua ocorrência, é um dos papéis do Ministério Público. Vários são os incisos do art. 129 da Carta Magna que atribuem ao Ministério Público funções institucionais de proteção a diversos bens componentes do patrimônio imaterial da sociedade<sup>3</sup>. O inciso IX retro, por sua vez, deixou aberta a possibilidade de serem conferidas ao Ministério Público outras funções compatíveis com sua finalidade. E foi exatamente o que fez a Lei Complementar n. 75/1993, que *dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União*.

O art. 5º da LC n. 75/1993 traz vários incisos que preveem a intervenção do Ministério Público da União na defesa de bens imateriais da sociedade. Cite-se como exemplos: *defender a ordem jurídica, o*

<sup>3</sup> “II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” [Grifo nosso].

*regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis com respeito a diversos fundamentos e princípios, como a soberania e a representatividade popular, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública (inciso I); zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente (inciso II); defender diversos bens e interesses, como o patrimônio nacional, o patrimônio público e social, o patrimônio cultural brasileiro, o meio ambiente, os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso (inciso III), entre várias outras atribuições de defesa de bens que compõem o patrimônio imaterial da sociedade brasileira.*

Eventual dano a este patrimônio imaterial é denominado por toda a doutrina e jurisprudência como *dano moral coletivo*, que, segundo Carlos Alberto Bittar Filho (2004, p. 55 apud BESSA, 2006, p. 89), é a

[...] injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. [...] Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: *quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial*. Tal como se dá na seara de dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*) [grifo nosso].

Na esfera do direito privado, o ordenamento jurídico pátrio tratou de prever a responsabilização do agente causador de dano *moral*. A compensação por dano não patrimonial pode ser feita por meio de um valor pecuniário que possa atenuar ao máximo os seus efeitos, mas também por reparação *in natura*, de modo a proporcionar uma tutela efetiva o mais próximo possível da integral reparação do dano.

Pelo princípio da reparação integral, um dos pilares da responsabilidade civil, deve-se perseguir o ideal de obtenção da mais ampla e justa tutela jurisdicional. Como ferramentas de aplicação

direta desse princípio, tem-se a possibilidade da reparação *in natura* ou por compensação pecuniária. A reparação *in natura*, apesar de preferível, tem seu campo de utilização limitado pela dificuldade de se retornar o bem lesado ao *status quo ante*, considerando-se a essência do dano *moral*.

Por seu turno, principalmente no campo do dano *moral* coletivo, a reparação por quantia em dinheiro mostra-se mais adequada para neutralizar os efeitos lesivos do dano, atenuando-se as consequências negativas impingidas ao ofendido (ou à coletividade). O valor monetário se traduz em verdadeiro lenitivo (MEDEIROS NETO, 2012, p. 88-92).

A partir do próximo ponto, este estudo passará a tratar mais pormenorizadamente do dano *moral* (extrapatrimonial) coletivo e da compensação em dinheiro (*indenização*) dele decorrente, perseguida pelo Ministério Público em grande parte das ações civis públicas ajuizadas.

## 2 Dano extrapatrimonial coletivo

A partir deste ponto passa-se a traçar aspectos atinentes a conceituação e previsão legal do dano extrapatrimonial coletivo. Na sequência, abordar-se-ão questões acerca da inadequação da expressão dano moral coletivo, da diferenciação entre dano extrapatrimonial individual e coletivo e dos pressupostos para a necessária reparação.

A lesão a bem imaterial da sociedade, como dito, pode gerar *indenização* (*rectius*: compensação em dinheiro) por dano extrapatrimonial coletivo. A condenação judicial por dano extrapatrimonial coletivo pode ser expressa em sanção pecuniária, de caráter notadamente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos em amplo sentido. O objetivo da lei foi, basicamente, prevenir a ofensa a direitos transindividuais e reprimir a conduta daquele que ofende tais direitos, considerado o caráter extrapatrimonial da lesão e a ínsita relevância social. Assim, até mesmo a ideia de prevenção e repressão do Direito Penal pode-se amoldar ao interesse social inerente à reparação por dano extrapatrimonial coletivo (BESSA, 2006, p. 78-79).

A possibilidade de caracterização do dano extrapatrimonial coletivo está positivada no direito pátrio, como se vê no art. 6º do CDC<sup>4</sup>.

Entretanto, é na Lei n. 7.347/1985 que se evidencia a evolução legislativa mais nítida no que toca ao dano extrapatrimonial coletivo. O *caput* do seu art. 1º foi alterado pela Lei n. 8.884/1994, que passou a expressamente prever como passíveis de reparação os danos patrimoniais e também os *danos morais*. A conjugação do *caput* do art. 1º com o inciso IV permite a responsabilização por dano extrapatrimonial coletivo de qualquer natureza e, *a priori*, sem qualquer tipo de limitação: “art. 1º regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de *responsabilidade por danos morais* e patrimoniais causados: [...] IV – *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

A positivação da responsabilidade por danos *morais* coletivos trouxe inegável avanço na defesa dos direitos transindividuais, mas também causou dificuldade de entendimento e correta aplicação do instituto. Os estudiosos do direito, especialmente os membros do Poder Judiciário, demoraram a compreender – e alguns até hoje não compreendem – o seu caráter multifacetado, notadamente pela equivocada relação com a disciplina da responsabilidade civil por dano moral individual. A confusão em muito se deve pela palavra moral (dano *moral* coletivo), motivo pelo qual esse estudo prefere a expressão *dano extrapatrimonial coletivo*.

## 2.1 Inadequação da expressão *dano moral coletivo*

Não obstante o ordenamento jurídico e a maioria da doutrina e da jurisprudência haverem consagrado a expressão *dano moral coletivo*

<sup>4</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e *morais*, individuais, *coletivos* e *difusos*;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à *prevenção ou reparação de danos* patrimoniais e *morais*, individuais, *coletivos* ou *difusos*, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados [grifos nossos].

para exprimir a ideia de lesão ao patrimônio imaterial da sociedade, alguns estudiosos vêm apontando a inadequação e a impropriedade da palavra *moral*. Como dito, preferível o uso de *dano extrapatrimonial coletivo* para designar a lesão de caráter não patrimonial – imaterial – decorrente de ofensa a bem de interesse da coletividade.

Leciona Medeiros Neto (2012, p. 152-153):

Dessa forma, repise-se que o dano *extrapatrimonial*, em qualquer caso, não se faz suscetível de ser avaliado ou quantificado pecuniariamente, não se vinculando, por lógico, exclusivamente à observação de dor, aflição ou sofrimento demonstrado pela vítima. Por isso é que teria muito maior pertinência terminológica a adoção da mencionada expressão (*extrapatrimonial*), em vez do vocábulo *moral*, que, no entanto, consagrou-se pelo uso, inclusive no âmbito do ordenamento jurídico. [...] Ressalte-se, então, que na seara peculiar dos interesses transindividuais, a exigência de reparação dos danos relaciona-se diretamente com a tutela e preservação de bens e valores fundamentais, de natureza essencialmente não patrimonial, titularizados pela coletividade, e que foram violados de maneira intolerável, não se exigindo, pois, nenhuma vinculação com elementos de foro subjetivo (aflição, consternação, constrangimento, indignação, humilhação, abalo espiritual etc.) referidos ao conjunto de pessoas atingidas.

Assim como cada vez mais aceito na esfera dos danos morais individuais, no que se refere aos danos extrapatrimoniais na área dos direitos metaindividuais, importa somente a ocorrência de lesão a um direito ou interesse juridicamente protegido, independentemente de repercussão negativa na esfera íntima dos lesados ou de qualquer abalo psíquico dos integrantes da sociedade afetada pela lesão. Não há que se cogitar necessidade de prova do prejuízo, nem mesmo presunção nesse sentido, porquanto seria impossível e absurdo ter que ingressar na esfera psíquica das vítimas (membros da sociedade), a fim de perscrutar, em tal órbita, a respeito da real existência de efeitos lesivos, em razão do evento (MEDEIROS NETO, 2012, p. 72).

Acrescenta Bessa (2006, p. 103):

Conclui-se, portanto, que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Em que pese a redação dos dispositivos legais,

que aludem a *dano moral coletivo*, mais preciso seria falar em dano extrapatrimonial. Assim, é método impróprio buscar a noção de *dano moral coletivo* a partir do conceito, ainda problemático, de dano moral individual. Mais impróprio ainda é trazer para a discussão o requisito relativo à necessidade de afetação da integridade psíquica, pois, até mesmo nas relações privadas individuais, está-se superando, tanto na doutrina como nos tribunais, a exigência de dor psíquica para caracterizar o dano moral.

Por isso, deve-se dissociar o dano coletivo não patrimonial do conceito tradicional de dano moral, evitando-se o uso da expressão *dano moral coletivo*.

## 2.2 Inaplicabilidade dos conceitos do dano moral individual no estudo do dano extrapatrimonial coletivo

Na esteira do quanto exposto no tópico anterior, imprescindível delinear alguns aspectos da clara inadequação do emprego de conceitos do dano moral individual e sua reparação por meio da responsabilidade civil no estudo do dano extrapatrimonial coletivo. Certamente os pressupostos tomados da noção de dano moral individual não se prestam integralmente à doutrina do dano extrapatrimonial coletivo.

O dano moral – individual por natureza –, além de não ser sinônimo de dano extrapatrimonial, decorre de ofensa a pessoa individualizada dos demais e sua reparação é disciplinada pela responsabilidade civil.

Pode-se dizer que os danos morais repercutem nos chamados direitos da personalidade ou na esfera íntima das pessoas: sentimentos de dor, angústia, aflição, medo etc. A moderna doutrina, inclusive, diferencia danos morais objetivos de danos morais subjetivos, estes últimos relacionados ao mal sofrido pela pessoa em sua esfera psíquica, enquanto os primeiros são caracterizados pela ofensa objetiva a direitos da personalidade.

Parece-nos que a conceituação de dano extrapatrimonial nas relações privadas não se vincula obrigatoriamente a qualquer sofrimento (dores da alma) ou abalo psíquico; coaduna-se mais propriamente

com o denominado dano moral objetivo, que prescinde de comprovação de real sofrimento da vítima, apenas importando a ocorrência de ato ou fato violador ou lesivo a direito da personalidade, juridicamente protegido. Exatamente essa noção de dano moral objetivo que possibilita a responsabilização de pessoas jurídicas por tal espécie de dano.

Importante a opinião de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 95):

[...] o dano moral passou a relacionar-se não apenas à dor ou ao sofrimento, mas também a outros foros não afetos àquelas áreas do sentimento, como é exemplo o campo da honra, em feição objetiva, da qual sobressaem a estima e a consideração social gozadas pelas pessoas na própria comunidade. Daí a possibilidade de reconhecimento da tutela à honra objetiva atribuída à pessoa jurídica, bem como a outros interesses jurídicos extrapatrimoniais alheios à esfera da dor, titularizados por coletividades de pessoas, conforme se observa do direito (“de todos”) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para garantir uma sadia qualidade de vida (art. 225) e à preservação do patrimônio cultural (art. 215 e 216). Conferiu-se, portanto, na nova Carta Magna, destacada relevância ao sistema de tutela coletiva, abrindo-se o leque de proteção a quaisquer interesses transindividuais, inclusive em sua expressão moral (extrapatrimonial), por força da sua inequívoca importância para o equilíbrio e desenvolvimento da sociedade [grifo nosso].

Oportuno dizer que o caráter do dano, se patrimonial ou não, decorre dos efeitos oriundos da lesão, não do fato que lhe deu causa ou da natureza do bem lesado. Desse modo, lesão a bem material pode originar danos extrapatrimoniais, assim como lesão a bem imaterial pode gerar danos patrimoniais. Também uma única lesão pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais (MEDEIROS NETO, 2012, p. 57).

Nesse contexto, a indenização por dano moral individual possui caráter precípua de compensação, que visa a mitigar a dor sofrida (caráter subjetivo) ou a violação a direito da personalidade (caráter objetivo), em consequência de determinado fato ilícito. Não obstante, modernas doutrinas alienígenas, como a americana e a italiana, já conferem caráter punitivo à reparação por danos morais nas relações privadas, ideia que aos poucos vai sendo internalizada no Direito pátrio.

Com muito mais motivo, a *indenização* (compensação em pecúnia) relativa aos danos extrapatrimoniais coletivos deve se revestir de caráter punitivo, com viés ainda preventivo e repressivo, de modo a penalizar o agente responsável pela agressão e coibir a possível reincidência.

A correta compreensão do dano extrapatrimonial coletivo requer análise funcional do instituto, que é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora se aproveitando de perspectiva própria do Direito Penal. A referência a tópicos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais possui, antes de qualquer outro, o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos podem legitimamente ser transportados para uma adequada definição do dano extrapatrimonial coletivo. De outro lado, o objetivo preventivo-repressivo do Direito Penal conforma-se mais com o interesse social que está agregado aos direitos difusos e coletivos (BESSA, 2006, p. 78-79).

Sabe-se ainda que a responsabilidade civil vem evoluindo no sentido de afastar a necessidade de prova de culpa do autor. Em diversas áreas já tem sido admitida a responsabilidade objetiva, com necessidade de prova do dano e do nexo causal, somente.

Tal como cada vez mais sedimentado na seara do dano moral individual, no dano extrapatrimonial coletivo também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Independentemente de sua natureza jurídica ou classificação epistemológica, o dano extrapatrimonial coletivo não precisa ser provado, sendo instituído pelo julgador em face do ato ou fato antijurídico (este sim sujeito à demonstração) que ofendeu valores éticos fundamentais para a coletividade.

O estudo do dano extrapatrimonial coletivo impõe a compreensão do modelo teórico do sistema de tutela jurídica dos direitos transindividuais, afastando-se, em muitos pontos substanciais, o regime inerente ao dano moral individual. Incorrerá em crasso equívoco quem, nessa seara, buscar definições e respostas à luz exclusiva das regras regentes das relações privadas individuais, ancorando-se nos conceitos

e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal. Por isso mesmo, repita-se, a compreensão do dano extrapatrimonial coletivo não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição ou transtorno coletivo. Firma-se, sim, objetivamente, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos em sentido amplo, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial (MEDEIROS NETO, 2012, p. 160-161).

### 2.3 Pressupostos para reparação por dano extrapatrimonial coletivo

O dano extrapatrimonial coletivo não corresponderia exatamente à lesão de interesses ou direitos (ainda que consubstanciados em valores) da comunidade, mas antes seria a consequência de injusta e intolerável agressão a valores prezados pela sociedade (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 88). Quando se fala em dano extrapatrimonial coletivo, subentende-se, por lógico, a sua reparação.

Importa dizer que somente a agressão – injusta e intolerável – aos valores éticos da sociedade autoriza a aplicação de medida reparatória por dano extrapatrimonial coletivo, não sendo suficiente o mero descumprimento da lei. Para que o dano extrapatrimonial coletivo seja reconhecido, é necessário que a conduta tenha gravidade suficiente para, ao mesmo tempo, evidenciar sua antijuridicidade e ferir preceitos fundamentais da sociedade.

Não é demais lembrar que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à demonstração efetiva dos efeitos negativos na sociedade, uma vez que tais efeitos, quando perceptíveis coletivamente, constituem mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para sua configuração (MEDEIROS NETO, 2012, p. 159-160).

Nesse contexto, destaque-se que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo independe de qualquer abalo à integridade psicofísica da coletividade (BESSA, 2006, p. 78-79).



É, pois, incabível perquirir a existência de incômodo moral de toda a coletividade. O que releva perquirir é a gravidade da violação infligida à ordem jurídica, sendo despiciendo comprovar a repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social.

A positivação da coletividade como titular de interesses jurídicos reflete, em última instância, a expressão-síntese de uma das *maneiras de ser* das pessoas no plano social: a de partícipes de um vasto elenco de interesses comuns – portanto, transindividuais – dotados de contornos peculiares e identidade, e que, sendo compartilhados por todos, são-*lhes* essenciais à vida, integrando, assim, a esfera da dignidade de cada um dos respectivos membros da coletividade, de maneira a ensejar a sua plena proteção jurídica (MEDEIROS NETO, 2012, p. 155).

Nessa esteira, vislumbra-se a necessidade de coexistência dos seguintes elementos para a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo: 1) a existência de conduta antijurídica; 2) o nexo causal entre a conduta e a violação do interesse coletivo; 3) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais de natureza extrapatrimonial; 4) a titularidade dos direitos por determinada coletividade; 5) a injustiça e a intolerabilidade da conduta ilícita diante da realidade apreendida; e 6) a consequente repercussão social.

Nessa linha, a detecção concomitante dos pressupostos retro impõe a necessidade de reparação por dano extrapatrimonial coletivo, porquanto caracterizada conduta antijurídica violadora de interesses de relevância social, titularizados por certa coletividade e ensejadora de proporcional reação do sistema jurídico consubstanciada na repressão exercida pelo Estado-Juiz.

### **3 Compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo**

Ainda mais importante que a caracterização da ocorrência de um dano extrapatrimonial coletivo é a sua necessária reparação.

Como muito bem asseverado por Leonardo Roscoe Bessa (2006, p. 91), o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de

indenização pelos danos materiais, a condenação por dano extrapatrimonial coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. Como já demonstrado, os direitos coletivos não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídicos. São, pois, uma nova categoria, cuja compreensão exige análise funcional. E complementa o autor (BESSA, 2006, p. 105):

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (*rectius*: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais. Qual seria, afinal, o valor do dano material representado por loteamento clandestino desfigurador da ordem urbanística de determinado município? Qual o valor do dano material decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? Qual o valor do dano material da poluição de um rio ou lago?

A lesão a um direito de todos se traduz em lesão ao direito de cada um. Nessa toada, ante a ocorrência de evidentes violações na esfera jurídica de uma coletividade, faz-se necessária sua reparação, não só como alento aos titulares dos direitos agredidos, mas, precipuamente, pelo caráter pedagógico que o dever de pagar quantia provoca nos agressores.

Qualquer injusta e intolerável violação a direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo atenta, indubitável e principalmente, contra a dignidade da pessoa humana de cada membro da sociedade, em seu aspecto objetivo, sendo, por isso mesmo, uma lesão difusa ao Estado Democrático de Direito.

Graves condutas lesivas a direitos metaindividuais apresentam alto grau de reprovabilidade social, com efeitos deletérios para toda coletividade. Esses ilícitos devem, necessariamente, ser coibidos, com a pertinente responsabilização dos seus autores, que em grande parte das vezes obtêm proveito e vantagens indevidas com a conduta antijurídica.

### 3.1 Caráter punitivo e dissuasório da condenação em dinheiro

Em se tratando de interesses extrapatrimoniais, não é totalmente correto dizer que deve haver *indenização* por uma lesão; pois, uma vez ocorrida a lesão, impossível extirpar o dano e retornar ao *status quo ante*, função que precipuamente cabe ao instituto da indenização, notadamente por danos patrimoniais.

Mais apropriado se falar em *compensação* por danos extrapatrimoniais coletivos, por haver conversão do dano sofrido em uma quantia pecuniária, a fim de que tal montante seja capaz de compensar a coletividade lesada pela injusta agressão a um bem juridicamente protegido.

Não se trata, por lógico, de uma reparação típica, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais, uma vez que a função e o objetivo da condenação por dano extrapatrimonial coletivo afastam-se das linhas básicas que caracterizam o modelo de reparação dos danos pessoais. Está-se diante de uma modalidade peculiar de resposta possível e eficaz do sistema jurídico, imprescindível à garantia da sua própria respeitabilidade, e que é direcionada ao ofensor, em face da violação inaceitável de direitos coletivos de natureza extrapatrimonial. Portanto, o que se concebe como reparação de dano extrapatrimonial coletivo constitui uma espécie de reação jurídica necessária diante da intolerável lesão a direitos transindividuais, guardando especificidade e congruência com a racionalidade inerente à tutela desses interesses (MEDEIROS NETO, 2012, p. 294).

No âmbito dos interesses coletivos *lato sensu*, o montante em pecúnia busca atender à finalidade compensatória e também preventiva, como forma de resposta e responsabilização concebida pelo ordenamento jurídico, que constitui espécie de *indenização punitiva*.

Não se pode nunca perder de vista que, quando se fala em interesses transindividuais, a ideia de prevenção se destaca sobre a de reparação. Faz-se necessário punir o agente como forma de coibir a reiteração da ilicitude; pois, uma vez produzido o dano, não há mais como repará-lo perfeitamente.

O Direito brasileiro já prevê em diversos dispositivos legais hipóteses de sanções privadas, as denominadas *indenizações punitivas*, expressão advinda da tradução das *punitive damages* ou *exemplary damages*, do Direito estadunidense. Tal instituto labora no sentido de impor penalidade para que sirva de exemplo, de modo a evitar a reincidência pelo causador do dano bem como prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão.

Ante a regra da intangibilidade dos direitos personalíssimos, todos os esforços devem ser enveredados no sentido de prevenir qualquer violação. Não pode ser diferente com as lesões de viés coletivo. Assim, em situações especiais, é preciso aplicar a teoria do valor do desestímulo, utilizada como referência pelo sistema americano (exatamente as *punitive damages*).

Bessa defende a função punitiva ao sustentar que o dano extrapatrimonial coletivo visa a tutelar os direitos metaindividuais mediante sanções jurídicas capazes de concretizar os princípios da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela aos bens componentes do patrimônio imaterial da sociedade (BESSA, 2006, p. 91).

Citando outro autor, Bessa ressalta ser evidente, nesse aspecto, a aproximação com a finalidade do Direito Penal, pois “a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, evitar o crime” (TOLEDO, 1991, p. 3 apud BESSA, 2006, p. 91). Por essa razão, conclui que o instituto é “hipótese de condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face da ofensa a direitos difusos e coletivos” (BESSA, 2006, p. 106).

Importante destacar que o caráter punitivo da condenação está intimamente ligado à função repressiva, uma vez que, além de punir o ofensor pelo dano causado, ainda o reprime, de forma a prevenir e precaver a sua reincidência. A função de desestímulo à reiteração da conduta é patente pela conformação compensatória (para a coletividade) e punitiva/sancionatória (para o ofensor).

Ademais, quando se defendem interesses e direitos transindividuais, a resposta estatal não pode ser débil, sem força dissuasiva alguma. Deve, sim, ser suficiente para inibir novas condutas delitivas, conside-

rados a gravidade do ilícito e o proveito obtido pelo autor com a sua prática. Deve constituir fator de desestímulo para o violador da lei e para quem pretender imitar sua conduta.

Portanto, reveste-se de caráter pedagógico a condenação em danos extrapatrimoniais coletivos, que se relaciona diretamente com a função punitiva, a ponto de diversos autores intitularem-na de função *punitivo-pedagógica*. Utiliza-se a punição do ofensor não só para desestimulá-lo a repetir o injusto mas também para que toda a sociedade aprenda com o ocorrido e passe a prevenir os possíveis danos.

É o que se pode chamar de função dissuasória, importante aspecto a ser considerado no momento da quantificação do montante reparatório.

### 3.2 Quantificação dos valores condenatórios

O valor da *indenização* (*rectius*: compensação em dinheiro) a ser arbitrado pelo juiz a título de condenação por danos extrapatrimoniais coletivos deve, como qualquer arbitragem de numerário, obedecer aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo como norte a equidade e o bom-senso.

Bem assevera Amaury Rodrigues Pinto Júnior que o *quantum* deve ser imponente o bastante para desestimular economicamente a repetição ou imitação do ato iníquo, mas sem a pretensão de aniquilar o ofensor. Daí a inquestionável relevância da função dissuasória na responsabilização por dano extrapatrimonial coletivo (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 95).

Em clássico estudo, André de Carvalho Ramos (1998, p. 85-86) leciona que um valor considerado excessivamente elevado para o caso concreto deve ser visto como razoável, para alertar, não só ao causador do dano, mas a todos os demais causadores potenciais do mesmo dano, que tais comportamentos são inadmissíveis perante o Direito. Cabe, pois, ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, o fator de desestímulo que a compensação monetária arbitrada por dano moral acarreta.

Na prática, não é simples o arbitramento de valor suficiente e necessário para cumprir a função punitiva e dissuasória da reparação por dano extrapatrimonial coletivo. Por mais que o juiz tente apoiar a sua decisão em critérios objetivos e seguros de quantificação, em se tratando de dano extrapatrimonial (individual ou coletivo), ao contrário do que ocorre com o dano material, é tarefa árdua estabelecer o *quantum* condenatório, o que indubitavelmente abre espaço para decisões bastante diferentes em casos semelhantes.

Na busca por critérios que confirmam, ainda que minimamente, contornos objetivos para a quantificação da reparação por dano extrapatrimonial coletivo, Medeiros Neto (2012, p. 208-209) relaciona os seguintes aspectos a serem considerados:

(I) a natureza, a gravidade e a *repercussão da lesão*; (II) a *situação econômica do ofensor*; (III) o *proveito obtido* com a conduta ilícita; (IV) o grau da *culpa ou do dolo, se presentes*, e a verificação da *reincidência*; (V) o grau de *reprovabilidade social da conduta* adotada [grifo nosso].

Mesmo que os critérios acima enumerados não sejam perfeitos, certamente são úteis para nortear o arbitramento do valor da compensação por dano extrapatrimonial coletivo.

Sublinhe-se, por fim, que nunca deixará de existir o risco de haver discrepância entre os valores arbitrados pelos diferentes órgãos judiciais, em casos idênticos ou homólogos. Entretanto, essa circunstância não é alheia à racionalidade e à abertura norteadas pelo princípio da equidade, que caracteriza o procedimento de quantificação dos danos morais. Especialmente no campo dos danos extrapatrimoniais coletivos, a possibilidade de arbitragens não padronizadas não apresenta relevância suficiente a gerar insegurança jurídica ou mesmo deslegitimar essa forma de procedimento previsto em lei (MEDEIROS NETO, 2012, p. 302).

### 3.3 Destinação dos valores

A impossibilidade e inviabilidade de reparação direta aos integrantes individualizados de uma dada coletividade ofendida levam à necessidade de criação de fundos gestores dos valores arrecadados

por violação a direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Como o dano extrapatrimonial coletivo advém de lesão a um valor caro à sociedade, natural que os valores recolhidos a título de compensação pecuniária componham um fundo próprio destinado à recomposição do patrimônio lesado.

A doutrina reconhece tratar-se de fundo fluido, assemelhado ao *fluid recovery* do Direito estadunidense, que admite certa flexibilidade na utilização dos recursos, desde que utilizados em finalidade compatível com a causa (COSTA, 2009, p. 78).

A Lei n. 7.347/1985 dispõe no art. 13 que o montante decorrente de eventual condenação judicial por ofensa a interesses coletivos e difusos será destinado a fundo específico, com participação do Ministério Público em sua gerência.

Atualmente, existe o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), que “tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”<sup>5</sup>.

Existem alguns fundos específicos, voltados a determinadas coletividades. É o caso de alguns fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor bem como dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, previstos, respectivamente, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ser cada vez mais comum o arbitramento de valores em dinheiro decorrentes de dano extrapatrimonial coletivo, existe necessariamente de que esses fundos cumpram sua finalidade. Para isso, imprescindível uma efetiva fiscalização por parte do poder estatal, com especial destaque para o papel constitucional do Ministério Público.

<sup>5</sup> Literalidade do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.008/1995 e do art. 1º do Decreto Federal n. 1.306/1994.

Fundamental que se assegure que o montante arbitrado seja utilizado para a recuperação dos valores da comunidade lesionados, em prestígio à função compensatória dos valores condenatórios por danos ao patrimônio imaterial da sociedade.

Diga-se, por fim, que, mesmo com a existência de tais fundos, possível conferir outra destinação social aos valores condenatórios, devendo-se observar a reversão do montante em benefício dos membros da coletividade afetada pelas lesões de cunho extrapatrimonial.

#### **4 A ação civil pública como via legítima para a compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo**

Como abordado nos pontos introdutórios deste estudo, o processo coletivo desenvolve-se atualmente sob o já comentado manto da conformação constitucional do processo e também sob o viés do formalismo-valorativo – que transcende a visão meramente instrumental do processo, emprestando a ele um caráter de meio de efetivação das normas constitucionais. Nesse cenário, é cediço que o caráter individualista do Código de Processo Civil torna-o insuficiente para suprir as crescentes demandas de massa da atual sociedade. Instrumentos como a ação popular e o mandado de segurança coletivo já deram um novo contorno coletivo à legislação civil e processual civil, individualista por natureza. Todavia, nenhum instrumento de defesa judicial dos direitos coletivos em sentido amplo mostra-se mais eficaz que a ação civil pública (ACP), manejada principalmente pelo Ministério Público.

Antes da edição da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* era feita somente por intermédio de sanções penais e administrativas. Ainda hoje o Código Penal brasileiro mantém dispositivos voltados para a defesa do patrimônio histórico, arqueológico e turístico (arts. 165 e 166), da saúde pública (arts. 270 e 271) e da organização do trabalho (arts. 197 a 207), exemplos de defesa, na esfera penal, de direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Ainda, várias leis penais extravagantes surgiram para a promoção da responsabilização penal, por exemplo, por crimes ambientais, notadamente a Lei n. 9.605/1998.

A par da evolução da legislação criminal, a LACP foi marco da legislação processual civil de proteção e defesa judicial dos direitos metaindividuais da sociedade, com importante foco na reparação ou compensação do dano. Apresenta-se, pois, como a via processual mais adequada para a postulação de compensação em dinheiro pela ocorrência de danos não patrimoniais ao patrimônio ideal da coletividade.

O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública enumera os legitimados ativos à ação coletiva, sobressaindo-se, sem dúvidas, o Ministério Público como principal substituto processual na defesa judicial dos interesses metaindividuais. Frise-se que, além de ser o principal legitimado ativo para o ajuizamento de ação civil pública, exsurge também seu papel de órgão fiscal da lei nesse tipo de ação (§ 1º do art. 5º), atuação conhecida como *custos legis*.

Em sede constitucional, ao *Parquet* foi conferida legitimidade para mover ação civil pública para tutelar interesses difusos e coletivos – *em sentido estrito* – (art. 129, III), ferramenta de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). O texto constitucional ainda autorizou que lei disciplinasse outras funções a serem exercidas pelo Ministério Público.

Destarte, por expressa autorização da Carta Política, não há como afastar a legitimidade do Ministério Público para defender em juízo também os interesses individuais homogêneos, espécie acidental de interesse transindividual, na esteira do que disciplina o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Diga-se que a Lei n. 7.347/1985 cuidava, em sua redação original, apenas dos direitos *difuso* e *coletivo*. A tutela dos interesses individuais homogêneos foi instituída no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), sob a inspiração das *class actions for damages* do direito dos Estados Unidos.

Aqui vale uma breve digressão histórica. A ação civil pública deita suas raízes históricas nas *representative actions* do direito inglês e nas *class actions for damages* do direito estadunidense, ambas inspiradas no *Bill of Peace*, prática da Corte Inglesa nos séculos XVII e XVIII para resolver disputas entre múltiplas partes, agrupadas a partir de aspectos em comum, com aplicação preferencial da equidade à lei. No século XIX, na França, havia a previsão de o Ministério Público propor ação coletiva, atuar como parte principal ou como fiscal da lei sempre que houvesse interesse público.

Na Espanha, em 1870, havia a mesma previsão, também presente posteriormente no direito italiano e no português. No Brasil, decreto de 1892 do Estado de São Paulo legitimava o Ministério Público a propor medidas de interesse da Fazenda Pública. Outro decreto de São Paulo, editado em 1904, legitimava a defesa de órfãos, interditados, ausentes e índios. Os Estados da Bahia e Rio Grande do Sul também tinham previsões semelhantes (FERRAZ, 1984 apud BAZILONI, 2012, p. 556).

Entretanto, é somente na década de 1970 que o estudo dos direitos coletivos *lato sensu* toma maior vulto, primeiramente na Itália, com Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker, e em seguida no Brasil, principalmente com José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior.

A década seguinte colocou o Brasil na vanguarda da regulamentação legislativa das ações coletivas entre os países de direito escrito. Exatamente naquela década, o legislador editou a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 –, criando um instrumento processual de proteção dos interesses das minorias débeis e da maioria difusa. A LACP vem sendo alterada ao longo de sua vigência, inclusive – e principalmente – pelo CDC, que promoveu importantes acréscimos a essa lei.

Atualmente, a ação civil pública comporta qualquer espécie de tutela jurisdicional. O art. 3º da Lei n. 7.347/1985 dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, sugerindo, em princípio, seu caráter exclusivamente condenatório.

Todavia, com o advento do CDC e sua absoluta integração com a LACP (art. 21), são possíveis pedidos de natureza constitutiva, declaratória, mandamental e executiva, por força dos termos do art. 83 do CDC: “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como visto, a LACP contém diversas regras de natureza processual, com o propósito de ser o instrumento adequado para levar ao Poder Judiciário pretensões supraindividuais. Nessa perspectiva, não há na Lei da Ação Civil Pública referência ao direito material do meio ambiente, do consumidor, da habitação e urbanismo, enfim, do patrimônio cultural de uma forma geral (FERRARESI, 2009, p. 203).

Logo no seu primeiro artigo, a LACP traz as matérias defendidas pela ação civil pública: I) meio-ambiente; II) consumidor; III) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV) qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V) infração da ordem econômica; e VI) ordem urbanística.

Diga-se que o rol extraído dos incisos I a III, V e VI do art. 1º da LACP é exemplificativo, aberto, em razão do inciso IV, que permite a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. Ainda, a conjugação do *caput* do art. 1º com o inciso IV traz a previsão de *responsabilização por dano moral (rectius: extrapatrimonial) decorrente de qualquer lesão a interesse difuso ou coletivo* (certamente também os interesses individuais homogêneos).

É nessa esteira que se conclui ser a Lei da Ação Civil Pública um diploma de direito processual que tutela o mais amplo espectro de lesões de natureza metaindividual, nos precisos contornos conferidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além do mais, após algumas alterações em seu texto, a LACP tornou possível a condenação em dinheiro (art. 3º) por dano extrapatrimonial coletivo (art. 1º) pela via da ação civil pública, o que representou grande avanço no ordenamento de direito processual coletivo e constituiu importante ferramenta para a adequada defesa do patrimônio imaterial da sociedade.

## 5 Conclusão

Não paira qualquer dúvida acerca da possibilidade de se arbitrar judicialmente quantia em pecúnia como compensação por dano extrapatrimonial coletivo, notadamente por meio da ação civil pública.

A adequada tutela dos interesses transindividuais, capitaneada pelo Ministério Público, constitui imperativo para a promoção dos direitos fundamentais de natureza coletiva. A reparação por danos não patrimoniais à coletividade merece cada vez mais ser prestigiada pelo nosso Poder Judiciário, de modo a não mais permitir, e severamente punir, as injustas e intoleráveis lesões ao patrimônio cultural da sociedade.

O desapego de concepções eminentemente individualistas e patrimoniais – tradicionais, pois – é a ordem do dia na lide processual das ações coletivas. O campo para isso está ávido por ser semeado; o caminho já está sendo trilhado por nossas cortes superiores.

O reconhecimento do dano extrapatrimonial (e não *moral*, pois terminologicamente e epistemologicamente inadequado) coletivo e da sua consequente e necessária compensação possibilita uma proteção mais efetiva dos direitos coletivos *lato sensu*, em prol dos indivíduos e das coletividades, na busca do equilíbrio, da paz e do bem-estar social. Ao assim proceder, o Estado-Juiz protege e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana na esfera dos direitos metaindividuais.

Tem-se como resultado dessa atividade jurisdicional repressiva, consubstanciada no ativismo judicial, os efeitos almejados pela lei, quais sejam, prevenir (função dissuasória) e combater (função punitiva) a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social – exatamente a função do instituto do dano extrapatrimonial coletivo.

A ofensa aos valores e bens mais elevados do agrupamento social constitui uma das formas de alicerçar o Estado Democrático de Direito.

Não pode ser outro o caminho a ser percorrido pelo Poder Judiciário, com incessante atuação do Ministério Público: a efetiva reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, mormente pelo

manejo da ação civil pública, mediante adequada sanção ao ofensor representada por condenação de pagar quantia em dinheiro, de maneira a desestimular e prevenir novas lesões.

## Referências

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. A extensão do dano como critério identificador da competência nas ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo RT, v. 59, jul./set. 2006.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. O acesso à justiça como direito humano e fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Tutela jurisdicional coletiva*, 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2009.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. A jurisdição entre crises e desafios. *Revista Direito em Debate* (Revistas Eletrônicas Unijuí), n. 21, v. 13, 2004. Disponível

em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoem-debate/article/view/721/443>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.

\_\_\_\_\_. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 4, out./dez. 2012.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, Campo Grande, n. 18, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1998.

# A (in)constitucionalidade das prerrogativas de direito da Fazenda Pública em juízo

Wilson Bernardino de Macedo Neto

Assessor Jurídico do Ministério Público da União. Pós-graduando em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**Resumo:** O objeto deste estudo é a comparação entre as prerrogativas de direito gozadas pela Fazenda Pública com fundamento no constitucionalismo brasileiro atual. Assim, tomando como base o princípio constitucional da igualdade – e apoiado pela teoria do direito à diferença –, concluiu-se que, na maioria das situações, os privilégios são inconstitucionais, figurando como discriminações ilegais. Além disso, a situação geral das entidades públicas municipais, cuja fonte de renda normalmente vem de fundos de participação, deve ser examinada judicialmente devido à relevância duvidosa desses privilégios. Em situação análoga à das fazendas, estão as defensorias públicas – muitas das quais ainda deficitárias –, o que torna as prerrogativas uma necessidade para se cumprir o propósito da lei. Ademais, tal entendimento é endossado pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu ser a inconstitucionalidade “um processo, não um repente”.

**Palavras-chave:** Constitucional. Princípio da igualdade. Igualdade à diferença, o direito à diferença. Prerrogativas de direito. Fazenda Pública. Direito Constitucional. Defensoria pública. Prazos.

**Abstract:** The object of this study is the comparison between the law prerogatives enjoyed by the Treasury in consonance with the current Brazilian constitutionalism. Accordingly, taking as a basis the constitutional principle of equality – and supported by the theory of the right to difference –, it was concluded that, in most situations, the privileges are unconstitutional, appearing as unlawful discriminations. In addition, the general situation of municipal public entities, whose only source of income comes from equity funds, must be judicially examined due to the dubious relevance of those privileges. In analogous



situation are the public defenders – many are still deficient – which makes prerogatives a necessity to fulfil the law purpose. Besides, the Brazilian's Supreme Court theory in which the unconstitutionality is said to be “a process, not a suddenness”, shares the same understanding. Thus, the situation of municipalities and public defenders would figure as a case in which the rules that grant prerogatives can not be in a constitutional way as long as they result in violation of the principle of equality.

**Keywords:** Constitutional. Principle of equality. Equality to the difference. The right to difference. Prerogatives. Treasury. Constitutional Law. Public defender. Deadlines.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A Constituição Federal de 1988 e o princípio da isonomia. 2.1 Conceito. 2.2 A igualdade à diferença. 3 “Privilégios” da Fazenda Pública. 3.1 Das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assim automeada, inaugura novo paradigma político-jurídico de Estado. A referida Carta Política encerra período conhecido como Ditadura Militar – caracterizado por grande centralidade de poder, mínimas garantias individuais e exagerada censura aos meios de comunicação – e reabre o ideal de democracia no Estado brasileiro.

Nesse sentido, o constitucionalista Paulo Bonavides (2011, p. 123-124), discorrendo sobre a moderna concepção de sistema jurídico, assevera que:

A nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele apreça precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal [...] proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se “numa sociedade compreendida em permanente processo de formação”.

Em consonância com essas construções teóricas, encontra-se a proposta de igualdade à diferença, cujo fito é o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. De se ressaltar a imprescindibilidade

dos conceitos de igualdade (e de paradigmas de Estado) superados. Destarte, ressoa aqui, ainda, a proposta didaticamente anunciada por Paulo Bonavides, quando de sua teoria da Geração de Direitos, na qual a geração (modernamente dimensão) posterior apoia-se e agrega novos sentidos/significações aos institutos primevos.

Uma tendência atual observada no campo político-jurídico – apontada por Baptista (2003, p. 202) – é que as democracias representativas, em geral, têm buscado adequar-se às sociedades plurais numa tendência humanista, convivendo com contrários e aproveitando do dissenso, tudo com o suporte da opinião pública.

Uma crítica ao suposto caráter democrático adotado pelo constitucionalismo brasileiro de 1988 refere-se ao tratamento dispensado às pessoas de direito. O constituinte originário consignou como objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de sociedade livre, justa e igualitária<sup>1</sup>. Nada obstante, não é o que se observa em muitos aspectos legais.

O próprio Direito Constitucional e o Processual, em muitos aspectos, vão de encontro ao que aqui se entende por viés democrático.

Ademais, o constituinte de 1988 consagrou no rol de direitos e garantias fundamentais, no *caput* do aclamado art. 5º da Constituição Cidadã, o princípio da igualdade, na forma da máxima: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. De tal assertiva, exurgem as ideias de igualdade *perante e na lei*.

O conceito simplista de tratamento igualitário, sem considerar as idiosincrasias das pessoas envolvidas, já foi há muito superado. Tal ideia, fundada na proposição de igualdade formal, típica do paradigma político-jurídico de Estado Liberal, observa-se atualmente ultrapassada, em razão da maior complexidade do contexto sociojurídico.

O conceito formal de igualdade, representado pela máxima *todos são iguais perante a lei*, foi importante meio de proteção de direitos indi-

<sup>1</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

viduais e políticos da sociedade. Com ele se pretendia, tão somente, dispensar tratamento idêntico a todos os sujeitos de direitos, garantindo à sociedade os direitos fundamentais de primeira dimensão – vida, liberdade, propriedade, entre outros.

Ultrapassada a ideia inicial, com o soerguimento do modelo social de Estado, exsurge a concepção material da igualdade, noticiada pelo brocardo “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção da sua desigualdade”. Nesse paradigma, intentava-se a garantia de direitos sociais, ou de segunda dimensão – *culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades* (BONAVIDES, 2011, p. 564; grifo nosso).

No cenário histórico, teórico e dogmático delimitado, indaga-se: a atual compreensão democrática inserta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é efetivamente democrática, na acepção atual da palavra? Em que medida tal compreensão pode auxiliar na persecução de aspecto efetivamente democrático e, por conseguinte, no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito (EDD) brasileiro?

Dessa forma, primeiramente, a análise da compreensão normativa será feita com base na investigação da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Para verificar a adequabilidade, serão feitas comparações com a compreensão de igualdade à diferença e tolerância proposta por Álvaro Cruz (2009).

## **2 A Constituição Federal de 1988 e o princípio da isonomia**

### **2.1 Conceito**

Em seu curso de Direito Constitucional, Paulo Bonavides assevera que o escopo de um Estado Social é a promoção da igualdade de fato. Dessa forma, considera que todo esforço hermenêutico deve ter por base a equivalência de direitos. Aduz o teórico que “a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir

o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo” (BONAVIDES, 2011, p. 378).

Dessa forma, no mesmo sentido que Celso de Mello (1999), entende-se o preceito da isonomia como, inicialmente, destinado ao legislador, impondo limitações a seu poder legiferante.

Decerto que, algumas vezes, faz-se necessária adequação ao princípio da isonomia, a fim de que a igualdade buscada atenda, quando o caso, à noção de dignidade humana e produção discursiva, “com argumentos racionais de convencimento do direito” (CRUZ, 2009, p. 22).

Nesse esteio, muito se tem escrito sobre o referido princípio constitucional, bem como sobre a situação de desequilíbrio que muitas vezes deve ser observada para o devido atingimento do fim colimado na Carta Maior.

É relevante evidenciar que, em razão da intrínseca abertura conceitual do instituto, a adequada definição do princípio decorrerá de esforço intelectual do estudioso, o que, decerto, variará de acordo com o contexto histórico do trabalho e com o horizonte perceptivo do hermeneuta.

Imbricado na busca, o teórico Celso Antônio Bandeira de Mello debruçou-se sobre o tema, tendo resultado em sua obra *Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*.

Também refletindo sobre a temática aqui narrada, em sua obra intitulada *O conceito jurídico do princípio da igualdade*, o estudioso brasileiro chegou à conclusão de que a discriminação somente seria adequadamente prevista no ordenamento constitucional vigente se atendessem a uma série de pressupostos.

Dessarte, com o fim de iniciar a reflexão sobre o tema, o teórico brasileiro questiona *quem são os iguais e quem são os desiguais*. Pretende, o autor, identificar quais os elementos que permitem identificar um e outro, iguais e desiguais, sem ofensa ao princípio constitucional.

Didaticamente, ilustra sua lição com exemplos de diferenciações adequadas e inadequadas, o que denota análise detida das caracterís-

ticas de cada um dos critérios de distinção elencados, bem como o objetivo da desequiparação. Bastante instrutiva é a lista de exemplos arrolada pelo teórico. Inicialmente, anota diferenciáveis as pessoas em razão da estatura física, e classifica-os entre altos e baixos. Nesse esteio, elucubra em diversos sentidos. De início, questiona acerca da possibilidade de estabelecimento de diferenças – pela lei – por conta da evidente desigualdade, trazendo à luz duas situações hipotéticas. Na primeira, lei fez distinção no sentido de ser defeso o uso do instituto dos contratos a pessoas de baixa estatura; chega-se à conclusão de que a estatura não é fator jurídico relevante para servir como critério de desequiparação naquele caso (MELLO, 1999, p. 11-12). De modo diverso, na segunda situação hipotética, a mesma distinção (estatura) leva a critério juridicamente sustentado na desequiparação. Nesse caso, haveria a limitação de 1,80 metros para ingresso nas fileiras da *Guarda Real*, o que é plenamente justificável no tocante às atividades exercidas pela sentinela. Nesse ponto, conclui o autor pela adequabilidade do desigual tratamento estabelecido na lei (MELLO, 1999, p. 12).

Encerra a ideia, o escritor, asseverando que “dês que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrimen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia” (MELLO, 1999, p. 12).

Noutro momento, discorre o autor que

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 1999, p. 17).

Nessa senda, consideram-se aqui distintas as pessoas naturais e jurídicas de direito privado e público, especialmente as de direito público interno (compreendidas como fazendas públicas). O legislador ordinário classificou os sujeitos de direitos em: pessoas naturais (art. 1º do Código Civil de 2002) e pessoas jurídicas; subdivididas em pessoas

de direito público interno ou externo e de direito privado (art. 40 do ordenamento civil).

A presente reflexão tem por escopo o questionamento acerca da adequação ou não das prerrogativas de direito concedidas aos entes públicos ao parâmetro de constitucionalidade atual.

Galuppo (2002, p. 210) aduz que

[...] só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática. Consequentemente, só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática.

## 2.2 A igualdade à diferença

A igualdade à diferença, como a própria expressão antecipa, propõe a igualdade pautando-se no princípio de discriminação lícita; de tratamento diferenciado do diferente, na proporção de sua desigualdade, teoria estudada por Álvaro Ricardo Souza Cruz. Para referida teoria, o objetivo não é de incorporação das minorias na cultura majoritária, mas sim o reconhecimento e respeito das suas diferenças.

Dos ensinamentos de Paulo Bonavides extrai-se que tal conceito (igualdade à diferença) visa à implementação dos direitos de terceira (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação), quarta (direito à democracia, à informação e ao pluralismo) e quinta (direito à paz) dimensões. Nessa esteira percebe-se que os direitos humanos servem para permitir a boa convivência em sociedades hipercomplexas e plurais.

Arremata Souza Cruz (2009, p. 11) que, atualmente:

A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito. Logo, o Constitucionalismo Contemporâneo exige o direito de igual parti-

cipação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos.

Portanto, o direito de participar de decisões políticas, sejam elas de cunho legislativo (discurso de justificação de norma) ou administrativo/judicial (discurso de aplicação de normas), alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, merece ressalva a consideração prescrita no art. 3º, inciso IV, da Carta Maior. Quando alçou a *status* de objetivo fundamental da República a promoção do *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação*, certamente referiu-se o legislador constituinte às discriminações ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal, quando provocado acerca da constitucionalidade das ações afirmativas referentes ao programa de quotas para afrodescendentes e estudantes provenientes de instituições públicas de ensino, decidiu pela adequação da medida ao princípio da isonomia, declarando-as constitucionais.

Considerou, nesse esteio, que, em razão de serem histórica e culturalmente desfavorecidos – perseguidos e até sacrificados –, há que se fazer distinções que tenham por objetivo a equiparação fática dos interessados. Os ministros invocaram, ademais, a máxima aristotélica de que os desiguais devem ser tratados na proporção de sua desigualdade. Entenderam que somente dessa forma a igualdade seria alcançada. Veja-se a ementa do julgado:

Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. [...] A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. [...] A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição

pátria, porquanto se trata de um descrímen [sic] que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”).

ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3.5.2012, Plenário, DJE de 22 mar. 2013.

### 3 “Privilégios” da Fazenda Pública

Premente se faz a conceituação do termo *Fazenda Pública*. Etimologicamente o termo vem do latim *facienda*; historicamente a expressão referia-se tão somente às áreas da Administração Pública que tratavam da gestão das finanças. Para os fins aqui pretendidos, comunga-se com a delimitação conceitual proposta por Leonardo Carneiro da Cunha, na obra *A Fazenda Pública* em juízo:

[...] a expressão *Fazenda Pública* representa a *personificação* do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada, genericamente de *Fazenda Pública*.

A expressão *Fazenda Pública* é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira. (CUNHA, 2012, p. 15).

Ressalta-se que não se propugna a existência do Direito Processual Público – independente do Processual Civil – como pode parecer. Com efeito, Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 29), em seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, preleciona:

Por “direito processual público” deve ser entendido nada mais e nada menos do que o estudo consciente das leis e situações em que uma das partes do processo ou, mais amplamente, um de seus sujeitos, é pessoa ou entidade de direito público ou, quando menos, sujeita em maior escala a um regime de direito público.

Não se trata propriamente de uma *disciplina* diversa do direito processual civil e, menos ainda, de um distinto *ramo* do direito processual civil.

Persevera, ainda, o estudioso do processo, afirmando que o objeto de estudo do Direito Processual Público “são procedimentos jurisdicionais diferenciados – e diferenciados, justamente, porque são diversos do ‘procedimento comum’, ordinário ou sumário – em que a Fazenda Pública é parte ou, quando menos, sujeito processual” (BUENO, 2012, p. 38).

Assim, em consonância com o disposto no Decreto-Lei n. 200, de 1967 – que disciplina a organização da administração federal (e por paralelismo as municipal e estadual) –, considera-se inserto o conceito de *Fazenda Pública* aqui adotado: entes federativos – União, estados, municípios e Distrito Federal bem como suas respectivas autarquias e fundações públicas (de direito público); agências (reguladoras e executivas) e associações públicas (art. 41, inciso IV, do Código Civil), constituídas conforme a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, na forma de consórcios públicos.

De grande relevo é a tarefa de classificação ou delimitação do termo *Fazenda Pública*, uma vez que o regime jurídico aplicado a determinada pessoa (de direito privado ou público) definirá o regramento procedimental a ser observado – se fará jus às prerrogativas de direito concedidas às fazendas ou não. Noutras palavras, o regime jurídico de direito material é quem determinará as regras processuais aplicadas naquela relação.

### 3.1 Das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo

As fazendas públicas, quando em juízo, têm diversas prerrogativas de direito. É o que se observa nos prazos processuais, que são diferenciados (art. 188 do CPC); na inexigibilidade de recolhimento prévio das custas e despesas processuais (art. 27 do CPC); recurso involuntário ou reexame necessário quando condenada a Fazenda (art. 475 do CPC); e outras diversas situações observadas no ordenamento jurídico pátrio. As principais distinções aqui apontadas referem-se ao Código de Processo Civil e legislações especiais oportunamente elencadas.

Imperioso ressaltar que os fins pretendidos neste estudo não visam ao esgotamento das prerrogativas de direito das fazendas públicas em juízo. O recorte temático aqui pretendido refere-se ao eventual (des)acordo das distinções legais efetuadas com o Texto Maior, especialmente o princípio da isonomia.

Pretende-se, ainda, demonstrar que em diversos aspectos a diferenciação também não encontra respaldo teórico-jurídico na tese esposada neste estudo, a ideia de igualdade à diferença. Em não havendo circunstância que justifique a distinção realizada pelo legislador, o ato será inquinado de inconstitucionalidade.

O teórico Leonardo da Cunha (2012, p. 29) prescreve que:

Na verdade, o princípio da igualdade dirige-se, em princípio, ao próprio legislador, que não pode incorporar na legislação discriminações intoleráveis ou, melhor dizendo, desarrazoadas. [...] As diferenças previstas em lei devem, portanto, decorrer de razões justificáveis, devendo, enfim, ter supedâneo na razoabilidade.

Far-se-á, doravante, uma análise pontual e crítica acerca das distinções realizadas pelo legislador brasileiro.

#### 3.1.1 Dos prazos processuais

Destaca-se, de plano, o cômputo diferenciado dos prazos para apresentação de defesas e recursos. É o que se depreende do art. 188 do Código de Processo Civil vigente. No citado dispositivo legal, veicula-se a contagem quadruplicada dos prazos para apresentação de defesa e dobrada para oposição de recursos em favor do ente público.

É assente na doutrina e jurisprudência que o legislador laborou em equívoco quando da escolha do vernáculo *contestar*, que constitui apenas uma modalidade de defesa. Sendo, outrossim, pacificadas na legislação, doutrina e jurisprudência diversos outros tipos, nos termos do art. 297 do Ordenamento Processual Civil. Dessa forma, há que se considerar que a prerrogativa fazendária do prazo quadruplicado é para apresentação de defesa – em sentido amplo – que, segundo dispo-

sição legal, refere-se às exceções, reconvenção e contestação – consoante citado dispositivo legal.

Mister ressaltar que, conquanto se trate de norma concessiva de prerrogativa, e sua interpretação deva ser restritiva, não se pode descurar do intuito da norma. Assim sendo, não se afigura razoável o prazo maior somente para a modalidade contestatória, excetuando-se da regra em comento a oposição de exceções (de incompetência, suspeição ou impedimento) bem como de reconvenções e impugnações. Desse modo, há que se fazer uma interpretação sistemática<sup>2</sup>.

A quadruplicidade do prazo para apresentação de resposta por parte da Fazenda Pública não é observada no procedimento sumário, visto que a peça de defesa deve ser apresentada em audiência de conciliação. É o que se extrai da conjugação dos arts. 277, *caput*, e 278, ambos do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, em se interpretando os dispositivos legais citados, tem-se que, se a Fazenda for demandada em juízo sob o procedimento sumário, o juiz deverá designar audiência de conciliação a ser realizada no prazo de sessenta dias, devendo o réu ser citado com antecedência mínima de trinta dias. Somente se infrutífera a conciliação, a defesa será apresentada, na mesma audiência, nas modalidades escrita ou oral.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é remansosa sobre a não incidência da regra do art. 188 do CPC, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

O fundamento apontado pela Corte Suprema remonta ao fato de que o exercício do controle abstrato de constitucionalidade seria um procedimento de cunho objetivo, que não visa a discutir situações concretas e individuais. Assim, o órgão máximo do judiciário brasileiro deixou de aplicar a regra contida no dispositivo supracitado, ao argumento de que não se trata de procedimento de natureza subjetiva. A saber:

<sup>2</sup> Assim entendem a doutrina de Leonardo Cunha (2012, p. 53) e a jurisprudência (TRF-2 - AC: 133335 RJ 97.02.07022-8).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Precedente do STF. [...]

STF - RE: 670890 SP, relator: min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe - 168 DIVULG. 24.8.2012 PUBLIC. 27.8.2012.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR GOVERNADOR DE ESTADO - DECISÃO QUE NÃO A ADMITE, POR INCABÍVEL - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO - ILEGITIMIDADE RECURSAL DESSA PESSOA POLÍTICA - INAPLICABILIDADE, AO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DO ART. 188 DO CPC - RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO. O ESTADO-MEMBRO NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA RECORRER EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - [...] *Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedente. Inexiste, desse modo, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o prazo recursal ser computado em dobro, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva.*

STF - ADI-AgR: 2130 SC, relator Celso de Mello, data de julgamento: 2.10.2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14 dez. 2001 PP-00031 EMENT VOL-02053-03 PP-00485.

### 3.1.2 Da insustentabilidade das prerrogativas temporais

Nesse esteio, embora haja quem entenda de modo diverso<sup>3</sup>, não se observa qualquer fundamento eminentemente jurídico relevante que justifique a distinção temporal para manifestações processuais.

<sup>3</sup> Nesse sentido, o processualista Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 45) sustenta que a Fazenda Pública e o Ministério Público devem cumprir uma série de burocracias

A doutrina elenca motivos, muitas vezes políticos, para sustentar as prerrogativas públicas. Nesse mister, muito se fala a respeito da supremacia do interesse público sobre o particular, da defasagem de pessoal e de recursos por parte dos órgãos (re)presentativos do ente federado, bem como da ainda ressonante fama de ineficiência do funcionalismo público. Assim, com o intuito de evitar o transcurso *in albis* dos prazos recursais contra as fazendas – o que, evidentemente, causaria inúmeros prejuízos – o legislador ordinário houve por bem dilatar os citados prazos.

Hodiernamente, faz menos sentido ainda tal distinção, frente à ideia da eficiência administrativa (no âmbito da Administração Pública), sagrada ao *status* de princípio constitucional expresso. Embora se entenda que na realização de qualquer atividade pública é pressuposta a eficiência (efetividade daquela atividade) – em consagração aos princípios da legalidade, moralidade e até economicidade –, é incontestado o peso simbólico decorrente da expressa constitucionalização da eficiência.

*Mutatis mutandis*, o constitucionalista português prescreveu:

É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade do direito ordinário. (SOUSA, 2007, p. 20).

Novo argumento também utilizado para justificar as prerrogativas aqui, em parte, rejeitadas refere-se à burocracia estatal. Fala-se, e é bem verdade, da dificultosa comunicação entre os órgãos administrativos, o que poderia prejudicar a atuação do ente público em juízo. No entanto, novamente, não se trata de argumento sustentável.

Demais disso, o incremento da comunicação pelos meios virtuais possibilitou maior velocidade na troca de informações, principalmente

---

e formalidades para que se torne possível sua manifestação no processo, pelo que se posiciona a favor das prerrogativas. De igual forma, Ernane Fidélis dos Santos não se opõe às prerrogativas fazendárias (2009, p. 328-329).

com o advento da Internet. Outrossim, existe a possibilidade de criação de sistema único que possibilite troca de documentos e informações sem que resulte em compartilhamento irrestrito de dados oficiais.

Impende ressaltar, ainda, que as procuradorias estatais (advocacias públicas) já contam com institucionalização perfeita, podendo haver, não obstante, alguns déficits pontuais, mas que não teriam o condão de conferir-lhes prerrogativas processuais.

Há, ademais, o argumento de que os órgãos representativos das fazendas encontram-se com defasagem de pessoal. Novamente, observa-se aqui fundamento não jurídico. Mais uma vez, em se observando falta de advogados públicos, a saída mais eficiente e eficaz é o recrutamento de novos procuradores, que defenderiam os interesses fazendários. Além disso, possibilitar-se-ia efetivo exercício do direito fundamental da ampla defesa, já que haveria a retirada da sobrecarga dos atuais procuradores públicos.

Imperioso distinguir a especial situação dos entes municipais nesse aspecto. Sabe-se que muitos dos milhares de municípios brasileiros têm como fonte única de receita as transferências do Fundo de Participação dos Municípios. Nesse mister, em estrita aproximação com a situação atual das defensorias públicas (que ainda gozam de prerrogativa em função do processo de inconstitucionalização de suas prerrogativas<sup>4</sup>), em alguns casos específicos, há que se valer a municipalidade das prerrogativas.

Aqui, caberia ao magistrado a concessão dos privilégios fazendários, uma vez que está mais próximo que o legislador das idiosincrasias municipais. Nesse ponto específico, não se operou a inconstitucionalidade da norma aqui estudada.

---

4 Nesse esteio, entende-se ser aplicável ao presente caso o precedente da inconstitucionalidade progressiva, ou norma ainda constitucional, assim nomeado pela Corte Constitucional brasileira. O conceito do instituto remonta a situações de normas situadas entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade. Aqui somente as circunstâncias de fato justificam a manutenção da norma no ordenamento jurídico. Em muitos locais, as defensorias públicas ainda estão sendo instaladas, o que enseja a manutenção de suas prerrogativas de direito.

A conferência de poder decisório ao magistrado encontra supe-  
dâneo legal no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que  
prescreve ser do julgador a dispensação de tratamento igualitário,  
sob pena de vilipêndio dos princípios processuais da ampla  
defesa municipal.

Pelo exposto, excetuadas essas situações, não pode servir como  
argumento à distinção de tratamento das pessoas em juízo a eventual  
deficiência de advogados nos quadros das procuradorias deste País.

Também se encontra na doutrina o argumento de que é defeso  
ao procurador público a escolha ou recusa de atuação em demandas  
judiciais. Entretanto, sabe-se que a legislação que regulamenta a orga-  
nização e funcionamento da Procuradoria estabelece divisões internas  
– muitas vezes em seções temáticas –, em que o procurador será desig-  
nado a oficiar. Dessa forma, de maneira aproximada ao que ocorre  
na advocacia privada (aqui em contraposição à pública), o causídico  
poderá, dentro de certos parâmetros previamente estabelecidos, oficiar  
junto à área jurídica com a qual tenha maior afinidade.

Sabe-se que o Direito serve, embora não seja essa sua função  
precípua, como instrumento de regulação, ainda mais para a  
Administração Pública, que está adstrita ao princípio da legalidade.  
Nesse sentido, em havendo fixação de prazo menor, o ente público  
deverá adequar sua estrutura para o esperado atendimento àquele  
prazo, diminuindo as burocracias internas e otimizando a comuni-  
cação entre seus órgãos. Assim, a redução do prazo – pela revoga-  
ção da prerrogativa de direito esculpida no art. 188 do Código de  
Processo Civil – poderia, ainda, resultar em reforço ao princípio  
constitucional da eficiência administrativa.

Nesse sentido:

O papel do Direito é ser instrumento de transformação social para  
o resgate de direitos ainda hoje não realizados. Cabe, pois, inevita-  
velmente, estabelecermos o caminho da reconstrução dos direitos  
fundamentais estabelecido pelo paradigma constitucional do Estado  
Democrático de Direito (CRUZ, 2009, p. 18).

Outro argumento aventado pela doutrina é o de que há supremacia  
do interesse público sobre o particular. Sobre esse aspecto convém assi-  
nalar o posicionamento do teórico Humberto Ávila. Para ele, inexistem  
permissivos constitucionais que exsurjam referido princípio. Assevera que:

Se trata, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer  
referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma  
bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento  
de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante  
consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na  
área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o  
influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postu-  
lado) em favor do interesse público (ÁVILA, 2007, p. 21).

Conclui o autor que “não há uma norma-princípio da supre-  
macia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro”  
(ÁVILA, 2007, p. 29).

### 3.1.3 *Das custas e despesas processuais*

Outra distinção feita pelo ordenamento processual refere-se às  
despesas dos atos processuais requeridos pela Fazenda, que somente  
serão pagas ao final do procedimento, pela parte vencida, consoante  
inteligência do art. 27 do ordenamento processual civil. Entretanto,  
observa-se fundamento fático-legal significativo para a distinção  
apontada. Afigura-se desarrazoado exigir o recolhimento prévio ao  
Estado-Juiz pelo próprio ente público. Nesse sentido, com o fito de  
evitar dispêndio desnecessário, deverá a Fazenda, se vencida, ser res-  
ponsabilizada pela despesa dos atos processuais por si requeridos.

Outra prerrogativa de relevo é o regime de pagamento das dívidas  
já acertadas e (quase) jurissatisfeitas de responsabilidade das fazendas  
públicas, que se sujeitam a regramento próprio. Insta, ainda, esclarecer  
que tal regramento é bastante distinto daquele observado quando a  
titularidade do crédito é de algum ente público (dívidas cuja respon-  
sabilidade remonta à iniciativa privada), ou mesmo quando de relações  
obrigacionais entre particulares.



Quando a Administração Pública é devedora, o pagamento, se maior do que quantia legalmente estabelecida pelos entes federativos – as ditas Requisições de Pequeno Valor (RPVs) – sujeitam-se ao regime do precatório. Premente, ainda, esclarecer que a unidade federativa poderá fazer o pagamento das dívidas em até quinze anos, o que foi possibilitado com a Emenda Constitucional n. 62, de 2009.

Insta consignar que foram opostas quatro ações diretas de inconstitucionalidade impugnando referida emenda constitucional, das quais duas foram julgadas extintas sem resolução de mérito (por ilegitimidade ativa), uma vez que não foi demonstrada a pertinência temática pelas entidades de classe (ANAMAGES e ANAMATRA, ADIs n. 4.372 e n. 4.400, respectivamente). As ações constitucionais manejadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias foram julgadas parcialmente procedentes pelo STF, ainda pendente a publicação do acórdão, com os limites da modulação dos efeitos da decisão (ADIs 4.357 e 4.425).

### 3.1.4 Da medida liminar

Nova distinção, ainda no ramo processual do Direito, diz respeito à vedação de concessão de medidas liminares ou cautelares em desfavor das fazendas públicas (art. 1º, Lei n. 8.437/1992) e, além disso, à distinção quanto ao índice de juros incidentes naquelas dívidas (art. 1º - F da Lei n. 9.494/1997, com nova redação).

Assim, o tratamento processual dispensado às fazendas públicas, nessa visão primária, mostra-se em parcial desacordo com o disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, violando, por conseguinte, o princípio da isonomia.

#### 3.1.4.1 Da vedação de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública

Como cediço, o art. 273 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.952, de 1994, tratou a antecipação dos efeitos da tutela – total ou parcial – como regra geral. No entanto, para que

tal medida seja deferida pelo magistrado, deverá ser comprovado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, ser caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, nos exatos termos da lei. Demais disso, o § 2º do citado artigo exige, como condição da concessão, inexistência de perigo de irreversibilidade da medida antecipatória.

Com efeito, ao deliberar pelo deferimento da medida antecipatória, o magistrado deve estar convencido minimamente acerca da existência de prova inequívoca bem como da verossimilhança das alegações autorais. Além, é claro, de haver, a qualquer momento, possibilidade de reversão do provimento.

Não se pode, entretanto, descuidar do disposto no art. 7º, e parágrafos, da Lei n. 12.016, de 2009 – que regulamenta o mandado de segurança. Tal dispositivo veda a concessão da medida de urgência em diversos casos e, além disso, estende seus efeitos às previsões do art. 273, consoante literalidade do § 5º.

Por outro lado, depreende-se das lições de Athos Gusmão Carneiro que

[...] a vedação não tem cabimento quando se tratar de situações especiais, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição até mesmo de sobrevivência do jurisdicionado (CARNEIRO, 2002, p. 89-90).

#### 3.1.4.2 Da vedação e da igualdade à diferença – a posição dos tribunais

O Supremo Tribunal Federal, em ação declaratória de constitucionalidade, assim considerou acerca da concessão de medida liminar no controle concentrado:

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO [...]. 6. Há plausibili-

dade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “*ex nunc*”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “*ex nunc*”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.

ADC 4 MC, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 11.2.1998, DJ 21 maio 1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001.

Impende ressaltar que tal entendimento foi referendado pelo Pleno, em 1º de outubro de 2008, quando na decisão final meritória a maioria dos magistrados julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade – acórdão pendente de publicação.

Nesse mesmo sentido, em razão da promulgação da nova lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009), entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que a referida alteração não modificou o conteúdo das normas revogadas (aquelas elencadas no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.494/1997). Destarte, a jurisprudência ainda considera constitucional referido dispositivo legal, mesmo em face da nova lei do mandado de segurança. Leia-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA EM QUE O ORA AGRAVANTE, SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO, OBJETIVA O PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE PROVENTOS DESDE A DATA DA CONCESSÃO DE SUA APOSENTADORIA,

DECORRENTES DO DIAGNÓSTICO DE CARDIOPATIA GRAVE. VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE TEVE SEU SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO PELO MESMO FUNDAMENTO. I - O art. 1º da Lei nº 9.494/97 veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos que resultem aumento de despesas, dispositivo esse que teve reconhecida sua constitucionalidade na ADC nº 4, STF. II - A concessão de medidas liminares e tutela antecipada em face da Fazenda Pública está atualmente regulada pela Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), que revogou as Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66. III - Essa alteração legislativa não modificou o conteúdo das normas revogadas, no tocante à proibição de liminares que importem em pagamento de qualquer natureza a servidores públicos, dentre outras vedações (Lei nº 12.016/2009 - art. 7º, § 2º). IV - Precedentes do C. STF. V - Agravo legal a que se nega provimento.

TRF-3 - AI: 3346 SP 0003346-80.2013.4.03.0000, rel. desembargador federal Antonio Cedenho, Data de Julgamento: 6.5.2013, QUINTA TURMA.

O aresto da lavra do Tribunal de Justiça mineiro, em sede de agravo de instrumento em ação ordinária contra o município de Belo Horizonte, aparentemente esposou a tese de aplicação da regra geral (art. 273 do Código de Processo Civil). Dessa forma, a *contrario sensu*, depreende-se que, se preenchidos os requisitos da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, imperioso seria o deferimento do pleito antecipatório, mesmo que contrário à disposição do art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INDEFERIMENTO - VERBA ALIMENTAR - IRREPETIBILIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - ARTIGO 273, PARÁGRAFO 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. Não é possível a antecipação de tutela, quando a providência reclamada envolve pagamento de verba de natureza alimentar, que é irrepitível por natureza, gerando irreversibilidade; o que impõe a aplicação do disposto no parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil;

e, ainda, quando não se verifica presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

(0240548-66.2011.8.13.0000 – rel. des. Moreira Diniz – DJ 4 ago. 2011 – DJe 16 ago. 2011).

### 3.1.5 Do procedimento sumaríssimo

Sabe-se que o constituinte originário de 1988, imbricado na busca de uma atividade jurisdicional mais célere, dispôs sobre a criação de juizados de pequenas causas, hoje entendidos como juizados especiais.

A competência legislativa é concorrente da União, Estados federados e Distrito Federal. Nesse sentido, cabe à União Federal a disposição de regras gerais sobre criação, funcionamento e o procedimento dos juizados especiais; é o que se observa da leitura do art. 24, inciso X, da Carta Maior.

Tais juizados comporão a função judiciária, devendo abranger demandas cíveis de menor complexidade, assim definidas até o limite de 60 salários-mínimos – excetuações pontuais, conforme art. 2º da Lei n. 12.153/2009 –, e de natureza criminal de menor potencial ofensivo. Sua criação ficará a cargo dos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Há diversas particularidades que diferenciam o funcionamento jurisdicional dos ditos JESPs. A principiologia é *sui generis*, tendo por diretrizes o intuito conciliatório, a oralidade, celeridade e informalidade. Demais disso, a composição será de juízes leigos e togados, imbuídos de afã conciliador. É o que dispõe o art. 98, inciso I, da Carta Política.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos,

nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

Nesse desiderato, o legislador federal editou a Lei n. 12.153 de 2009, que dispõe sobre os juizados especiais da Fazenda Pública nos estados, Distrito Federal, territórios e municípios.

Para os fins aqui propostos, cabe ressaltar que o legislador ordinário houve por bem não conceder prerrogativa de direito de prazo distinto para o ente-público, e o consignou de forma expressa. É assim a disposição do art. 7º do regramento do Juizado de Fazenda, que aqui se transcreve:

Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Tampouco houve vedação à concessão de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela ou de natureza cautelar, em estrita consonância com o art. 3º do citado diploma legal.

Assim, depreende-se que o magistrado, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada, poderá determinar providências cautelares ou antecipatórias, desde que com o fito de evitar dano irreparável ou de difícil reparação – preenchidos os pressupostos legais.

Côncio do dever de tratamento isonômico das pessoas integrantes da relação processual nos juizados de fazenda, o legislador ainda consignou expressamente a exclusão do recurso involuntário, reexame necessário, das causas de sua competência. É o que dispõe o art. 11, *ipsis litteris*: “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.

Em síntese, o fato de o legislador ordinário não ter ressalvado as prerrogativas processuais fazendárias é sinal de que não mais se mostram necessárias.

Trata-se, dessa forma, de política legislativa. O legislador, limitado pelo comando constitucional da isonomia (igualdade na lei), não pode incluir fatores de discriminação que resultem em rompimento

da ordem isonômica. Salutar tal iniciativa, uma vez que possibilita o efeito da constitucionalização do direito ordinário.

Demais disso, tem-se que, por questões de razoabilidade, a escolha do procedimento a ser seguido não tem o condão de distinguir direitos das partes. Não é o procedimento que disciplinará as prerrogativas de direito de alguma das partes, mas sim o arcabouço jurídico material.

Por conseguinte, em lei posterior de mesma hierarquia, tratando de coincidente matéria, restou operada a derrogação de dispositivos do Código de Processo Civil, em especial na parte que concede as famigeradas prerrogativas de direito.

Os tribunais não têm apresentado resistência à exclusão das referidas prerrogativas<sup>5</sup>.

Convém anotar, outrossim, que pensar de forma diversa significaria colocar em risco a incolumidade da infante garantia de direitos humanos e fundamentais na novel democracia brasileira.

No julgamento do Habeas Corpus n. 70.514/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da norma que concedia prazo diferenciado à Defensoria Pública, pois em fase ainda de criação e aparelhamento. No entanto, não prevaleceu o prazo processual penal dobrado para o Ministério Público, pelo fato de encontrar-se institucionalizado e mais bem aparelhado. Dessa forma, depreende-se que a prerrogativa de prazo dobrado à Defensoria somente será constitucional enquanto não perfeitos sua criação e aparelhamento. Veja-se o aresto:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do

<sup>5</sup> TRF-1 - AG: 80263RO0080263-05.2010.4.01.0000; TJ-DF-ACJ: 1739318920118070001 DF 0173931-89.2011.807.0001; TJ-SP - ED: 5521886420108260000 SP 0552188-64.2010.8.26.0000.

art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. “Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.

(HC 70514, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23.3.1994, DJ 27 jun. 1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450).

Posteriormente, com a promulgação da Lei Complementar n. 132 de 1999, que altera dispositivos da Lei Complementar n. 80 de 1994 – a qual, por sua vez, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados –, restou estabelecido, consoante disposição contida no art. 44, inciso I, que os prazos para a Defensoria Pública da União são duplicados, prerrogativa estendida às defensorias estaduais por força do art. 124.

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I - receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;

[...]

Art. 124. À lei estadual cabe fixar a remuneração dos cargos da carreira do respectivo Estado, observado o disposto no art. 135 da Constituição Federal.

§ 2º Os membros das Defensorias Públicas dos Estados têm os direitos assegurados pela legislação da respectiva unidade da Federação e nesta Lei Complementar.

Por fim, tem-se aqui que a argumentação exposta no sentido de negativa das prerrogativas às fazendas públicas não pode ser aplicada, neste momento, às Defensorias, uma vez que está em incipiente processo de criação e instauração em algumas unidades federativas.

Esse maior prazo para as manifestações processuais mostra-se necessário para o fiel cumprimento de suas atribuições constitucionais das Defensorias Públicas, que são das mais relevantes atualmente – essenciais à justiça.

Nesse esteio, até a consolidação da instituição, provimento de pessoal adequado, estruturação física eficaz e ideal funcionamento, afiguram-se constitucionais as prerrogativas de direito em juízo de que goza a instituição Defensoria Pública (da União, dos Estados e do Distrito Federal).

#### 4 Conclusão

Por todo o exposto, entende-se serem, regra geral, inconstitucionais as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, mais ainda pelo fato de os órgãos de defesa das pessoas jurídicas de direito público interno encontrarem-se institucionalizados há bastante tempo – excetuados alguns pequenos entes municipais que não têm capacidade de instituir procuradorias efetivas, em razão da escassez dos recursos financeiros.

Em sentido análogo ao entendido pelo Supremo Tribunal Federal, reputa-se perfeita a inconstitucionalidade das referidas prerrogativas de direito. É que, no momento de promulgação do Código de Processo

Civil, de 1973, provavelmente havia déficit de pessoal, ou de ativos patrimoniais, que justificassem as famigeradas prerrogativas. Em igual sentido, com o advento da Carta Magna de 1988, tem-se por ter operado a não recepção de referidas normas, uma vez que não adequadas ao contexto fático-jurídico então inaugurado.

Tal distinção faz menos sentido ainda com a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que consignou expressamente ser princípio-diretriz da atividade administrativa brasileira a eficiência.

O valor simbólico da constitucionalização do princípio corrobora o entendimento aqui esposado acerca da inadequação das prerrogativas fazendárias. Além disso, o incremento dos meios de comunicação, principalmente os virtuais, possibilita maior efetividade e acesso aos documentos e informações de repositórios públicos, o que desnatura a necessidade dilatória de prazo.

Impende, ainda, ressaltar que a ideia de *razoável duração do processo* foi incorporada na sistemática constitucional por meio do poder constituinte derivado (EC n. 45, de 2004), o que, mais uma vez, robustece os argumentos aqui expostos.

Embora se possa arguir a inconstitucionalidade das prerrogativas da Defensoria Pública, em especial a exigência de intimação pessoal e do prazo maior para manifestações<sup>6</sup>, não há que sustentar a argumentação. É que, consoante disposição constitucional, a Defensoria Pública exerce atividade essencial à função jurisdicional e tem por objetivo garantir o direito fundamental à promoção de assistência judicial aos necessitados, consoante teor do art. 5º, inciso LXXIV (*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*).

Nesse mister, comungando com o julgado em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal, as prerrogativas da Defensoria Pública encontram-se em processo de constitucionalização, mantendo-se, por conseguinte, ainda constitucionais. Em situação semelhante à dos pequenos municípios.

<sup>6</sup> Vide prescrição do art. 128 da Lei Complementar n. 80/1994.

Dar-se-á tão somente a inconstitucionalidade plena com o aperfeiçoamento do pessoal e estrutura das defensorias públicas dos entes federativos, o que, após 25 anos da Constituição Cidadã, ainda não ocorreu.

Pelo exposto, entende-se ser aplicável a ideia de igualdade à diferença proposta por Souza Cruz somente em relação à Defensoria Pública e a alguns municípios de pequena monta, nos quais inexistem o órgão da Advocacia Pública, uma vez que espécie de discriminação lícita (fundamento na efetividade dos direitos fundamentais, como dito).

Atualmente, tem-se por ilícita a discriminação relativa às fazendas públicas, pois inexistem argumentos que a sustentem validamente. Deve, destarte, manter relação paritária com os particulares que demandam contra ela, ou que são demandados pelos entes públicos.

Ante todo o exposto, em razão da evidente inconstitucionalidade, devem ser rechaçadas as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, na medida em que atentatórias aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, e especialmente, em frontal violação ao princípio constitucional da isonomia. No particular caso dos municípios (análise casuística) e das defensorias públicas, caberia ao Poder Judiciário a decisão acerca da concessão ou não das famigeradas prerrogativas, em atenção à ideia de igualdade à diferença.

## Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. v. 2, tomo III. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. v. 2. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

## Direito Eleitoral

# Da inelegibilidade reflexa na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio republicano

Iuri Jivago Gurgel Fernandes

Analista do Ministério Público da União. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

**Resumo:** A liberdade do cidadão no exercício do direito de voto, o respeito às vozes das minorias e a paridade de armas entre os candidatos no pleito eleitoral são decorrências do regime democrático, assim como a distinção entre a coisa pública e o patrimônio particular deriva da forma republicana de governo. Tais pilares do Estado brasileiro sofrem corrosão pela manutenção de um patrimonialismo persistente e multilateral. A existência de oligarquias familiares no controle da distribuição de cargos e mandatos eletivos é evidência da carência de institutos jurídicos eficazes no combate a esse fenômeno. A alternativa hermenêutica que confere à inelegibilidade reflexa fundamento e finalidade diversos daqueles apontados pela doutrina tradicional poderia ser uma das ferramentas eficientes nesse sentido.

**Palavras-chave:** Constituição. Democracia. Política. Nepotismo. Patrimonialismo. Direito Eleitoral. Hermenêutica. Inelegibilidade reflexa.

**Abstract:** The citizen's liberty in his right to vote, the respect for minority voices and the parity of resources between candidates in electoral process are derivations of democratic regime, as well as the distinction between public and private affairs derives from republican form of government. These pillars of brazilian state are eroded by the maintenance of a persistent and multilateral patrimonialism. The existence of family oligarchies controlling the distribution of elective state offices demonstrates the lack of effective legal institutes to fight this phenomenon. The hermeneutic alternative that provides to the rule of ineligibility of relatives a different fundament and purpose from those indicated by traditional doctrine could be one of the aforementioned institutes.



**Keywords:** Constitution. Democracy. Politics. Nepotism. Patrimonialism. Electoral law. Hermeneutics. Ineligibility of relatives.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O patrimonialismo. 3 O predomínio da família colonial patriarcal segundo Sérgio Buarque de Holanda e a tradição brasileira de patrimonialização e privatização da esfera política. 4 A Constituição Federal de 1988 e as inelegibilidades. 4.1 A essência da Constituição: o ser e o dever ser. 4.2 Teorias das inelegibilidades. 4.3 Art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988. 4.4 Hermenêutica da inelegibilidade reflexa e o princípio republicano. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

A intenção do presente artigo é o estudo do instituto da inelegibilidade reflexa ou por projeção sob uma perspectiva crítica, à luz do princípio republicano. A crítica pretendida, contudo, é de natureza construtiva, no sentido de perquirir se, conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha contemplado a referida regra, os valores a ela subjacentes, conjugados com o histórico de patrimonialização da política brasileira, permitem seu florescimento, a dilatação de seu escopo. Em outras palavras, busca-se averiguar se esse tipo especial de inelegibilidade encontra-se limitado pelas redações que a Constituição Federal de 1988, bem como suas antecessoras, lhe conferiram, admitindo-se como razão de existência dessa norma o princípio republicano, e não simplesmente o de vedação de uso da máquina pública com fins eleitorais.

Os fundamentos serão lançados com a intenção de explorar a hipótese de que a inelegibilidade reflexa poderia, em tese, abranger não apenas os cônjuges ou parentes dos chefes do Poder Executivo nos âmbitos federal, estadual e municipal mas também das pessoas eleitas para exercerem mandato eletivo proporcional, ou seja, os vereadores e os deputados estaduais, distritais e federais, além dos senadores, de mandato eletivo majoritário. O pressuposto é o de que o poder político existe independentemente da esfera na qual o agente se encontra – muitas vezes, a influência política de um vereador é tão significativa quanto a do prefeito do mesmo município –, devendo-se combater em

identidade de forças o ranço dinástico, o apego pelo poder e a ideia de que esse poder possa ser apropriado e transferido de pai para filho, o que ainda parece prosperar entre nós.

Assim, será apresentada primeiramente uma introdução teórico-conceitual do patrimonialismo; em seguida, traçar-se-á um histórico radical da tradição política brasileira, esboçando o panorama do referido fenômeno no Brasil com esteio na contribuição de Sérgio Buarque de Holanda. Após, serão dedicadas argumentações às teorias das inelegibilidades, sobre os ombros de autores nacionais, e à hermenêutica constitucional, para então prosseguir na análise específica da inelegibilidade reflexa, seus fundamentos e suas peculiaridades entre as inelegibilidades em geral. Fecha-se o artigo com as conclusões possíveis da pesquisa empreendida.

## 2 O patrimonialismo

O sufixo *-ismo*, na língua portuguesa, costuma ser empregado, nas expressões a que se agrega, como rótulo depreciativo ou extremado de um movimento ou doutrina. À luz dessa observação, podemos caracterizar o patrimonialismo como a debilidade na distinção entre o mundo público e o mundo privado por parte do agente estatal<sup>1</sup>, ou seja, a filosofia política que tende a privatizar o patrimônio público em favor daquele que exerce o poder.

O patrimonialismo pode assim ser concebido como decorrência do patriarcalismo, cujas origens remontam a tempos imemoriais. No modo de organização social e familiar patriarcal, tudo – incluindo-se bens e pessoas – encontra-se vinculado a um *pater familias*, responsável por sua manutenção, agregação e usufruto. Tal ética obtém sucesso com a impossibilidade de distribuição do poder para além do patriarca/senhor, que concentra a autoridade e o poder tradicional;

<sup>1</sup> Prefiro utilizar, com a devida vênia, o termo *agente estatal*, englobando todo aquele que se investe de parte do poder público, seja ele legislativo, administrativo ou judiciário, e não *governante*, como faz a doutrina, que tradicionalmente vislumbra no Poder Executivo o campo de manifestação do patrimonialismo.

as opiniões divergentes ou tentativas de usurpação de autoridade são sumariamente extintas.

Paulo Roberto Bentes Vasconcelos (2008), em estudo dedicado à obra *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro, aponta com lucidez algumas observações acerca da origem do patrimonialismo no Brasil. Faoro, reportando-se à Portugal do século XVII, registra o patrimonialismo como constante na cultura lusitana que, posteriormente, cruzou o Atlântico para implementar-se na colônia americana, aqui tomando novas formas; reconhece, ainda, que “[...] o patrimonialismo, a ética do favor, o clientelismo e a corrupção são os verdadeiros responsáveis pelas experiências políticas frustradas das gerações brasileiras” (2008, p. 338).

Primeiramente, mostrou inverídica a tese que pontificava o entendimento que no Brasil havia um passado feudal, ou semifeudal, com o predomínio do campo sobre as cidades. Ao contrário, o que sempre predominou foi a força do poder central. Impende asseverar que resta inequívoca a certeza que as grandes distâncias, o isolamento das propriedades rurais, os recursos produzidos pela posse da terra e pelas *plantations* de açúcar, tudo isso levava ao fortalecimento do poder local.

Essa situação implementou-se desde o início da colonização, com as capitânicas hereditárias, e que continuaria pelo período Imperial, com uma forte presença dos centros urbanos, onde se instalava o poder do Estado, de cujo beneplácito o poder dos donos da terra dependia.

A segunda tese de Faoro, umbilicalmente associada à primeira, é que o poder político não era exercido nem para atender aos interesses das classes agrárias, ou latifundiárias, nem àqueles das classes burguesas, que mal se haviam constituído como tal.

O poder político era exercido em causa própria, por um grupo social cuja característica era, exatamente, a de dominar a máquina política e administrativa do País, através da qual fazia derivar seus benefícios de poder, prestígio e riqueza (FAORO apud VASCONCELOS, 2008, p. 345).

Na ótica de Faoro, conforme observado por Vasconcelos, o poder central existiu na história brasileira, sobretudo, para manter em si a máxima concentração de autoridade, ceifando movimentos dissiden-

tes que despontavam em diversas regiões. A tese nos permite concluir que tal fenômeno caracteriza manifestação do patriarcalismo institucionalizado no Brasil. Sérgio Buarque de Holanda alega que, entre nós, houve de fato não o predomínio do campo sobre a cidade, ou vice-versa, em termos de poder, mas uma confluência de pessoas do campo rumo às cidades com vistas, entre outras coisas, a ocupar cargos públicos e exercer mandatos eletivos. Com essa migração, todo o arcabouço moral do patriarcalismo transplantou-se para sofrer as mutações que o urbanismo lhe ensejou<sup>2</sup>.

Acerca ainda do conceito de patrimonialismo, traz-se à colação a contribuição de Daniel Barile da Silveira, extraída do trabalho de Maria Goretti dos Santos Queiroz da Silva (2008). Para Silveira, o patrimonialismo é uma forma de dominação legitimada pelo poder tradicional, cujas características repousam na autoridade e no personalismo do governante, que imprime sua marca na máquina administrativa de sua circunscrição territorial recrutando a burocracia com base em critérios pessoais. Esse tipo ideal possui raízes na ordem familiar, no patriarcalismo, o qual, aplicado ao contexto político, culmina no desconhecimento de limites entre as esferas pessoal/privada e oficial/pública. No regime patrimonialista, o detentor do poder vislumbra tudo o que gira em torno de suas atribuições como assunto pessoal, explorando tal posição como lhe servir e lhe for útil, a exemplo de como faz em sua propriedade privada; ainda, distribui as competências aos funcionários subordinados com base na confiança pessoal que neles deposita, sem necessariamente estabelecer uma divisão de trabalho. “A administração política é tratada pelo senhor como assunto puramente pessoal, bem como o patrimônio adquirido pelo tesouro senhorial em função de emolumentos e tributos não se diferencia dos bens privados do senhor” (SILVA, 2008, p. 18-19). Obviamente, um sistema de organização política nesses moldes não se prestará a atender aos interesses públicos.

É enganoso julgar que o patrimonialismo restringe-se à esfera administrativa do poder público ou à pessoa do governante. Com efeito, o radical patrimonialista é o patriarcalismo, um fenômeno

<sup>2</sup> A visão de Holanda, ressalvo novamente, será aprofundada no capítulo seguinte.

psicossocial, integrante da personalidade do indivíduo; portanto a análise do instituto merece realizar-se na perspectiva familiar, com base na pessoa, e não no Estado e suas repartições. Vale dizer, para o patrimonialista, que tanto pode ser um governante quanto um legislador, pois muitas vezes as mesmas pessoas alternam-se entre essas instâncias, *poder é poder*, independentemente da forma assumida por ele – econômico, político, tradicional –; e, se essa autoridade integra seu patrimônio pessoal e familiar, é necessário mantê-la, preservá-la de ataques. O poder degenerado em dominação, como propriedade de quem é capaz de fazer outrem obedecer às suas ordens, na definição de Weber, existe tanto para quem ocupa cargo executivo quanto para quem exerce mandato eletivo legislativo.

Assim, feita a propedêutica na profundidade necessária ao presente exame, sem a pretensão de exaurir a conceituação ou olvidar toda a controvérsia que ela atrai, passaremos ao estudo da obra de Holanda no que diz respeito à implementação do patrimonialismo no Brasil e seus reflexos políticos e sociais.

### **3 O predomínio da família colonial patriarcal segundo Sérgio Buarque de Holanda e a tradição brasileira de patrimonialização e privatização da esfera política**

Publicado em 1936, fruto de profunda pesquisa e das contribuições de muitos textos históricos, *Raízes do Brasil* é um dos marcos da sociologia brasileira. A fama como texto de alta credibilidade pode ser reconhecida com a leitura de suas próprias páginas, que emanam críticas simbólicas, presentes apenas nas entrelinhas – exceto nos capítulos finais, em que se tornam manifestas –, cujas conclusões ficam a cargo do próprio leitor, e reportam-se a fontes confiáveis, quando não oficiais.

O livro consiste em um ensaio histórico dividido em sete capítulos. Nos dois primeiros, o autor trata da cultura portuguesa – origens, atributos, racionalidade, operação – e seus reflexos na colonização brasileira. A partir do terceiro capítulo, intitulado *Herança Rural*, fixa-se o foco propriamente no Brasil; portanto, é a partir dele que repousa-

remos a pesquisa, registrando que, evidentemente, o estudo será feito considerando o sentido da obra como um todo, e não se prendendo às minúcias de cada linha ou de trechos isolados.

Sérgio Buarque de Holanda (2006) registra que a colonização portuguesa no Brasil assemelhava-se ao modelo de organização feudal, no sentido de que as propriedades rurais eram ou buscavam ser autosuficientes, e nelas corria a maior parte da vida civil das pessoas. A vida pública, o movimento nas ruas, se houvesse, eram exercidos em função do intercâmbio entre as casas, e não existia um interesse generalizado pelas questões pertinentes ao governo ou ao Estado de forma geral; o único poder imediato a que se sujeitava o homem comum era o do senhor, o do proprietário da terra a que vivesse agregado. Assim, como manifestação da cultura patriarcal que predominava em meados de nossa história, disserta que,

No Maranhão, em 1735, queixava-se um governador de que não vivia a gente em comum, mas em particular, sendo a casa de cada habitante ou de cada régulo uma verdadeira república, porque tinha os ofícios que a compõem, como pedreiros, carpinteiros, barbeiros, sangrador, pescador etc. Com pouca mudança, tal situação prolongou-se, aliás, até bem depois da Independência e sabemos que, durante a grande época do café, na província do Rio de Janeiro, não faltou lavrador que se vangloriasse de só ter de comprar ferro, sal, pólvora e chumbo, pois o mais davam de sobra suas próprias terras.

Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-famílias.

[..]

Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho familiar e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou

de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso.

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família (HOLANDA, 2006, p. 79-81).

Esse paradigma de dominação do privado sobre o público, instaurado, não se limitou ao ambiente rural. O mesmo modelo foi cuidadosamente transportado às cidades não por uma escolha do poder central, mas sim – também de forma verticalizada, a partir da cúpula dos centros urbanos, como se pelo Estado fosse – pelo movimento de ocupação dos cargos públicos e exercício de mandatos eletivos, nas cidades, pelos senhores rurais, seus filhos ou pessoas por eles indicadas<sup>3</sup>. Com a decadência gradual das lavouras e a concomitante ascensão dos centros urbanos, precipitada, entre outros eventos, pela Independência, iniciou-se o movimento de perda do *status* diferenciado, privilegiado, de que gozavam os senhorios rurais; ocupações nitidamente citadinas passaram a reclamar igual eminência, como a atividade política, a burocracia e as profissões liberais. Semelhantes ocupações vieram a ser

<sup>3</sup> Como já se aludiu, o patriarcalismo e o patrimonialismo devem ser entendidos como fenômenos de índole interna, pessoal. Desde muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro busca expurgar os sintomas patrimonialistas de seu seio político, porém é exatamente essa natureza intrínseca, consistente na formação moral da pessoa, componente de uma área em que o Estado não se pode imiscuir, que torna essa luta tão difícil e muitas vezes inócua. Por estar fora do alcance estatal, o âmbito de perpetuação dessa desordem não pode ser em tese extinguido, o que, contudo, não constitui justificativa para deixar de envidar esforços no combate a seus efeitos.

exercidas, em primeiro lugar, pela gente principal do País, constituída de lavradores e donos de engenhos. É compreensível, nesse contexto, que, chegando às cidades, a aristocracia carregasse consigo os costumes, os preconceitos e, tanto quanto possível, os conteúdos de vida que caracterizavam sua antiga condição (HOLANDA, 2006, p. 81).

A disseminação da cultura patriarcal nas cidades como estrutura das elites a ser seguida encontrou adaptações, mas conseguiu manter o núcleo característico do tratamento familiar nas ruas – “costume de casa vai à praça”, como diz o ditado –, com a conseqüente repulsa aos valores objetivos e impessoais praticados por outros povos. Assim, há negociações sendo travadas e contratos sendo celebrados nas cidades, mas eles se tornam facilitados se as partes posicionarem-se como amigas entre si. Nas repartições públicas, as relações de parentesco, amizade e cortesia dão ensejo a que o interesse genérico do *joão-ninguém* abra preferência ao interesse do particular, do amigo, do familiar. Holanda (2006, p. 86-87), citando Nabuco de Araújo, aponta as seguintes palavras acerca da influência patriarcal exercida sobre as cidades pelos donos do poder, bem como seus resultados:

[...] Em 1847, dirigindo-se aos praieiros, que tinham movido uma justa campanha, posto que improficua, contra a predominância esmagadora de certas famílias de proprietários rurais em Pernambuco, Nabuco de Araújo podia notar sabiamente como o espírito anti-social e perigoso representado por essas famílias era um vício “que nasceu da antiga organização e que nossas revoluções e civilização não puderam acabar”. E, logo a seguir, acrescentava: “Excitastes essas ideias generosas para carear a popularidade e para triunfar, mas ao depois e na prática, tendes respeitado e conciliado esse feudalismo dos vossos e só combatido o dos adversários; tendes dividido a província em conquistadores e conquistados; vossos esforços têm sido para dar aos vossos aquilo que reprovais aos outros; só tendes irritado e lançado os elementos de uma reação funesta; tendes obrado com o encarniçamento e odiosidade de uma facção, e não com o patriotismo e vistas de um partido político.”

Esse caráter puramente exterior, epidérmico, de numerosas agitações ocorridas entre nós durante os anos que antecederam e sucederam à Independência, mostra o quanto era difícil ultrapassarem-se os limites que à nossa vida política tinham traçado certas condições especí-

ficas geradas pela colonização portuguesa. Um dos efeitos da improvisação quase forçada de uma espécie de burguesia urbana no Brasil está em que certas atitudes peculiares, até então, ao patriarcalismo rural logo se tornaram comuns a todas as classes como norma ideal de conduta. Estereotipada por longos anos de vida rural, a mentalidade de casa-grande invadiu assim as grandes cidades e conquistou todas as profissões, sem exclusão das mais humildes. É bem típico o caso testemunhado por um John Luccock, no Rio de Janeiro, do simples oficial de carpintaria que se vestia à maneira de um fidalgo, com tricórnio e sapatos de fivela, e se recusava a usar das próprias mãos para carregar as ferramentas de seu ofício, preferindo entregá-las a um preto.

Muitas das dificuldades observadas, desde velhos tempos, no funcionamento dos nossos serviços públicos, devem ser atribuídas, sem dúvidas, às mesmas causas [...].

E acrescenta, posteriormente, no que tange especificamente à aversão à ética da impessoalidade, que Alfred Rühl, observando o comportamento dos habitantes das colônias espanholas, impressionou-se com o fato de os espanhóis julgarem perfeitamente normal a aquisição de vantagens pessoais por intermédio de pessoas com as quais mantinham relações de afeto ou camaradagem, e não compreenderem que um terceiro, pelo exercício impessoal de uma função pública, negasse aos amigos e parentes favores ou facilidades públicas pela atividade de tal função. Dessa feita, raramente se pôde chegar, na esfera dos negócios, à perfeita racionalização; o freguês ou cliente assume, preferencialmente, a posição de amigo. Desse comportamento social, em que as relações sociais se edificam essencialmente sobre vínculos diretos e pessoais, procedem os maiores obstáculos que não apenas as colônias espanholas, como também o Brasil, viram erigir-se contra a aplicação rigorosa das normas de justiça e das prescrições legais (HOLANDA, 2006, p. 144). Nesse âmbito, podemos citar a prática ilegal, porém relativamente comum, de acordo tácito entre candidatos e partidos para descumprimento da Constituição e do ordenamento como um todo durante o período eleitoral, sem que haja, por cada parte, a iniciativa de denúncia das irregularidades nas campanhas de seus adversários.

Em verdade, tal realidade aflige não apenas os valores de objetividade mas também o princípio republicano, no sentido aqui empregado de cisão entre a coisa pública e o patrimônio particular, ou, de forma mais ampla, entre interesses públicos e interesses particulares. Na cultura generalizada do patrimonialismo, a supremacia é deste sobre aquele.

É importante ressaltar que a reprodução dos moldes patriarcais e seus efeitos nas cidades deu-se pela condução pessoal dos senhores ou seus aparentados aos cargos e mandatos políticos e administrativos. Assim, pela tendência da população em seguir a cultura das elites – como no ilustrativo caso acima citado do oficial de carpintaria observado por John Luccock –, como se por essa obediência se tornasse parte delas<sup>4</sup>, difundiu-se o costume patrimonialista no seio público brasileiro, mesmo entre as classes menos abastadas.

Outro ponto a merecer realce, ainda nessa linha e retomando uma lógica aqui já mencionada, é a indistinção entre os poderes de interesse do senhorio. Explica-se: ao patriarcalista, seja ele administrador ou legislador, não é importante a natureza do poder que detém. Ambos, Poder Legislativo ou Poder Executivo, são vistos não como objeto de detenção para manejo em favor do povo, e sim como objeto de propriedade para usufruto em nome próprio. Por um lado, no Executivo, sobretudo entre prefeitos, há a tendência do uso da máquina pública por sua parte em favor próprio ou de familiares; do outro, no Legislativo, não é raro vereadores e deputados abusarem dos cargos em comissão e de assessoramento, além das tantas prerrogativas próprias do mandato, em favor do círculo doméstico. O que ocorre no caso da inelegibilidade reflexa como hoje se propõe é a maior evidência do desvio no uso da máquina pública para financiamento de campanha de um parente do administrador. Contudo, de forma mais velada e pulverizada no tempo, também há o desvio no uso de verbas destinadas ao Legislativo, que serão, ao cabo, utilizadas em campanha eleitoral, seja em nome próprio, uma vez que não se veda a reeleição para as legislaturas seguintes, seja para favorecer o familiar não alcançado pela projeção de inelegibilidade segundo a

4 Assim como, para o cristão, seguir os ritos da Igreja o mantém mais próximo de Deus.

redação do art. 14, § 7º, da Constituição. O desvio, nesse segundo caso, por vezes aparenta legitimidade na forma de nomeação a cargo público de um terceiro, em princípio desinteressado, mas comprometido em retornar parte de sua remuneração ao parlamentar, ou de uma desnecessária aprovação de aumento de verba de gabinete<sup>5</sup>.

Prosseguindo em seu discurso, Holanda declara que, graças ao vácuo criado pela ausência de uma burguesia urbana independente dos domínios rurais, os candidatos às funções recentemente criadas, funções burocráticas e eleitorais, serão necessariamente pré-selecionados entre indivíduos de confiança dos antigos senhores rurais, ostentadores da mentalidade e das tendências características dessa classe. Assim, a ordem administrativa do Brasil, já no regime republicano, vem a conduzir-se por elementos estreitamente relacionados ao velho sistema senhorial. Os centros urbanos sempre se subjugaram à influência dos domínios rurais, discriminando o caráter próprio das nossas cidades coloniais: nelas, as funções mais elevadas cabiam aos senhores de terras. A história colonial é rica quanto às queixas dos comerciantes e demais habitantes das cidades acerca do monopólio das poderosas Câmaras Municipais pelos lavradores (HOLANDA, 2006, p. 88-89).

Mas ainda assim não devia ser muito favorável às cidades a comparação entre a vida urbana e a rural por essa época, se é certo o que dizia o conde de Cunha, primeiro vice-rei do Brasil, em carta escrita ao rei de Portugal em 1767, onde descreve o Rio de Janeiro como só habitado de oficiais mecânicos, pescadores, marinheiros, mulatos, pretos boçais e nus, e alguns homens de negócios, dos quais muito poucos podem ter esse nome, sem haver quem pudesse servir de vereador, nem servir cargo autorizado, pois as pessoas nobres e distintas viviam retiradas em suas fazendas e engenhos.

Esse depoimento serve para atestar como ainda durante a segunda metade do século XVIII persistia bem nítido o estado de coisas que

<sup>5</sup> Embora tais possibilidades sejam uma realidade, o mérito dessa pesquisa, que será mais bem tratada adiante, não investe por essa vereda; antes, procura-se quebrar o parâmetro financeiro como mote da inelegibilidade reflexa para considerá-la instrumento de combate ao patrimonialismo puro, à tomada dos cargos e mandatos eletivos por oligarquias familiares.

caracteriza a nossa vida colonial desde os seus primeiros tempos [...] (HOLANDA, 2006, p. 92-93).

Ainda a respeito da separação entre o Estado e a família, entre o público e o privado, bem como da relativa preponderância do funcionário patrimonial sobre o burocrático no Brasil, Holanda, fundado em Weber, argumenta que o Estado surge não como uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração entre certos agrupamentos harmoniosos ou entre certas vontades particularistas. Não há uma gradação entre o círculo familiar e o Estado, mas antes uma oposição. As duas instituições pertencem a ordens diferentes em essência: a primeira, privada; a segunda, pública. O Estado nasce da transgressão da ordem doméstica e familiar; é a partir daí que o indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável perante as leis (HOLANDA, 2006, p. 153).

A despeito disso, não foi fácil aos ocupantes das posições públicas de responsabilidade, formados num ambiente patriarcal e de irresponsabilidade, compreenderem a importância da distinção entre os domínios privado e público. Eles se aproximam de um dos tipos ideais do funcionário patrimonial e do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Com efeito, para o funcionário patrimonial, a gestão política é considerada como assunto de interesse particular; os benefícios e as facilidades que se auferem no exercício das funções públicas vinculam-se a direitos pessoais do funcionário, sendo a eles incorporados, ao contrário do que sucede no legítimo Estado burocrático, no qual prevalece a especialização das funções no escopo de assegurar garantias jurídicas aos cidadãos. No Brasil, carece a toda a vida pública a ordenação impessoal que caracteriza o Estado burocrático (HOLANDA, 2006, p. 159).

Entre nós, um sistema administrativo formado por um *corpus* de funcionários dedicados a interesses públicos e fundados na objetividade foi uma excepcionalidade. Ao longo de nossa história, acompanhou-se o predomínio invariável das vontades particulares, ambientadas em clãs fechados e inacessíveis a uma ordenação impessoal ou a terceiros; entre eles, o familiar foi o que se exprimiu com mais força em nossa sociedade. Um dos efeitos máximos da supremacia absorvente

do núcleo familiar está em que as relações criadas na vida doméstica forneceram o modelo impositivo de todas as nossas composições sociais, mesmo os partidos políticos, mesmo o Estado. Nossas instituições democráticas, pretensamente fundadas em princípios neutros e abstratos, apenas fingem assentar a sociedade em normas antiparticularistas (HOLANDA, 2006, p. 159-160). Toda essa conjuntura, frise-se, é encontrada com uniformidade nas instituições públicas brasileiras, tanto na esfera administrativa quanto na legislativa. Fazer-se a escolha daqueles que exercerão as funções públicas de acordo com os laços de sangue e de coração é a tradição brasileira que explica o fato de o filho de praticamente qualquer político de renome possuir uma espécie de preferência natural, intra e extrapartidária, nos pleitos eleitorais, não necessariamente por suas capacidades e virtudes próprias.

Em meio ao fervilhante cenário político brasileiro de meados da década de 1930, Sérgio Buarque de Holanda (2006, p. 198-199) vislumbra no movimento revolucionário uma oportunidade de aniquilar a velha cultura personalista e patrimonialista brasileira, porém demonstra pouca confiança em mudanças baseadas no ordenamento jurídico. Para ele, a superação da antítese liberalismo-caudilhismo não se consumará enquanto não liquidados os fundamentos personalistas e aristocráticos em que se assenta a vida social brasileira, e somente por meio de um processo revolucionário, causador da dissolução irrevogável das sobrevivências arcaicas, teríamos por superada a velha ordem colonial e patriarcal.

[...] As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É em vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante dessa pretensão (HOLANDA, 2006, p. 201).

Como se sabe, as pretensões revolucionárias prosperaram naquele momento histórico para logo sucumbirem ao peso da ditadura. Ademais, a Constituição delas nascida, como as que se seguiram, não tiveram o condão de afastar de nosso cenário político a cultura patrimonialista – aliás, em raras oportunidades se pode esperar que um uso ou uma mentalidade popular pereça por força de um ditame legal.

No pálio das deduções realizadas até o momento, passaremos ao estudo propriamente jurídico do instituto da inelegibilidade por projeção, insculpido na Constituição Federal de 1988 no art. 14, § 7º, além de suas razões de existência, interpretações e potencialidades.

#### **4 A Constituição Federal de 1988 e as inelegibilidades**

A Constituição Federal de 1988 é comumente chamada de Constituição Cidadã. Tal cognome deve-se tanto à sua simbologia como consagração da esperança pela inauguração de uma era plenamente democrática após o governo militar, quanto ao tratamento evidenciado da pessoa e do cidadão como entes essenciais, merecedores da proteção do Estado. A ampliação dos direitos de cidadania se dá, entre outros conteúdos, pela plena garantia dos direitos políticos, sobretudo a capacidade eleitoral passiva, ou seja, a elegibilidade, tão ameaçada e cerceada durante as décadas de 1960 a 1980.

Como as duas faces antagônicas da mesma moeda, pelo próprio movimento de amplificação desses direitos positivos, concomitantemente ganharam força crescente as teorias acerca das inelegibilidades. A imposição de limites à capacidade individual de participar diretamente da construção do destino de sua própria comunidade nasce, seja como sanção ou como resultado de mera situação, basicamente, da preocupação pela proteção do interesse público contra o avanço do particular, contra o apego deste ao poder público. Assim, a Constituição de 1988, em seu art. 14, § 9º, assinala que as inelegibilidades visam à proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e da legitimidade das eleições ante a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos administrativos.

##### **4.1 A essência da Constituição: o ser e o dever ser**

A Constituição é a manifestação por excelência do poder do povo, poder político como unidade que apenas no exercício pelo Estado encontra a necessidade de divisão em três poderes, seguindo

a teoria clássica de Montesquieu. Na lição de Paixão e Carvalho Netto (2007, p. 105), o povo – entidade por muitos considerada etérea e, com efeito, muitas vezes tomado como mero elemento de retórica política –, segundo ideia de Cristiano Paixão com base na teoria luhmanniana dos sistemas, “[...] é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras”. Unindo ambas as concepções, podemos identificar a Constituição como o elo entre a regência normativa do estado do mundo presente, resultado do passado, como ele é, ou seja, o *ser*, e aquela do estado futuro das coisas segundo os melhores parâmetros, dados segundo um juízo de valor, o *dever ser*<sup>6</sup>.

Desse ângulo analítico, a Constituição estatal busca, entre outros escopos, orientar a evolução social segundo uma ordem perspectiva, projetada de progresso. Evidentemente, como fruto de uma disputa entre valores eternos e contingentes de uma cultura, a evolução social eventualmente flexibiliza certos elementos do texto constitucional, daí a necessidade de emendas; contudo, as alternativas à realidade – *poder ser* – devem respeitar os limites daqueles princípios atemporais que ditam o *dever ser*<sup>7</sup>.

Cotejando tais raciocínios ao discurso objeto do presente estudo, não nos parece temerário concluir que a opção de extensão da inelegibilidade reflexa a parlamentares é viável no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira; antes, parece-nos alternativa amparada por base teórica e condizente com a parte imutável da ordem constitucional. No momento, antes de desenvolvermos as conclusões

6 Isso com fulcro na já também clássica separação entre *ser*, *poder ser* e *dever ser*.

7 A aceitação e adoção de mudanças, sobretudo na ordem pública e especialmente na constitucional, tende a ser arriscada e sempre deve ser objeto de deliberação. Na natureza, as variações internas entre as gerações das espécies, chamadas mutações, são aleatórias e tendem a ser prejudiciais; ou melhor, a probabilidade nesse sentido é muito maior. A evolução do “organismo social” humano, por outro lado, beneficia-se da racionalidade como diretriz de escolha dessas mudanças, atraindo a necessidade de discussão pública, livre e democrática (com respeito às opiniões das minorias), e induzindo a responsabilidade daqueles que fazem essas escolhas.

daí decorrentes, é oportuna a apresentação do quadro atual das teorias das inelegibilidades no Brasil.

## 4.2 Teorias das inelegibilidades

Conforme já se afirmou, hodiernamente as teorias das inelegibilidades parecem viver um momento de expansão e esplendor. Por outro lado, Adriano Soares da Costa tem opinião diversa. Para ele, as inelegibilidades vivem seu ocaso, e isso por duas razões: primeiramente, porque não se edificou uma teoria que explicasse seus exatos contornos, organizando sua sistematicidade – um problema essencialmente dogmático; em segundo, porque houve e há um retumbante sucesso nos movimentos empreitados por certas classes de políticos no sentido de cercear a eficácia da legislação eleitoral, cuja positivação conta com lacunas ou outros artifícios permissivos de seu mau funcionamento e da não concretização dos princípios constitucionais que dirigem as eleições (COSTA, 2009, p. XIX da nota à 7ª edição). De fato, essa discrepância valorativa não se deve a equívoco de um ou outro ponto de vista, mas apenas ao movimento cíclico natural de convicção ou de descrença da aplicação e validade das teorias científicas.

Há que se começar uma explanação sobre as teorias das inelegibilidades preferencialmente na busca por uma definição sobre o conceito de inelegibilidade. Da mesma forma como o conceito de incapacidade civil encontra sua densidade semântica no cotejo com o de capacidade civil, a inelegibilidade deve ser concebida pelo confronto com o conceito de elegibilidade. Assim, José Afonso da Silva aponta descrição calcada no confronto entre elegibilidade e inelegibilidade. Para ele, a inelegibilidade nada mais é que o impedimento à capacidade eleitoral passiva, ao direito de ser votado, à elegibilidade. Quanto às finalidades, sustenta que esse instituto jurídico tem por objeto a proteção da probidade administrativa, da normalidade para o exercício do mandato e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Pública. Possui, assim, um fundamento ético, valorativo, tornando-se ilegítimas as hipóteses de inelegibilidades estabelecidas com fundamento político ou a limitarem



de forma desarrazoada, sem sólidos fundamentos constitucionais, impessoais e independentes de qualquer ideologia, o livre acesso dos cidadãos aos cargos públicos eletivos em prol da manutenção de certo grupo no poder, voltando o sistema eleitoral contra seus próprios princípios. Seu sentido ético se relaciona com a democracia, não podendo ser entendido como um moralismo que, levado ao extremo, degenera-se em arbitrariedade, afastando-se de sua base democrática (SILVA, 2009, p. 388).

Dessa forma, a inelegibilidade existe enquanto temperamento, contrapeso à liberdade de participação popular no governo necessário à higidez do regime democrático. Fávila Ribeiro (1996, p. 231), lecionando sobre as condições de elegibilidade, pondera que, excluindo em princípio apenas os analfabetos e os eleitores de faixa etária entre os 16 e os 18 anos, pode-se assinalar a legitimidade material desses requisitos de elegibilidade na medida em que, possuindo espectro amplo, não buscam favorecer a grupos de interesses ou a classes econômicas, ao mesmo tempo em que dificultam o continuísmo político e a hegemonia da influência de oligarquias regionais e de grupos familiares.

Da mesma forma como as condições de elegibilidade procuram conjugar uma máxima abrangência com uma mínima exigência, não contemplando requisitos como patrimônio ou grau de escolaridade, as causas de inelegibilidade não visam a favorecer a determinadas pessoas ou grupos sociais, portanto devem conter em seu bojo a generalidade e a abstração.

Dada a natureza repulsora dos direitos de cidadania, natureza essa que atrai um trato diferenciado por parte de sua conformação legal, a Constituição reservou o tratamento infraconstitucional das inelegibilidades a lei complementar. Hoje, a Lei Complementar n. 64/1990, com suas alterações posteriores, trata da matéria.

#### 4.3 Art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988

O art. 14, § 7º, da Constituição Federal (1988) contempla a hipótese da inelegibilidade chamada pela doutrina de reflexa, reflexiva ou por projeção, e apresenta a seguinte dicção:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

[...]

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Na dogmática preconizada pela maior parte dos autores eleitorais, o instituto da inelegibilidade reflexa classifica-se como constitucional, relativo e duradouro.

É constitucional porque está previsto no retrocitado art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988. Vale assentar que, em face de seu *status* constitucional, a inelegibilidade por projeção não pode ser tratada em norma infraconstitucional. Corroborando esse entendimento, o § 9º do art. 14 afirma que lei complementar tratará de *outros* casos de inelegibilidade e prazos para cessação, ou seja, exclui as hipóteses arroladas na própria Constituição<sup>8</sup>.

Quanto à abrangência, a inelegibilidade por parentesco e relação conjugal é relativa, uma vez que não alcança todos os cargos a que o parente ou cônjuge do chefe do Poder Executivo pode aspirar, mas apenas aqueles adstritos à circunscrição – a Constituição fala em juris-

<sup>8</sup> Esse entendimento, embora seja o que melhor se coaduna com a classificação que distingue entre inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais, não é unânime, uma vez que parte de uma interpretação pontual e meramente literal do art. 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, a Lei Complementar n. 64/1990, de fato, não aprofunda materialmente as inelegibilidades previstas no corpo constitucional – art. 14, §§ 4º a 7º.

dição – na qual o administrador exerce suas funções. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Pedro Henrique Távora Niess ao assentar que a inelegibilidade adstringe-se aos cargos eletivos para o território em que o chefe do Poder Executivo exerce sua autoridade, ou seja, à sua circunscrição, e não àqueles cargos que superem tais lindes territoriais; destarte, “[...] não pode alguém ser eleito vereador no município do qual seu pai é o prefeito, mas pode eleger-se deputado estadual, favorecendo-o os votos validamente obtidos nesse mesmo município.” (NIESS, 2000, p. 113-114).

No que toca à duração, ainda, é duradoura porque o simples transcurso do tempo, por si só, não tem o condão de superá-la. Como resultado de uma situação jurídica – o estado de parentesco, que não pode ser rechaçado –, a inelegibilidade reflexa perdura incólume enquanto o detentor do cargo eletivo estiver em seu exercício.

Um elemento essencial e *sui generis* da inelegibilidade analisada é sua decorrência de um estado, de uma situação jurídica, haja vista que não é efeito de uma sanção por ato ilícito praticado por aquele sobre quem ela recai, como geralmente ocorre nas demais inelegibilidades.

Para efeitos de aplicação do instituto, os limites do parentesco são aqueles existentes na legislação civil. Assim, segundo Niess, “[...] na linha reta ascendente, até o segundo grau, encontram-se os pais e os avós das pessoas que exercem os cargos indicados no preceito constitucional; na linha descendente, os filhos e os netos; na linha colateral, os irmãos. [...]”, e “afinidade é o vínculo que se estabelece, pelo casamento, entre um consorte e os parentes do outro.” (NIESS, 2000, p. 114).

Interessante ponderar que a Emenda Constitucional n. 16/1997, a qual inaugurou a reeleição para os cargos eletivos no Brasil, com fundamento no princípio da continuidade, alterando a redação do § 5º do art. 14, não modificou o texto do § 7º. Resulta desse cenário, interpretando-se as normas de acordo com sua finalidade, que é inelegível o parente, até o segundo grau, do chefe do Poder Executivo, para o mesmo cargo, após o exercício do segundo mandato. Caso a interpretação se desse em sentido oposto, possibilitar-se-ia a alternân-

cia no poder, indefinidamente, dos membros de uma mesma família, em afronta aos valores resguardados pela Constituição. A título de exemplo: o pai exerce o primeiro mandato no cargo de prefeito municipal; nas eleições seguintes, o filho (ou qualquer outro parente até o segundo grau) pode legitimamente candidatar-se à sucessão do pai, mas estará limitado ao exercício desse mandato como se o segundo fosse, ou seja, não terá direito de concorrer à reeleição; o inverso disso importaria na possibilidade de perpetuação de uma mesma família no poder. Pela interpretação que melhor extrai e concretiza os princípios basilares dessas normas, de acordo com Niess (2000, p. 136-137), a renúncia do administrador não tem como efeito a elegibilidade de seu cônjuge ou parente até o segundo grau para o mesmo cargo – Súmula n. 6 do Tribunal Superior Eleitoral.

Acerca da matéria da inelegibilidade reflexa, especialmente no que se refere ao conceito e ao intento do instituto, notadamente de combate ao patrimonialismo, Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 864) nos traz as seguintes elucidações:

*Inelegibilidade relativa reflexa ou reflexiva* é aquela em que o impedimento para concorrer às eleições recai sobre determinadas pessoas por motivo de casamento, parentesco ou afinidade.

[...]

Na realidade, o art. 14, § 7º, consagrou outra hipótese de *inelegibilidade funcional*, já existente na ordem constitucional passada. Seu escopo é evitar o nepotismo e a perpetuação do poder hereditário.

Casuística do STF:

O porquê das inelegibilidades reflexivas – “As inspirações de irrelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC n. 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 da CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes,

consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo de sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional n. 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seus meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior” (STF, RE n. 344.882, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6 ago. 2004).

Exegese construtiva da *inelegibilidade reflexiva* – “O regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana – cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade – rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral” (STF, 1ª T., RE n. 158.314-2/PR, rel. min. Celso de Mello, *DJ*, I, de 12 fev. 1993) [grifos no original].

Bulos, estabelecendo como fim da inelegibilidade reflexiva a vedação da perpetuação do poder hereditário, seguindo os passos, aliás, da maior parte da doutrina especializada e da jurisprudência brasileira, traz à tona a aparente contradição, de que trataremos a seguir, situada especificamente no eixo fundamental do instituto: prestando-se a combater o nepotismo, a dinastia, o continuísmo familiar, o patrimonialismo e o monopólio do Poder, por que a inelegibilidade reflexiva se limita aos cargos eletivos do Poder Executivo e não se aplica aos mandatos eletivos do Poder Legislativo?

#### 4.4 Hermenêutica da inelegibilidade reflexiva e o princípio republicano

A hermenêutica é uma arte e uma filosofia que vem ocupando papel central no discurso jurídico contemporâneo. A palavra origina-se do verbo grego *ἑρμηνεύω* (*hermeneuō*), e significa enunciar, traduzir, em referência ao deus Hermes, responsável por enunciar aos humanos as mensagens dos habitantes do Olimpo (PALMER, 2010, p. 23).

Richard E. Palmer (2010), na obra *Hermenêutica*, traz à baila o debate moderno, firmado entre Betti e Gadamer, sobre uma concepção global da hermenêutica. Betti, na tradição de Dilthey, pretende uma teoria geral da interpretação da experiência humana, defendendo de forma veemente a autonomia do objeto da interpretação e concluindo pela possibilidade de uma objetividade ou imparcialidade histórica na elaboração de interpretações válidas. Gadamer, na corrente de Heidegger, dirige seu discurso às questões propriamente filosóficas de uma investigação radical do que seria a interpretação em si mesma; defende de modo igualmente convincente que a compreensão é um ato histórico e que seria ingênuo falar-se de uma interpretação objetiva e universalmente válida, de uma compreensão cujo ponto de partida é exterior à própria história. A ontologia gadameriana, portanto, põe em xeque a possibilidade de um conhecimento histórico objetivo. “[...] Do ponto de vista de Betti, Heidegger e Gadamer são os críticos destrutivos da objectividade, que pretendem mergulhar a hermenêutica num pântano de relatividade sem quaisquer regras.” (PALMER, 2010, p. 55-56).

A abordagem neste artigo, especialmente nas considerações seguintes, orienta-se pela corrente de Gadamer, porquanto sua natureza crítica e o âmbito de sua discussão (a jurisprudência) presumem a existência de mais de uma verdade ou interpretação possível e igualmente válida feita a partir da leitura da inelegibilidade reflexiva enquanto instituto jurídico, isto é, pelos seus princípios, fundamentos e finalidades, e não da forma como está positivada. Segundo Antonio Osuna Fernández-Largo (1992, p. 87), Gadamer, deixando sublinhado que a compreensão interpretativa é não apenas um ato de reprodução mas também de produção, confere ao texto a característica de autonomia,

de separação entre obra e autor, ensejando a quebra do paradigma da busca pela vontade do legislador.

Gustav Radbruch (2004), nesse ponto específico sobre o tema da interpretação jurídica, defende que a aplicação da norma deve-se guiar por seu sentido objetivo<sup>9</sup>. Assim, não se pode dar à lei o sentido idealizado por seus autores diretos porque, em primeiro lugar, ela é obra de um conjunto de vozes muitas vezes divergentes, é fruto do embate de forças sociais em um Estado Democrático, forças essas personificadas por representantes dos diversos interesses da sociedade; em segundo, mesmo que fosse uma só a opinião entre tais representantes, ainda assim não se poderia tomá-la como fim da norma.

[...] A vontade do legislador não é a vontade coletiva dos participantes do processo legislativo, mas, ao contrário, a vontade do Estado. O Estado, todavia, não se pronuncia pelas manifestações pessoais dos participantes na produção da lei, mas tão-somente pela própria lei. [...] (RADBRUCH, 2004, p. 163).

Por isso, não é absurdo firmar-se como sentido objetivo da norma uma direção jamais concebida conscientemente por seus autores. A lei precisa ser mais inteligente do que o legislador, de forma a não apresentar lacunas e a aplicar-se não apenas ao presente, mas ao futuro, em casos inovadores, a fatos novos inicialmente não imaginados pelos legisladores e com os quais os aplicadores invariavelmente deparar-se-ão (RADBRUCH, 2004, p. 164).

Marca presença também a crença no elemento da autonomia do objeto de estudo, conforme preconizam Betti e Dilthey. Nesse diapasão, é relevante a contribuição de Peter Häberle, que, com a tese da sociedade aberta de intérpretes, permite a concretização da máxima democratização da hermenêutica constitucional. A ninguém, em nosso sistema jurisdicional, é dado o monopólio da interpretação do texto constitucional, nem mesmo aos juízes, aplicadores por excelência do ordenamento e do Direito. Todos os cidadãos que vivem sob a

<sup>9</sup> Sem, contudo, abandonar a expressão *vontade do legislador*, apenas imprimindo-lhe outra acepção.

égide de uma carta magna são os seus legítimos intérpretes, mais ou menos críticos, independentemente de sua origem, formação, profissão, de suas crenças e de outros tantos fatores. Tal é a mensagem que Häberle procurou transmitir com a teoria da sociedade dos intérpretes da constituição, sugerindo que se abra o rol fixado como *numerus clausus* de intérpretes para democratizar a exegese constitucional – sem importar em relativismo hermenêutico na aplicação das normas constitucionais, uma vez que a última palavra ainda cabe, evidentemente, ao Estado-Juiz. Daí se conclui pela oportunidade de o Poder Judiciário abrir o espaço da discussão de casos de relevância pública à participação de pessoas interessadas, seja por audiências públicas, seja pela figura dos *amici curiae* (BULOS, 2011, p. 438).

#### 4.4.1 *Interpretação à luz do princípio da paridade de armas na campanha eleitoral (vedação ao uso da máquina pública)*

Atualmente, os autores eleitoralistas nacionais vislumbram como fundamento maior da inelegibilidade reflexa o princípio da vedação do uso da máquina pública, dando oportunidades iguais de concorrência aos aspirantes ao cargo eletivo. Essa é a tradição doutrinária brasileira sedimentada por Fávila Ribeiro, para quem o disciplinamento das inelegibilidades se rege, entre outros, pelo princípio da restrição à elegibilidade dos parentes até o segundo grau dos titulares de mandatos executivos, como consectário da antiga vedação à reelegibilidade, “[...] pois ele apareceria com mais veemência na mobilização dos instrumentos de influência oficial para colocar em cena um preposto doméstico, ou seja, engaste nepotista.” (RIBEIRO, 1996, p. 245-246). Ribeiro afirma que, assim como se obsta a perpetuação no poder pela própria pessoa do administrador, a norma visa fundamentalmente a vedar a utilização da máquina pública por aquele que a detém no intuito de beneficiar a candidatura de um familiar ao pleito eleitoral, ferindo princípios como o da paridade de armas nas campanhas eleitorais e da isonomia.

Por tal perspectiva, pode-se compreender essa espécie de inelegibilidade como fundada numa presunção absoluta de uso da máquina

pública em favor dos familiares do ocupante do cargo eletivo em suas respectivas campanhas. Também o seria o uso em favor do próprio governante, não fosse a possibilidade de reeleição, hoje uma realidade; isto é, atualmente, a possibilidade de uso da máquina administrativa em favor da campanha pela reeleição não afasta sequer a necessidade de desincompatibilização do chefe do cargo eletivo. Essa presunção, no caso, é relativizada em prol do princípio da continuidade administrativa.

Nada obstante, tal modelo interpretativo oculta o fundamento republicano do instituto, tomado como secundário em sua posituação constitucional. Em outras palavras, o preceito maior – a República –, tomando as vestes da inelegibilidade reflexa, acaba filtrado pelo preceito menor – a vedação do uso da máquina administrativa –, assemelhando-se a uma cama de Procusto. Ora, levando-se em consideração que o escopo da regra é interditar o nepotismo político, não há que se limitar seu alcance por um critério financeiro, qual seja, o de estar ou não o ocupante do cargo eletivo na direção administrativa, a ponto de conseguir, ou não, direcionar recursos às campanhas de terceiros. Trata-se de uma restrição por critério quase aleatório, porém incorporado à inelegibilidade reflexa de forma visceral e, possivelmente, deliberada, com vistas a cegar aos jurisdicionados a possibilidade de aplicá-la a todas as categorias de cargos ou mandatos eletivos.

Em outras palavras, poder-se-ia trazer à discussão, neste momento, e é natural que isso se faça numa investigação pautada no estudo dos diversos pontos de vista, a dúvida quanto à capacidade de intervenção de um simples legislador na definição do pleito eleitoral, uma vez que careceriam ao detentor do mandato legislativo as faculdades de direcionamento de recursos, como a ordenação de gastos, à campanha eleitoral do apadrinhado, o que, por outro lado, é viável ao ocupante do cargo de gestão administrativa, fato esse que justifica a inelegibilidade reflexa nos moldes atuais. Ocorre que semelhante raciocínio ainda é decorrência da firmação da inelegibilidade aqui discutida sobre o preceito da vedação ao desvio no uso da máquina administrativa; por sua base estreita, acaba-se limitando a altura do edifício como um todo. Se, ao revés, quebra-se essa perspectiva e substitui-se o fundamento teórico pelo freio às investidas patrimonialistas, observa-se que a pro-

jeção da inelegibilidade aos parentes do ocupante de qualquer cargo eletivo é útil à preservação do interesse público de maiorias e minorias, e, ao cabo, ao princípio republicano.

#### 4.4.2 *Interpretação à luz do princípio republicano*

A gênese da discussão carreada no bojo dessas páginas converge a algumas conclusões, entre elas a que nos interessa no momento, de que o patrimonialismo, manifestação do patriarcalismo, existe na política brasileira, está difundido em todas as esferas do Poder e pode ser combatido, no âmbito eleitoral, pelo instrumento da inelegibilidade reflexa, ao se considerar verdadeiro o fato de que a afetação de todo um grupo familiar ao poder público consiste em golpe à democracia, ao pluralismo político e, especialmente, à República.

A inelegibilidade incidente sobre os parentes do detentor de poder não é uma sanção, mas antes uma forma de evitar a perpetuação dos interesses familiares na política: em uma só palavra, o nepotismo político. O pressuposto aqui não é o de que o envolvimento de um grupo doméstico nos assuntos de interesse da sociedade seja, em si, algo maligno, e sim a dedução lógica de que, sendo limitado o número de mandatos políticos disponíveis – aliado ao fato de que “o poder corrompe”<sup>10</sup> –, aquele que possua amparo na influência política de seu sobrenome destacar-se-á, muitas vezes sem méritos comprovados, perante os concorrentes; conseqüentemente, é legítimo presumir-se que a *máquina política* restará patrimonializada, integralizada ao círculo familiar e disposta segundo seu arbítrio, ao arrepio do princípio republicano.

Eros Grau, proferindo voto na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal e em relatoria do Recurso Extraordinário n. 543.177-7/AM<sup>11</sup>, bem expôs tal ideal ao asseverar que o regime

<sup>10</sup> Frase atribuída ao historiador e político Sir John Dalberg-Acton, em carta ao Bispo Mandell Creighton, datada de 5 de abril de 1887, e que apenas atesta um conhecimento que é universal.

<sup>11</sup> *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 543.117-7/AM*. Rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24.6.2008. Publicação na *RTJ* v. 206-02, p. 899, 22 ago. 2008.

jurídico das inelegibilidades merece uma interpretação construtiva de seus preceitos, concluindo pela plena validade da exegese que visa a impedir a formação de grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da ideia republicana, desenvolvida sobre o binômio democracia e igualdade, rechaça as práticas tendentes a monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental. Para que essa hermenêutica tenha validade, contudo, é imprescindível romper com a ideia de que a inelegibilidade reflexa pressupõe a incapacidade do legislador em interferir no resultado dos pleitos eleitorais por não poder direcionar recursos públicos às campanhas alheias ou à própria.

Oportunamente, incorporaremos ao presente artigo a análise feita por Francisco Fransualdo de Azevedo em sua tese de doutorado intitulada *Entre a cultura e a política: uma geografia dos “currais” no sertão do Seridó Potiguar* (2007). Apesar da limitação geográfica dessa investigação, o autor faz ponderações aplicáveis a todas as regiões brasileiras acerca da organização política e da distribuição dos cargos e mandatos eletivos em obediência às oligarquias familiares tradicionais – parte do fenômeno chamado por Faoro de coronelismo. Segundo Azevedo (2007, p. 138), cada região brasileira “apresenta um ou mais grupos de famílias que dominam e exercem o poder numa relação de auto-favorecimento, em detrimento da subordinação e sujeição da maioria populacional, cada uma nas suas especificidades”. Essas famílias ramificam sua influência de acordo com uma disseminação organizada pelos cargos de poder que não se restringe ao Executivo, o que obviamente importaria em concorrência desnecessária, tendo em vista a maior quantidade de assentos na Casa Legislativa.

Os membros das oligarquias são, geralmente, agentes de poder, influentes representantes do poder central ou estadual. Podem ser, muitas vezes, o prefeito, o vereador ou até mesmo o deputado e/ou governador, agentes dessa natureza. (AZEVEDO, 2007, p. 140).

Não se deve subestimar a capacidade de influência política – e, conseqüentemente, de atuação como fator decisivo no resultado das eleições – por parte dos legisladores, cotejando-a com a dos administradores, em suas respectivas instâncias, para fins de interpretação da

axiologia subjacente à inelegibilidade reflexa, levando em conta tão somente a posse dos poderes de controlar, organizar e ordenar gastos. Com efeito, o que se deve combater é a manipulação política, a constituição de oligarquias – que são, essas, sim, um mal *per se* –, não apenas o direcionamento irregular de verbas, pois

[...] é através dos vereadores que os instrumentos de controle e manipulação política atingem mais diretamente a população, constituindo micropoderes, pois são eles, os vereadores, que estão mais próximos do povo, vivendo o dia-a-dia, convivendo, às vezes, no mesmo bairro, na mesma rua ou na mesma comunidade. (AZEVEDO, 2007, p. 338).

Assim, das eleições gerais de 1998 no Estado do Rio Grande do Norte resultou a seguinte configuração na distribuição dos cargos eletivos:

“[...] as duas principais oligarquias favoreceram a reeleição, em primeiro turno, do candidato/Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Reeleição em primeiro turno do candidato/governador [...] Garibaldi Alves Filho; um único senador eleito, pelo PMDB, portanto, aliado político do governador.

Dos oito deputados federais eleitos, cinco pertenciam à coligação PMDB (oligarquia Alves) e três à coligação do PFL (oligarquia Maia); dos 24 deputados estaduais eleitos, doze pertenciam à coligação do governador eleito, oito à coligação do PFL, dois ao PSB, um ao PT e um ao PDT. Portanto, efetivamente, as representações político-familiares conferem: à família Alves, os mandatos de governador (Garibaldi Alves Filho); de dois deputados federais (Henrique Eduardo Alves e Ana Catarina Alves) e de um deputado estadual (Carlos Eduardo Alves); em 2000 foi eleito Agnelo Alves como prefeito de Parnamirim, importante município da área metropolitana de Natal.

A família Maia continuou com: um senador (José Agripino Maia), que havia se candidatado ao Governo do Estado nesse mesmo ano, mas, como não foi eleito, e por ser senador há quatro anos, voltou ao congresso para concluir o mandato; um deputado federal (Lavoisier Maia), uma deputada estadual (Márcia Maia); além da prefeita de Natal (Wilma de Faria), ex-esposa do ex-governador, então deputado federal Lavoisier Maia e mãe da deputada estadual Márcia Maia.

No estado, ainda temos representações políticas de outros grupos familiares, como o grupo da família Rosado, historicamente forte no município de Mossoró e na região Oeste do estado, e o grupo da família Costa, com maior força política principalmente na região do Seridó. Esse primeiro grupo passou a ser representado por dois deputados federais (Carlos Alberto de Souza Rosado – coligação do PFL e Laire Rosado Filho – coligação do PMDB); três deputados estaduais (Carlos Frederico Rosado, Sandra Rosado, ambos da coligação do PMDB e Ruth Ciarlini, da coligação do PFL); além da prefeita de Mossoró Rosalba Ciarlini Rosado, eleita em 1996 e reeleita em 2000 pelo PFL. A família Costa passou a dispor de um deputado estadual (Vidalvo Costa, eleito pelo PL e coligado ao PFL); em 1998 Vivaldo Costa, irmão de Vidalvo Costa, renunciou ao mandato de prefeito de Caicó, para candidatar-se a deputado federal, conseguindo eleger-se apenas como suplente; João Bosco Costa (irmão de Vivaldo e Vidalvo) permaneceu como prefeito de São José do Seridó no exercício do quinto mandato.

Durante a pesquisa de campo, constatamos diversas situações em que os entrevistados declararam votar principalmente em troca de favores prestados. Por exemplo, um eleitor, beneficiário do Programa do Leite, referiu-se ao ex-governador como denominações de paternidade, do tipo: “*papai Garibaldi foi que começou a distribuir o leite pra nós e até hoje não faltou, por isso eu voto nele*” (Beneficiário do Programa do leite, 2005). Isso é prova da personificação do que é público e do excesso de paternalismo político dos representantes do Estado brasileiro, o que é mais forte no universo de população do semi-árido nordestino.

A força política do grupo ao qual pertence o referido agente está consolidada no sistema político estadual há mais de meio século, começando com o antigo MDB através da figura de Aluizio Alves, com contigüidade, através de sua parentela e coligados até a atualidade através do PMDB. [...]

Cargos como de prefeito, governador(a), senador da República, deputado estadual e federal, entre outros, são exercidos, em boa parte, por membros desses dois grupos político-familiares, e por seus coligados partidários; tudo isso, resultado de campanhas eleitorais desenvolvidas e da manipulação sociopolítica estabelecida há décadas. (AZEVEDO, 2007, p. 340-342).

Perceba-se a infiltração de vários membros de poucas famílias em todos os planos e em todos os graus, sobretudo do Poder Legislativo; como negar que essas pessoas não buscarão meios de imortalizar seus sobrenomes políticos, se isso é o que vem acontecendo e sempre aconteceu? É exatamente dessa manipulação em prol da família, ranço de uma arcaica era de dinastias, que se deve desvencilhar o sistema eleitoral brasileiro. A política não pode ser um negócio familiar lucrativo, uma opção profissional em que, mesmo dissipados em diferentes níveis da Federação ou em Poderes diferentes, os membros do círculo doméstico lutem por constituir, manter e fortalecer zonas de influência, currais eleitorais no sentido literal da expressão, abandonando o interesse público consubstanciado nos votos que os elegeram, ou, antes, submetendo-o ao interesse particular. Cita-se o caso potiguar como exemplificativo, em que, como é sabido, ainda hoje esse fenômeno se repete, em maior ou menor grau, nos âmbitos municipal, estadual e federal, desde as capitais aos mais longínquos rincões, e continuará a perpetuar-se enquanto não seja freado.

Em conclusão, por toda a exposição acima travada, compreendemos como explícita ao necessário a fundamentação teórico-científica segundo a qual existe a possibilidade jurídico-constitucional a que a inelegibilidade reflexa abranja o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, de senadores e deputados federais, estaduais e distritais, bem como de vereadores.

Não se quer dizer que a aqui proposta interpretação construtiva dada ao instituto da inelegibilidade por projeção possa ser aplicada imediatamente, por criação jurisprudencial; com efeito, o óbice na redação do art. 14, § 7º, é intransponível não apenas porque onde a lei distingue não deve o intérprete uniformizá-la<sup>12</sup>, mas, além disso, pela sensibilidade da matéria concernente ao cerceamento do direito de cidadania nele gravado, a qual atrai o princípio da reserva legal e a interpretação restritiva. A alternativa hermenêutica alvitrada necessariamente há que ser implementada por emenda constitucional.

<sup>12</sup> Raciocínio *a contrario sensu* do princípio de que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

## 5 Considerações finais

Dadas as balizas adotadas neste estudo, esperamos que as soluções propugnadas não ultrapassem os limites recomendados pelos marcos teóricos que a inspiraram: Sérgio Buarque de Holanda e, em geral, todo o corpo brasileiro de juristas dedicados ao estudo e ao aperfeiçoamento do Direito Eleitoral.

É certo que o fato de não constituir efeito de uma sanção atrai à inelegibilidade reflexiva uma cautela ainda maior em sua análise, em comparação às hipóteses de inelegibilidades cominadas; e essa certeza, assim acreditamos, é observada e respeitada na ampliação do rol subjetivo do instituto em tela – trata-se de medida que interessa a todos, inclusive ao Estado.

A Constituição Federal de 1988 não prevê a possibilidade de iniciativa popular para apresentação de proposta de emenda constitucional, como o faz para as leis – art. 61, § 2º –, o que constitui empecilho intransponível à reforma do art. 14, § 7º, da Lei Maior por esse meio. Não obstante, a concretização das medidas aqui teorizadas é viável pela iniciativa dos legitimados – art. 60, I, II e III da CF/1988 – e pelo rito qualificado das emendas, o que pragmaticamente é difícil de conceber; porém, os óbices à evolução das instituições políticas não servem de justificativa para impedir as pressões por parte da sociedade civil nesse sentido, caso contrário estar-se-ia legitimando a vitória do continuísmo sobre o progresso.

Há questionamentos incidentes sobre interpretação alternativa dada à inelegibilidade reflexiva, conforme apresentado, sendo a primeira delas quanto ao seu alcance territorial. Como as organizações familiares não seguem as limitações administrativas, nada impediria que, por exemplo, o irmão de um vereador intentasse candidatura à Câmara de Vereadores do município vizinho; ou o filho de um deputado estadual pretendesse o cargo de governador de outro estado. Pela proposta resultante da nova acepção aqui sugerida, essa inelegibilidade acompanha o centro do círculo familiar, qual seja, o ocupante do cargo ou detentor do mandato eletivo; dessa sorte, não se haveria de tolher seu alcance à circunscrição sobre a qual o político exerce suas funções, consequen-

temente abarcando todo o território nacional. Tal característica pode parecer exagerada se observada pela simples capacidade de interferência no pleito eleitoral, ou seja, novamente fora do contexto sustentado nessa investigação, mas, além de decorrência do princípio republicano, ela é a barreira por excelência do predomínio político familiar forçado que, hoje e sempre, se tem observado em nossa política.

No referente à ressalva da última parte do § 7º do art. 14 – *verbis*: “salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição” –, não se lhe sobejará sentido pelas mesmas razões acima ofertadas, ou seja, porque insólita a permanência de dois integrantes da mesma família no poder.

Quanto ao grau de parentesco, creio ser o segundo grau o mais adequado e o que melhor se harmoniza com o Estado Democrático de Direito. Com efeito, observa-se que as Constituições consideradas autoritárias, especialmente as de 1934 (art. 112) e 1967/1969 (art. 147), instituíram a inelegibilidade por parentesco até o terceiro grau; por outro lado, nas Constituições tidas por democráticas, notadamente as de 1946 (art. 140) e 1988, mais preocupadas em sobrelevar os direitos individuais e políticos, estabeleceu-se o segundo grau como patamar.

Assim, com o pálio de todas as considerações deduzidas e ao cabo das indagações críticas, tenho fé de que o art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988 mereceria a seguinte redação: são inelegíveis o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do titular de cargo ou mandato eletivo, ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito.

Essa medida representa o brado arrojado pela afirmação de um dos tantos marcos necessários, ainda hoje, para a superação dos grillhões autoritários que prendem a sociedade brasileira ao sistema de oligarquias políticas familiares. Contar-se-ia com ela, enfim, um passo positivo em favor da substituição de um sistema político fundamentado no personalismo e no patrimonialismo por uma democracia em sentido material, sedimentada nos valores da República, da cidadania, do pluralismo político e da igualdade entre os candidatos.



## Referências

AZEVEDO, Francisco Fransualdo de. *Entre a cultura e a política: uma geografia dos “currais” no sertão do Seridó Potiguar*. 2007. (Tese de doutorado) – Instituto de Geografia da Universidade Federal de Uberlândia. Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Lúcia Salazar Pessôa. Uberlândia-MG, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALBERG, John Emerich Edward (Lord Acton). *Historical essays and studies*. Edição de John Neville Figgis e Reginald Vere Laurence. Londres: Macmillan, 1907. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/2201/203934>>. Acesso em: 19 maio 2014.

FAORO, Raymundo: Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. In: VASCONCELOS, Paulo Roberto Bentes. *Temas de pensamento constitucional brasileiro*. v. I. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica jurídica en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D.L., 1992.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Edição comemorativa dos 70 anos da obra. Organização: Ricardo Benzaquen de Araújo; Lilia Moritz Schwarcz. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. rev. e atual. Bauru-SP: Edipro, 2000.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In: *Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul-RS: Notadez, 2007.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen; revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Maria Goretti dos Santos Queiroz da. *Inelegibilidade por projeção do parente e do cônjuge do chefe do Poder Executivo – um freio democrático ao patrimonialismo*. 2008. Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Eleitoral da Universidade de Brasília – UnB/ Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal. Orientador: Prof. Mamede Said Maia Filho. Brasília, 2008.

# Aplicação do Código de Processo Penal ao processo criminal eleitoral

José William de Melo Junior

Analista Processual do Ministério Público da União. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**Resumo:** O presente artigo apresenta as novas disposições procedimentais do Código de Processo Penal trazidas pela Lei n. 11.719/2008, bem como sua aplicabilidade à persecução penal em Juízo relativa aos crimes eleitorais, face à prevalência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em detrimento do princípio da especialidade previsto no art. 394, § 2º, do CPP e no art. 364 do Código Eleitoral.

**Palavras-chave:** Procedimento. Código de Processo Penal. Código Eleitoral. Princípios. Contraditório. Ampla defesa. Especialidade. Atuação. Ministério Público.

**Abstract:** This paper aims to introduce the new procedural provisions of the Criminal Procedure Code brought by Law 11.719/2008, as well as its applicability to criminal prosecution in court relating to electoral offenses, given the prevalence of constitutional principles of adversarial full defense to the detriment of the specialty principle laid down in article 394, paragraph 2º, of the CPP and article 364 of the Electoral Code.

**Keywords:** Procedure. Code of Criminal Procedure. Electoral Code. Principles. Contradictory. Full defense. Specialty. Action. Public Prosecution Service.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Das inovações procedimentais trazidas pela Lei n. 11.719/2008. 3 Do procedimento processual penal previsto no Código Eleitoral. 4 Dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 5 Aplicabilidade do rito previsto no Código de Processo Penal aos crimes eleitorais. 6 O papel do Ministério Público no processo penal. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

A partir do ano de 2008, o Código de Processo Penal (CPP) experimentou uma série de alterações que objetivaram tornar a persecução penal em Juízo mais célere e consentânea com os mandamentos e princípios constitucionais atualmente em vigor. Assim, dentro desse contexto, foi editada a Lei n. 11.719/2008, que alterou de forma significativa os procedimentos processuais penais comuns, notadamente o ordinário e o sumário.

Por outro lado, não se verificou idêntica *atualização* nas leis especiais, notadamente, no que interessa ao presente estudo, no Código Eleitoral (CE). Dessa forma, se antes da Lei n. 11.719/2008 os procedimentos previstos no CPP e no CE tinham vários pontos de congruência, após a entrada em vigor dessa lei viu-se um distanciamento entre aqueles ordenamentos, o que fez surgir dúvidas quanto à aplicação, ou não, das novas disposições procedimentais comuns à persecução dos crimes eleitorais.

Basicamente, a razão de tal inquietação reside no fato de as regras trazidas pela Lei n. 11.719/2008, não obstante mais benéficas ao acusado, serem consideradas *comuns*, enquanto as disposições processuais contidas no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) são ditas como *especiais*.

Assim, os defensores da inaplicabilidade dessas novas disposições processuais fundam seu convencimento no disposto no art. 364 do Código Eleitoral, bem como no § 2º do art. 394 do CPP, os quais estabelecem, em suma, que o procedimento comum só terá aplicação ao procedimento especial quando este último for omissivo (princípio da especialidade e subsidiariedade), ou seja, as disposições estabelecidas na legislação processual penal especial, como é o caso do Código Eleitoral, deverão prevalecer em face do procedimento processual comum, quando ambos disciplinarem a mesma matéria.

Por outro lado, os defensores da aplicação das regras procedimentais trazidas pela Lei n. 11.719/2008 ao processo penal eleitoral afirmam que as alterações implementadas no Estatuto Processual Comum

são mais benéficas aos acusados, porquanto concretizadoras dos princípios da ampla defesa e do contraditório bem como da duração razoável do processo, ou seja, estão em consonância com a atual ordem constitucional, especificamente com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa e da célere e eficaz prestação jurisdicional, razão pela qual sua aplicação ao procedimento penal eleitoral é de rigor.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 149) registrou tal controvérsia, que ainda não recebeu uma resposta definitiva, seja do legislador, seja do judiciário:

A relação entre as normas processuais penais eleitorais e o Código de Processo Penal é conflituosa. Diploma antigo, o Código Eleitoral traz indicações que, muitas vezes, discrepam de alterações modernizadoras do Código de Processo Penal, ensejando vivos debates sobre a aplicação ou não da inovação ao ambiente eleitoral. Por exemplo, alteração do CPP adiou o momento do interrogatório para o final da instrução, ao passo que para o art. 359 do CE, “Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público”.

Com efeito, no presente estudo, ao tempo em que se registrará o entendimento dos principais doutrinadores, bem como dos tribunais eleitorais e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em enfoque, buscar-se-á apresentar uma solução para tal controvérsia, a qual urge ser dissipada de uma vez por todas, porquanto o que se tem visto é uma verdadeira insegurança jurídica, pois diferentes acusados da prática de crimes eleitorais estão sendo processados com regras procedimentais distintas, ou seja, a depender do entendimento do respectivo Juízo, ora utilizam-se as disposições do Código de Processo Penal, ora o procedimento previsto no Código Eleitoral.

Por fim, comentar-se-á sobre o papel do órgão ministerial no processo penal e se há alguma incompatibilidade em o representante do Ministério Público – que, como se sabe, é o titular exclusivo da ação penal pública – defender no processo a adoção de um procedimento que se mostre mais vantajoso para o acusado.

## 2 Das inovações procedimentais trazidas pela Lei n. 11.719/2008

Antes de adentrarmos na análise das principais novidades instituídas pela Lei n. 11.719/2008 ao processo penal comum e que o fizeram se distanciar do procedimento previsto no Código Eleitoral, é proveitoso analisar o contexto e o objetivo da edição da referida lei.

Em 2000, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, constituiu uma comissão de juristas, presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, com o intuito de apresentar proposta que visava reformar o Código de Processo Penal Brasileiro. Após a audiência de diversas entidades da sociedade civil, bem como de vários especialistas, os projetos foram, em 2001, encaminhados pelo Executivo ao Congresso Nacional.

No ano de 2004, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, os referidos projetos fizeram parte do pacto por um judiciário mais rápido e republicano. Tal pacto apontou uma série de mudanças legislativas e institucionais com as quais os presidentes dos três Poderes se comprometiam.

Com efeito, em 2007, mesmo diante de forte pressão de parte da sociedade para se estabelecerem regras mais duras contra acusados da prática de ilícitos penais, incluindo-se aí, obviamente, regras procedimentais que deixassem o réu em posição desfavorável no transcorrer da persecução penal em Juízo, os projetos de lei que visavam alterar o Código de Processo Penal retomaram sua marcha no Congresso Nacional, culminando, em 2008, com a aprovação das Leis n. 11.689/2008 (novo procedimento do Júri), n. 11.690/2008 (nova disciplina das provas) e n. 11.719/2008 (novas regras procedimentais).

O objetivo das mencionadas leis, conforme asseverou Pedro Abramovay ao fazer a apresentação do livro *As reformas no Processo Penal, as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, foi

[...] conferir cidadania aos brasileiros no tratamento penal. Cidadania, aqui, justamente neste sentido apontado por Marcelo Neves, de se tratar igualmente cada indivíduo, com integral respeito aos direitos fundamentais e igual respeito ao Estado de Direito.

Em suma, as inovações legislativas tiveram o claro objetivo de adequar as normas regedoras do processo penal à ordem constitucional em vigor (como se sabe, o Código de Processo Penal data de 1941), procurando equilibrar a natural dicotomia existente no processo penal entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais.

Assim, dentro desse entendimento, não há dúvidas de que as alterações trazidas pelas leis referidas e, especificamente ao que interessa ao presente estudo, pela Lei n. 11.719/2008 trouxeram inegáveis benefícios não apenas ao acusado, que deixou de ser mero objeto de um processo para se transformar em sujeito de direitos, mas também à própria sociedade, porquanto, diante da consagração do princípio da celeridade, ela terá, após a prática delitiva e a deflagração da persecução penal em juízo, uma ágil e eficaz resposta estatal, seja para condenar, seja para absolver o acusado; ou seja, obter-se-á com mais rapidez e eficiência a pacificação social, escopo maior do processo.

Não se descure que a inovação legislativa em referência, mediante a edição de lei esparsa, não foi a ideal, pois se impunha a edição de um novo Código de Processo Penal para inaugurar um regime coeso e concatenado, entretanto, foi a possível. Nereu José Giacomolli (2008, p. 59), ao comentar a Lei n. 11.719/2008, elenca o que, no seu entender, caracteriza impropriedades e inconsistências dessa lei que retirariam dela a qualificação de uma autêntica reforma legislativa. Registra o autor:

Difícil estabelecer uma ordenação concatenada e lógica dos atos processuais, no caos estabelecido nos artigos 394 a 536 do CPP. Isso se observa pela previsão de duas ocasiões distintas ao recebimento da denúncia ou da queixa-crime (art. 396 e 399 do CPP). Qual é o verdadeiro recebimento? O recebimento passou a ser duplo, com conteúdos e efeitos diferenciados? Aplicar subsidiariamente o rito comum aos procedimentos especiais (art. 394, parágrafo 2º, do CPP), sim, mas o ordinário, o sumário ou o sumaríssimo, ou qualquer um deles? Há alguma diferença entre as hipóteses de rejeição da denúncia (art. 395 do CPP) e as da absolvição sumária (art. 397 do CPP)? A instrução do processo e a sentença, pelo mesmo magistrado, não ignora a atual realidade da administração da justiça brasileira e sua própria organização

funcional? É constitucionalmente possível (art. 5º, LV, CF) extrair do art. 536 do CPP uma exegese de que as pessoas que comparecerem na audiência deverão ser inquiridas na ordem do art. 531 do CPP?

Contudo, conforme anteriormente registrado, mesmo passíveis de críticas, não há dúvidas de que as alterações introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 ao Código de Processo Penal trouxeram inegáveis benefícios à função jurisdicional penal. Nesse sentido registraram Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008):

O ideal seria a elaboração de um novo Código, que mantivesse uma coerência lógica, apto, assim, a assegurar a harmonia entre seus diversos institutos. A reforma gradual, da maneira que realizada, prejudicou essa uniformidade, redundando, por vezes, em dispositivos que se revelam contraditórios entre si. Sobretudo em razão das inúmeras mudanças que os projetos originais experimentaram quando levados à discussão no Congresso Nacional. Não se ignora, contudo, as enormes dificuldades que um Novo Código encontraria para ser aprovado, bastando que se recorde dos projetos José Frederico Marques e Hélio Tornagui, obras monumentais que não foram porém, transformadas em lei. Em vista da impossibilidade de se cogitar de um novo Código, a única alternativa foi mesmo a promoção de alterações tópicas, mesmo com sacrifício, vez ou outra, da coesão.

Também registrando os avanços alcançados pela reforma processual penal em enfoque, consignou Pedro Abromovay (MOURA, 2008, p. 11) na apresentação da obra alhures citada:

Um processo penal mais célere, presente em todos os projetos debatidos, é requisito fundamental para a efetividade do sistema penal e para a redução da sensação de impunidade no Brasil. Ao mesmo tempo, os textos trazem para o Código de maneira mais nítida os direitos e garantias previstos na Constituição de 1988.

Com efeito, antes da reforma, nos processos submetidos ao rito ordinário, o qual se destinava aos crimes apenados com pena de reclusão, eram previstas nada menos do que três audiências distintas: o interrogatório do acusado, a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e a oitiva das testemunhas indicadas pela defesa. Havia previsão, ainda, de abertura de vista às partes para requerimento de

diligências complementares e posteriormente, para o oferecimento de alegações finais escritas. O procedimento era eminentemente escrito, porquanto tudo que fosse tratado na audiência teria que ser reduzido a termo pela sistemática de ditado, além do que todas as manifestações das partes deveriam ser realizadas por meio de petição (requerimento de diligências, alegações finais etc.) dirigida ao juiz processante.

Assim, o primeiro passo instituído pela multicitada Lei n. 11.719/2008 foi disciplinar as formas de procedimento ao dar nova redação ao art. 394 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o procedimento será comum ou especial. O primeiro (comum) dividir-se-á em ordinário, destinado aos ilícitos cuja pena máxima abstratamente cominada for igual ou superior a quatro anos; sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima for inferior a quatro anos; e por fim o sumaríssimo, para as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, para os delitos cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

No § 2º do citado art. 394, estabeleceu-se que se aplica a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário do CPP ou de lei especial. No nosso entender, pretendeu-se com essa disposição estabelecer que se deve adotar como regra geral, qualquer que tenha sido o ilícito levado a efeito, o procedimento comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo) instituído no Código de Processo Penal, salvo quando, diante das peculiaridades do crime e da necessidade de se desenvolver uma persecução penal *especial* (como é o caso dos crimes dolosos contra a vida), o legislador tenha previsto no próprio CPP ou em lei esparsa um rito diferenciado.

Em razão dos propósitos deste estudo, analisar-se-á com maiores detalhes o procedimento comum ordinário por ser o mais completo e até em razão de o procedimento sumário não se distinguir substancialmente dele, salvo quanto à pena máxima prevista para o crime (inferior a quatro anos), ao número de testemunhas que cada parte poderá arrolar (cinco testemunhas), ao prazo de realização da audiência de instrução e julgamento (trinta dias) e à não previsão, para o procedimento sumário, de requerimento de diligências complementares, oferecimento de memoriais escritos e conclusão dos autos para sentença.

Com efeito, a Lei n. 11.719/2008 alterou completamente todo o procedimento comum ordinário; do anterior nada ou quase nada restou, praticamente todos os artigos relativos a esse procedimento foram alterados, parcial ou integralmente, ou simplesmente foram revogados. O assunto encontra-se disciplinado nos arts. 395 a 405 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, estabeleceram-se no art. 395 do CPP as hipóteses de rejeição da inicial acusatória, autorizando, assim, o magistrado a nem sequer receber a denúncia ou queixa quando verificar de plano a falta de justa causa para a deflagração da persecução penal em Juízo, a ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou quando a petição inicial for manifestamente inepta.

Como passo seguinte, o art. 396 introduziu a primeira das alterações significativas ao procedimento ordinário, qual seja, a possibilidade de o acusado oferecer resposta inicial. Segundo esse dispositivo legal, não sendo a hipótese de rejeição da inicial acusatória, o magistrado, após receber a denúncia ou queixa-crime, deverá citar o acusado para oferecer-lhe resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias, oportunidade em que poderá alegar toda a matéria de defesa em seu favor. Conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 627), objetiva-se, com a previsão de tal espécie de defesa, conferir ao acusado a possibilidade de “[...] convencer o magistrado, *ab initio*, que a lide deve chegar ao fim, com resolução do mérito, num julgamento antecipado favorável à defesa [...]”.

A resposta à inicial, nos termos do § 2º do art. 396-A do CPP, é peça obrigatória. Registre-se, ademais, que ela não tem similitude com a defesa prévia antes regradada pelo Código de Processo Penal, que não tinha outra utilidade senão a de apresentar rol de testemunhas. Agora, o juiz tem autorizativo legal expresso para julgar antecipadamente a lide penal quando estiver comprovada situação fática ou jurídica que autorize provimento que afaste o pedido condenatório – trata-se do instituto que se convencionou chamar de absolvição sumária, previsto no art. 397 do CPP.

Dispositivo pouco comentado, mas que ao nosso sentir também constitui uma das mais relevantes novidades trazidas pela Lei n. 11.719/2008,

é o § 2º do art. 399 do CPP, que trouxe para o processo penal o instituto da identidade física do juiz, já há muito tempo previsto no ordenamento processual civil, por meio do qual determina-se que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Buscou-se com esse dispositivo, em consonância com o espírito da reforma, dar maior eficiência à atuação jurisdicional, mediante a prolação de um édito mais próximo da realidade dos fatos, pois não há dúvidas de que o magistrado que esteve fisicamente presente à audiência (que conforme se verá é una, ou seja, numa só assentada se produzem todas as provas) e que teve contato direto com as testemunhas e com o réu terá melhores condições de proferir sentença do que o juiz que simplesmente tem contato com os depoimentos transcritos (ainda uma realidade no nosso judiciário), ou mesmo aquele que se limitou a assistir ao vídeo da audiência; pois, obviamente, este último método, apesar de mais eficiente que o primeiro (mera transcrição dos depoimentos), não é capaz de transmitir as mesmas impressões do contato pessoal.

Registre-se ainda, quanto ao disposto no § 2º do art. 399 do CPP, que o Superior Tribunal de Justiça tem sufragado de forma reiterada que o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto. À míngua de regulação específica no Código de Processo Penal, deve incidir analogicamente o disposto no art. 132 do CPC, que ressalva as hipóteses em que o magistrado que presidiu a instrução não ficará vinculado ao julgamento da lide. Nesse sentido o seguinte julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 158, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA LEI Nº 11.719/08. DEFESA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR DE QUE FORMA, OU EM QUE PONTO, O POSTULADO FOI OFENDIDO. SUBSTITUIÇÃO DE MAGISTRADOS, NO JUÍZO, QUE DEVE SER TIDA POR VÁLIDA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. 1. No caso, a sentença condenatória foi prolatada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, que modificou o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, motivo pelo qual nenhum

Magistrado ficou vinculado ao feito, inexistindo violação ao princípio da identidade física do juiz. Precedentes. 2. Ademais, o princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei nº 11.719/2008, ex vi do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes. [...]. 5. Recurso em habeas corpus desprovido. (RHC 33.593/RJ, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 1º.10.2013, DJe 10 out. 2013).

Continuando a análise do procedimento comum ordinário, passa-se à inovação considerada por muitos a mais relevante instituída pela Lei n. 11.719/2008, qual seja, aquela trazida pelo art. 400 do CPP. Neste dispositivo, ao tempo em que se estabeleceu o prazo máximo para a realização da audiência de instrução e julgamento (sessenta dias, lembrando que no procedimento sumário o prazo é de trinta dias), o legislador elencou a ordem em que será produzida a prova oral na audiência, determinando:

[...] proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

A questão mais significativa desse artigo diz respeito à transferência do momento do interrogatório do réu, que antes da reforma acontecia no início da instrução probatória e agora passou a ser o último ato processual da audiência una, ou seja, pretendeu-se com tal alteração realçar a ampla defesa do acusado, que apenas apresentará sua versão dos fatos (autodefesa) após ter tido contato com todo o material probatório produzido.

Em razão disso, a doutrina, à unanimidade, passou a asseverar que, se antes havia certo vacilo em qualificar o interrogatório como ato de defesa ou de prova, não há dúvidas de que, a partir dessa ino-

vação legislativa, a oitiva do réu passou a ter caráter preponderantemente de ato de defesa, sem, obviamente, perder a natureza de meio de prova, embora em menor grau. Nesse sentido, a lição de Alexis Couto de Brito e outros em *Recentes reformas processuais* (2008), o qual, ao comentar o art. 400 do CPP, consignou:

A mais importante modificação, contudo, reside em posicionar o interrogatório como ato de encerramento (e não mais de abertura) da fase de instrução, o que permite ao acusado exercer a sua autodefesa (direito de audiência) em relação a todas as provas anteriormente produzidas, salientando assim a feição de meio de defesa do interrogatório (a par de ser um meio de prova, ainda que eventualmente, em face do direito ao silêncio).

Também de grande importância e merecedor de destaque é o § 1º do art. 400 do CPP, que trouxe a regra da concentração da prova em audiência única, ou seja, dever-se-á proceder à oitiva do ofendido (caso haja, obviamente), dos peritos, das testemunhas arroladas pelas partes e ao interrogatório do acusado em uma única audiência, disposição esta editada em consonância com o postulado constitucional previsto no inciso LXXVIII, que foi acrescido ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45<sup>1</sup>, que consagrou o dever de se assegurar a todos a duração razoável do processo, determinação dirigida não apenas ao judiciário mas também ao legislativo.

Da mesma forma e também imbuído em dar maior celeridade ao processo penal, prestigiando-se o princípio da oralidade, estabeleceu-se no art. 403 e parágrafos do CPP que, naquela mesma audiência para a produção da prova oral, as partes deverão oferecer alegações finais orais, assim como, nessa mesma assentada, o magistrado deverá proferir sentença. O artigo em questão excetua essa concentração, tão somente, quando houver necessidade da realização de diligências complementares cuja necessidade tenha surgido no transcorrer da instrução ou quando pela complexidade da causa ou pela grande quantidade

<sup>1</sup> Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

de acusados o magistrado entenda melhor proferir sentença escrita, hipóteses em que se dará vista dos autos às partes para o oferecimento de alegações finais escritas.

Como se vê, não há dúvidas de que a concentração dos atos probatórios, alegações finais e prolação de sentença, tudo em uma única audiência, desburocratiza o procedimento, dando, assim, maior celeridade ao feito penal, trazendo benefícios não apenas à vítima e à sociedade, que terão uma resposta estatal mais rápida quanto à alegada transgressão do ordenamento jurídico, como também ao acusado que, obviamente, tem interesse (ou pelo menos deveria ter) que o litígio seja o mais rapidamente resolvido a fim de ter sua inocência declarada, ou, caso contrário, de cumprir a sanção que porventura lhe for imposta.

Nesse sentido lecionam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 54) “[...] o direito à celeridade pertence tanto à vítima como ao réu. Objetiva-se assim evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena”.

Mais uma vez inovando, a Lei n. 11.719/2008 trouxe no art. 405 do CPP, como regra, que o registro da audiência será realizado por meio audiovisual. Objetivou-se com isso, além de imprimir maior celeridade e dinâmica ao desenrolar da audiência – visto que não será mais necessário o ditado do juiz para a transcrição do depoimento das testemunhas e interrogatório do réu –, propiciar ao magistrado sentenciante, caso não tenha sido ele o mesmo que presidiu a instrução, um contato mais eficiente com a prova, porquanto não há dúvidas de que, mesmo que não seja tão proveitosa quanto o contato pessoal, a gravação da audiência passa muito mais segurança ao julgador do que uma mera folha de papel contendo o que fora dito pela testemunha, ofendido, perito ou acusado.

Em suma, essas foram as principais novidades instituídas pela Lei n. 11.719/2008 ao procedimento comum ordinário, as quais deram concretude no âmbito da legislação infraconstitucional aos princípios do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo, todos estampados na Constituição Federal de 1988.

Por fim, não é demais repisar que o procedimento sumário praticamente não se diferencia do procedimento ordinário, enquanto o procedimento sumaríssimo, destinado aos ilícitos de menor potencial ofensivo, está regulado na Lei n. 9.099/1995, que estabelece sua aplicação aos crimes cuja sanção máxima abstratamente cominada não ultrapasse dois anos, trazendo, ademais, exceções aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, como são os casos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

### **3 Do procedimento processual penal previsto no Código Eleitoral**

O Direito Eleitoral tem seu próprio regramento em matéria processual, insculpido nos arts. 355 a 364 do Código Eleitoral.

O primeiro dispositivo (art. 355) determina que todos os crimes eleitorais serão perseguidos por ação penal pública incondicionada. Dessa forma, no âmbito do processo penal eleitoral, inexistem as figuras da ação penal privada autônoma ou de ação pública sujeita a representação (conforme se verá adiante, trata-se do único dispositivo efetivamente *especial* que consta no Código).

Tal opção legislativa se justifica porquanto o bem jurídico tutelado por todos os ilícitos eleitorais, em última análise, é a regularidade e higidez do próprio regime democrático. Em consequência, independentemente do ilícito eleitoral que tenha sido levado a efeito, a sociedade será a maior lesada, pois se vê inserida em um pleito viciado e ilegítimo, seja porque houve inscrição ou transferência fraudulenta de eleitores, pela violação da honra de outrem na propaganda eleitoral, seja porque se perpetrou a famigerada corrupção eleitoral etc.

Não é demais consignar que a moderna doutrina penal tem admitido a proteção ao chamado *bem jurídico penal coletivo*, segundo o qual, não obstante a eventual lesão de bens jurídicos pertencentes a pessoa(s) determinada(s), diante da concreta possibilidade de também atingir o sistema social, o interesse deste último (toda a coletividade) deverá prevalecer, e é, justamente, nesta última categoria que se inserem os



ilícitos penais eleitorais. Nesse sentido o ensinamento de Gianpaolo Poggio Smanio (2004):

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico.

Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico, conforme já assentamos neste trabalho, cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas sim reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Assim, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN demonstram a existência de *bens jurídicos individuais*, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e *bens jurídicos coletivos*, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, conforme se vê da ementa a seguir transcrita:

Habeas corpus. Pretensão. Trancamento. Ação penal. Decisão regional. Concessão parcial. Recurso ordinário. Crimes contra a honra. Ação penal pública incondicionada. Art. 355 do Código Eleitoral. Nulidade. Denúncia. Inexistência.

1. Nos termos do art. 355 do Código Eleitoral, os crimes eleitorais são apurados por meio de ação penal pública incondicionada.

2. Conforme já assentado por esta Corte Superior (Recurso Especial n. 21.295, rel. min. Fernando Neves), em virtude do interesse público que envolve a matéria eleitoral, não procede o argumento de que o referido art. 355 admitiria ação penal pública condicionada à manifestação do ofendido ou de seu representante legal.

3. Em face disso, não há falar em nulidade da denúncia, por crime de calúnia previsto no art. 324 do Código Eleitoral, sob a alegação de ausência de representação ou queixa dos ofendidos.

Recurso a que se nega provimento. (Recurso em Habeas Corpus n. 113, Acórdão de 20.5.2008, rel. min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Publicação: *DJ* de 16 jun. 2008, p. 26).

Registre-se, ademais, que se tem admitido o manejo de ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que ocorre a inércia do órgão ministerial. Assim, nos ilícitos eleitorais em que houver um indivíduo mediamente atingido pela conduta ilícita – por exemplo, nos crimes contra a honra praticados no âmbito da propaganda eleitoral, caso o representante do Ministério Público não requeira a realização de diligências complementares ou, diante da prova da existência do crime bem como de indícios suficientes da respectiva autoria, não promova a competente ação penal no tempo e modo oportunos –, estará a pessoa também atingida autorizada a manejar queixa-crime subsidiária. Nesse sentido decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

Recurso especial. Crime eleitoral. Ação penal privada subsidiária. Garantia constitucional. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Cabimento no âmbito da Justiça Eleitoral. Arts. 29 do Código de Processo Penal e 364 do Código Eleitoral. Ofensa. 1. A ação penal privada subsidiária à ação penal pública foi elevada à condição de garantia constitucional, prevista no art. 5º, LIX, da Constituição Federal, constituindo cláusula pétrea. 2. Na medida em que a própria Carta Magna não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária, nos processos relativos aos delitos previstos na legislação especial, deve ser ela admitida nas ações em que se apuram crimes eleitorais. 3. A queixa-crime em ação penal privada subsidiária somente pode ser aceita caso o representante do Ministério Público não tenha oferecido denúncia, requerido diligências ou solicitado o arquivamento de inquérito policial, no prazo legal. 4. Tem-se incabível a ação supletiva na hipótese em que o representante do Ministério Público postulou providência ao juiz, razão pela qual não se pode concluir pela sua inércia. Recurso conhecido, mas improvido. (Recurso Especial Eleitoral n. 21.295, Acórdão n. 21.295 de 14.8.2003, rel. min.

Fernando Neves da Silva. Publicação: *DJ*, volume 1, 17 out. 2003, p. 131, *RJTSE*, volume 14, Tomo 4, p. 227).

A competência para o processamento e julgamento dos crimes eleitorais é exclusiva da Justiça Eleitoral, competência esta estabelecida em razão da matéria, salvo no tocante aos ilícitos perpetrados pelo presidente da República, deputados federais, senadores; enfim, por autoridade que detenha prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, hipótese em que caberá ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro processar e julgar o acusado, porquanto, segundo o STF, para fins de apuração de sua competência originária, crime eleitoral se ajusta à noção de crime comum. Nesse sentido o seguinte precedente:

EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Originária. Parlamentar. Deputado federal. Inquérito policial. Crime eleitoral. Crime comum para efeito de competência penal original do Supremo. Feito da competência deste. Reclamação julgada procedente. Precedentes. Inteligência do art. 102, I, “b”, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que deputado federal é suspeito da prática de crime eleitoral. (Rcl n. 4.830, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17.5.2007, *DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15 jun. 2007 DJ 15 jun. 2007 PP-00021 EMENT VOL-02280-02 PP-00362 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 493-496).*

Por sua vez, dispõe o art. 356 que o cidadão que tiver conhecimento da prática de um crime eleitoral “deverá” comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde ela se verificou. Tal norma é de duvidosa constitucionalidade; pois, além de estabelecer uma obrigatoriedade ao cidadão comum de comunicar a ocorrência de crime, aparentemente atribui ao juiz eleitoral competência exclusiva para o recebimento de tal delação, suprimindo, dessa forma, o papel do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 129, I, da Constituição. Não se quer aqui dizer que a autoridade judiciária não pode ser destinatária de *delatio criminis*; mas conferir-lhe exclusividade para tal, suprimindo ou não prevendo igual providência perante o representante do Ministério Público, ou quiçá para a autoridade policial, é, no mínimo, repise-se, de constitucionalidade duvidosa.

Ora, se todos os crimes eleitorais são perseguidos por ação penal pública incondicionada, é incabível suprimir do órgão ministerial o conhecimento de notícia de crime formulada por qualquer cidadão, bem como a adoção das respectivas providências, seja no sentido de requisitar a instauração do competente inquérito policial, seja no de deflagrar, de imediato, a respectiva persecução penal em juízo caso a *delatio criminis* esteja devidamente instruída com prova da materialidade do ilícito e traga indícios da autoria delitiva.

O dispositivo em questão (art. 356 do Código Eleitoral) só evidencia a defasagem do procedimento processual penal previsto no Código, o qual está em total dissonância com a vigente ordem constitucional.

Contudo, ao que parece esse não é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, pois ao aprovar a Resolução n. 23.396/2014, que dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais nas eleições gerais de 2014, repetiu, *ipsis litteris*, o disposto no art. 356 do Código Eleitoral e ainda foi além ao determinar no seu art. 5º que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da prática de infração penal eleitoral, deverá informá-la imediatamente ao Juízo Eleitoral competente (o correto, com todo o respeito, seria o envio das peças para o titular da ação penal e não para o Juízo, sem prejuízo de a autoridade policial instaurar, de ofício, o procedimento inquisitorial). E não é só, a resolução previu no art. 6º a possibilidade de o juiz eleitoral requisitar diretamente à revelia do Ministério Público, repise-se, titular exclusivo da ação penal eleitoral, a instauração de inquérito policial. Por fim, o art. 8º daquela resolução sacramentou que “O inquérito policial somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral”, ressaltando, tão somente, a hipótese de flagrante delito, quando então, nesta única situação, o procedimento inquisitorial poderá ser instaurado de ofício pela autoridade policial ou mediante requisição do Ministério Público Eleitoral<sup>2</sup>.

Tais disposições ferem de morte o sistema acusatório adotado na Constituição Federal de 1988, bem como o princípio da imparcia-

<sup>2</sup> O STF, ao julgar medida cautelar requerida pelo PGR na ADI 5.104, suspendeu, por maioria de votos, a eficácia do art. 8º da Resolução n. 23.396/2014, vencidos os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

lidade do juiz, porquanto não há dúvidas de que, ao desempenhar um papel ativo na fase pré-processual, podendo, inclusive, requisitar a instauração de inquérito policial, haverá uma vinculação psicológica do julgador que, provavelmente, não terá a necessária isenção para julgar. Além do mais, as disposições em referência suprimem de forma inconstitucional a atuação do Ministério Público na *persecutio criminis*.

Em seguida, prevê o art. 357 que “verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de dez dias”. Não ressalva o dispositivo em questão, contudo, se tal prazo se aplica tanto a réu preso quanto ao solto, o que nos leva à conclusão que incide em ambos os casos, ou seja, independentemente da situação do acusado, o órgão ministerial terá dez dias para apresentar a inicial acusatória. Há, contudo, quem defenda que

[...] tratando-se de indiciado preso, o prazo para o oferecimento da denúncia não pode ser o ordinário, de 10 (dez) dias, previsto no Código Eleitoral, mas aquele definido no Estatuto Processual Penal, que é o diploma que deve ser aplicado no silêncio do primeiro, ou seja, 5 (cinco) dias (PONTE, 2010).

Os parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 357 do Código Eleitoral trazem mais uma previsão esdrúxula desse diploma, no sentido de que, caso o representante do Ministério Público Eleitoral não ofereça denúncia no prazo legal (10 dias), o juiz eleitoral ou qualquer cidadão, desde que o primeiro quede-se inerte, representará contra o promotor eleitoral a fim de apurar sua responsabilidade, inclusive penal.

Sabe-se que vige no processo penal o princípio da obrigatoriedade, ou seja, diante de elementos suficientes que autorizem a deflagração de uma persecução penal em juízo, estará o representante ministerial obrigado a oferecer a respectiva denúncia. Trata-se, portanto, de dever funcional. Contudo, não se pode imputar responsabilidade ao órgão ministerial simplesmente porque ele deixou transcorrer o respectivo prazo, pois, como se sabe, várias circunstâncias, reconhecidas inclusive pela jurisprudência, autorizam a extrapolação do prazo para o oferecimento de denúncia sem a configuração, sequer, de constrangimento ilegal, como, por exemplo, a complexidade do caso e a grande quantidade de acusados.

Obviamente, caso haja indícios de que o representante do Ministério Público atuou de forma desidiosa para satisfazer sentimento pessoal ou mediante a prática de qualquer outra conduta ilícita, impõe-se a representação/apuração, regra que se estende inclusive ao magistrado que porventura atue dessa forma, sendo desnecessária previsão nesse sentido no estatuto processual.

Em seguida o Código Eleitoral, no art. 358, elenca as hipóteses em que a denúncia será rejeitada, quais sejam, quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa e, por fim, quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição para o exercício da ação penal.

Se não for o caso de rejeição da inicial acusatória (art. 358, do Código Eleitoral), o juiz, ao tempo em que receber a denúncia, designará audiência para proceder ao “depoimento” [sic] do acusado (o Código Eleitoral referiu-se a depoimento pessoal do acusado, quando na realidade queria dizer, obviamente, interrogatório). A partir da realização desse ato processual (interrogatório), inicia-se o prazo para oferecimento de alegações escritas (10 dias), oportunidade em que deverá ser apresentado o respectivo rol de testemunhas, sob pena de preclusão, tudo conforme previsão disposta no art. 359 e seu parágrafo único, do Código Eleitoral.

Passo seguinte, após o interrogatório e a apresentação da defesa escrita, serão designadas audiências, uma para a oitiva das testemunhas da acusação e outra para se colher o depoimento das testemunhas arroladas pela defesa, abrindo-se em seguida, após a realização de diligências eventualmente requeridas pelo Ministério Público e deferidas pelo juiz, vista dos autos às partes para oferecimento de alegações finais no prazo de cinco dias. Em seguida os autos serão conclusos ao juiz para proferir sentença no prazo de dez dias (veja que, ao contrário do previsto quanto à desídia do representante ministerial para o oferecimento de denúncia, o Código Eleitoral não previu qualquer providência que visasse apurar responsabilidade do magistrado no caso de este não obedecer ao prazo estipulado para proferir sentença), tudo conforme disposto nos arts. 359, 360 e 361 do Código Eleitoral.

Como se vê, o procedimento do Código Eleitoral, que prevê como primeiro ato processual, após o recebimento da denúncia, a realização de audiência de interrogatório do acusado – passando pelo oferecimento de defesa escrita, momento em que se deverá apresentar o respectivo rol de testemunhas – e posterior realização de mais duas audiências de instrução – uma para a oitiva das testemunhas de acusação e outra para as de defesa –, finalizando com a apresentação de alegações finais escritas – isso não antes da abertura de vistas às partes para se manifestar sobre a regularidade do feito e o interesse na realização de diligências complementares –, em muito se assemelha ao rito previsto no Código de Processo Penal antes da reforma implementada pela Lei n. 11.719/2008.

Por fim, dispõe o art. 364 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes foram conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

Logo, nos termos do artigo acima transcrito, a Justiça Eleitoral será competente não apenas para processar e julgar os crimes eleitorais mas também os comuns que forem conexos com aqueles. Ademais, para tanto, dever-se-á aplicar o *iter* previsto no próprio Código Eleitoral, lançando-se mão do disposto no Código de Processo Penal apenas de forma subsidiária ou supletiva.

Registre-se que essa última parte do dispositivo em enfoque, consagrada do princípio da subsidiariedade, justificava-se na medida em que o procedimento previsto no Código Eleitoral, datado de 1965, conforme supra registrado, compatibilizava-se com o procedimento previsto no Código de Processo Penal, de 1941. Portanto, nada mais natural que o segundo (CPP), até então considerado lei geral ou comum, só tivesse aplicação no primeiro (CE), reputado como norma especial e posterior, nas hipóteses de omissão deste.

Contudo, notadamente após o advento da Lei n. 11.719/2008, esse panorama mudou radicalmente; pois, conforme anteriormente registrado, os procedimentos processuais penais previstos no Código

de Processo Penal e no Código Eleitoral não mais possuem pontos de congruência. Essa lei (11.719/2008), que trouxe modernidade, eficiência e celeridade ao processo penal comum, alterou radicalmente este procedimento, consagrando no Código de Processo Penal institutos e princípios constitucionais atualmente em vigor, como, por exemplo, ampla defesa, contraditório, duração razoável do processo e, acima de tudo, pacificação social eficiente, razão pela qual, no nosso entender, o Código Eleitoral – pelo menos nessa parte cujos dispositivos encontram-se em vigor desde a sua promulgação em 1965, forjados sob outra ordem constitucional – atualmente não deve mais ser considerado norma especial para fins do disposto na parte final do § 2º do art. 394 do CPP.

#### **4 Dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou ao longo do seu texto, e expressamente no art. 5º, LV, a garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, com natureza de cláusula pétrea, do exercício do contraditório e da ampla defesa, não apenas no sentido de possibilitar às partes a manifestação em processos judiciais e administrativos mas, principalmente, como uma pretensão à tutela jurídica plena e eficaz.

Conforme ensina Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2010, p. 34):

O princípio do contraditório, também denominado audiência bilateral, é aquele que faculta à parte, em um processo judicial ou mesmo administrativo, e aos acusados em geral, a chance de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos produzidos pela parte contrária. Decorre desse princípio a necessidade de concessão de igualdade de tratamento a ambas as partes de uma relação processual.

O princípio da ampla defesa, ao seu turno, é aquele que confere à parte, num processo, a possibilidade de trazer aos autos todas as suas alegações e provas que considerar úteis a sua plena defesa, à garantia de seus direitos.

Com efeito, até em razão do bem jurídico veiculado, não há dúvidas de que o contraditório e a ampla defesa são o cerne ao redor do qual se desenvolve o Processo Penal. Não se trata de mero direito, mas de uma dupla garantia: do acusado e do justo processo; é uma condição legitimante da própria jurisdição.

Dessa forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa têm reflexos importantes dentro do Direito Processual Penal, pois norteiam a aplicação das regras infraconstitucionais e visam ao fiel respeito e salvaguarda dos preceitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Portanto, tais princípios, como se vê, dirigem-se não apenas ao legislador, o qual, ao aprovar leis que envolvam restrições de direitos (o processo penal lida com a liberdade da pessoa, que é colocada em risco), deverá garantir ao demandado o acesso aos meios e instrumentos necessários ao exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa (como fez ao aprovar a reforma do CPP), como também ao juiz, que deverá propiciar ao acusado as condições necessárias ao exercício eficaz de sua defesa, interpretando, se for o caso, os respectivos ordenamentos legais em consonância com os princípios constitucionais em referência<sup>3</sup>.

## 5 Aplicabilidade do rito previsto no Código de Processo Penal aos crimes eleitorais

Após transcorridos mais de cinco anos desde a entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, que, conforme visto, alterou de forma significativa o procedimento penal comum, adequando-o à nova ordem constitucional, a jurisprudência e a doutrina ainda não chegaram a um acordo quanto à possibilidade, ou não, de aplicação dessas novas disposições ao procedimento processual penal previsto no Código Eleitoral.

<sup>3</sup> Conforme ensina Antônio Scarance Fernandes, ao citar Ada Pellegrini Grinover, é indispensável “[...] ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais [...]”.

Com efeito, em um primeiro momento, o Tribunal Superior Eleitoral pareceu caminhar pela não aplicabilidade das inovações em referência, tendo em consideração o princípio da especialidade. Assim, o TSE, à unanimidade de votos, sufragou em 19 de março de 2013, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 429-94.2012.6.16.0000, a não aplicação das regras procedimentais trazidas pela Lei n. 11.719/2008 à persecução dos crimes eleitorais. A ementa do acórdão restou vazada nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. INOVAÇÕES. CPP. APLICAÇÃO. PROCESSO PENAL ELEITORAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 – As inovações do CPP introduzidas pela Lei 11.719/2008 não incidem no procedimento dos crimes eleitorais, pois o Código Eleitoral disciplina especificamente a matéria e consiste em lei especial, não podendo ser afastada por lei posterior de caráter geral. Precedente.

2 – Recurso desprovido (TSE, RHC 429-94.2012, rel. min. Nancy Andrighi, julgado em 19.3.2013).

Contudo, posteriormente, em 16 de maio de 2013, no julgamento do Habeas Corpus n. 84.946 (acórdão pendente de publicação), o Tribunal Superior Eleitoral deu uma reviravolta no seu entendimento ao aceitar a incidência das inovações da Lei n. 11.719/2008 aos processos que tenham como objeto a persecução penal de um crime eleitoral.

Ao que parece, esse último entendimento é o que prevalece no Tribunal Superior Eleitoral (pelo menos na atual composição daquela Corte), porquanto ao editar a já citada Resolução n. 23.396/2013, que dispôs sobre a apuração de crimes eleitorais nas eleições de 2014 (participaram da sessão que aprovou aquele ato normativo os ministros Marco Aurélio, Presidente; Dias Toffoli, Relator; Gilmar Mendes; João Otávio de Noronha; Henrique Neves da Silva; e as ministras Laurita Vaz e Luciana Lóssio), estabeleceu-se no art. 13 o seguinte comando, *in verbis*:

Art. 13. A ação penal eleitoral observará os procedimentos previstos no Código Eleitoral, com aplicação obrigatória dos artigos 395, 396,

396-A, 397 e 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008. Após essa fase aplicar-se-ão os artigos 359 e seguintes do Código Eleitoral.

Mesmo sinalizando-se um primeiro passo normativo em direção à efetiva aplicação do novo procedimento instituído pela Lei n. 11.719/2008 ao processo penal eleitoral, não se pode deixar de ter presente que o citado art. 13 da Resolução n. 23.396/2013 do TSE traz em seu bojo incoerências que provavelmente criarão dúvidas aos aplicadores do Direito.

A título de exemplo, ao tempo em que determina a obrigatoriedade de aplicação do disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, que, entre outras inovações, transferiu o interrogatório do acusado para o último ato da instrução, o referido dispositivo da mencionada resolução dispôs que se deve aplicar também o art. 359 do Código Eleitoral, que tem redação diametralmente oposta à do art. 400 do CPP, ou seja, afirma que o “depoimento” [sic] do acusado será o primeiro ato processual a ser realizado, antes mesmo da oitiva das testemunhas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão relativa à aplicação das inovações da Lei n. 11.719/2008 à persecução de crimes cujo procedimento penal esteja previsto em lei especial não é tranquila.

No tocante à Lei de Drogas, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro tem sufragado, de forma reiterada, que as disposições procedimentais previstas na Lei n. 11.343/2006 prevalecem sobre o procedimento penal comum por se tratarem de normas especiais, independentemente de qualquer outra cogitação. Nesse sentido, há o seguinte precedente:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59

do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, rel. min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido. (RHC 116713, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, *DJe*-120 DIVULG 21 jun. 2013 PUBLIC 24 jun. 2013).

Especificamente quanto ao processo penal eleitoral, ainda não houve manifestação colegiada do Supremo Tribunal Federal (seja do plenário, seja das turmas) sobre a aplicação das inovações processuais objeto deste estudo do procedimento penal eleitoral. Contudo, em decisão monocrática, o ministro Celso de Mello, ao apreciar medida cautelar requerida no Habeas Corpus n. 107.795/SP, deixou evidenciado seu entendimento de que as inovações introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 no processo penal comum aplicam-se à persecução dos crimes eleitorais. Vale a transcrição da ementa dessa decisão, repita-se, monocrática<sup>4</sup>:

CRIME ELEITORAL. PROCEDIMENTO PENAL DEFINIDO PELO PRÓPRIO CÓDIGO ELEITORAL (“LEX SPECALIS”). PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO NOVO “ITER” PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008, QUE INTRODUZIU ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (“LEX GENERALIS”). ANTINOMIA MERAMENTE APARENTE, PORQUE SUPERÁVEL MEDIANTE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE (“LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI”). CONCEPÇÃO ORTODOXA QUE PREVALECE, ORDINARIAMENTE, NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ANTINÔMICOS QUE OPÕEM LEIS DE CARÁTER GERAL ÀQUELAS DE CONTEÚDO ESPECIAL. PRETENDIDA UTILIZAÇÃO DE FATOR DIVERSO DE SUPERAÇÃO DESSA ESPECÍFICA ANTINOMIA DE PRIMEIRO

<sup>4</sup> Decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello em 28 de outubro de 2011.

GRAU, MEDIANTE OPÇÃO HERMENÊUTICA QUE SE MOSTRA MAIS COMPATÍVEL COM OS POSTULADOS QUE INFORMAM O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VALIOSO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 528-AGR/DF), REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI). NOVA ORDEM RITUAL QUE, POR REVELAR-SE MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO (CPP, ARTS. 396 E 396-A, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.719/2008), DEVERIA REGER O PROCEDIMENTO PENAL, NÃO OBSTANTE DISCIPLINADO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NOS CASOS DE CRIME ELEITORAL. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DESSA POSTULAÇÃO. OCORRÊNCIA DE “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Deixando evidente que o tema em questão está longe de ser pacífico, não se pode deixar de ter presente que, ao lançar parecer quanto ao mérito do Habeas Corpus anteriormente citado, a Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques opinou pela denegação da ordem, porquanto, no seu entender,

[...] considerando que o Código Eleitoral prevê rito próprio para o processo e julgamento dos crimes eleitorais, a sua aplicação é de rigor. O rito previsto no Código de Processo Penal, lei geral que é, não é aplicado para os procedimentos insertos nas legislações especiais, como, por exemplo, a Lei 11.343/06 ou Lei 11.340/06, salvo caráter supletivo.

Na doutrina o tema em enfoque também não é tranquilo. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 65), em *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, quando registra os diferentes posicionamentos dos tribunais, consigna sua opinião quanto à inaplicabilidade das inovações legislativas ao processo penal eleitoral, “[...] entendemos que, em face do caráter subsidiário e supletivo da aplicação do Código de Processo Penal, deve prevalecer o rito previsto no Código Eleitoral, sem que isso, de qualquer forma, seja ofensivo ao direito de defesa”.

Roberto Moreira de Almeida (2003, p. 619), por seu turno, defende a aplicabilidade das disposições procedimentais do Código de Processo Penal trazidas pela Lei n. 11.719/2008 à Justiça Eleitoral. Registra aquele autor:

Com o advento da Lei n. 11.719/2008, de 23 de junho de 2008, que derogou o Código de Processo Penal, entendemos ser plenamente cabível a adoção pela Justiça Eleitoral de primeiro grau dos procedimentos comum ordinário, comum sumário e comum sumaríssimo, tal qual estatuído no novel diploma normativo.

Consigne-se, ademais, por oportuno, que, no tocante à aplicação da Lei n. 9.099/1995, que trata dos juizados especiais cíveis e criminais, a jurisprudência não vacila, sendo unânime o entendimento de terem os institutos despenalizadores lá previstos (transação penal e suspensão condicional do processo) incidência nos crimes eleitorais. Veja-se, a propósito, a seguinte decisão, que evidencia não ser de hoje esse entendimento do Tribunal Superior Eleitoral:

PROCESSO PENAL ELEITORAL - LEIS n. 9.099/95 e 10.259/2001 - APLICABILIDADE. As Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001, no que versam o processo relativo a infrações penais de menor potencial ofensivo, são, de início, aplicáveis ao processo penal eleitoral. A exceção corre à conta de tipos penais que extravasem, sob o ângulo da apenação, a perda da liberdade e a imposição de multa para alcançarem, relativamente a candidatos, a cassação do registro, conforme é exemplo o crime do artigo 334 do Código Eleitoral. (Recurso Especial Eleitoral n. 25/137, Acórdão n. 25/137 de 7.6.2005, rel. min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Publicação: *DJ*, volume I, 16.9.2005, p. 173 RJTSE, volume 16, Tomo 3, p. 415).

Portanto, como se vê, apesar de haver, hodiernamente, uma tendência de se aceitar a aplicação das inovações procedimentais introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 ao processo penal eleitoral, a matéria ainda mostra-se controversa, seja no âmbito jurisprudencial, seja no doutrinário.

Visto que o intuito do presente artigo não é apenas apresentar tal controvérsia mas também se posicionar acerca da matéria, registro que me alinho à corrente que entende pertinente se aplicarem, na sua integralidade, as atuais disposições procedimentais comuns ao processo penal eleitoral previsto no Código Eleitoral.

Antes de mais nada, registre-se que, de fato, tanto o Código de Processo Penal quanto o Código Eleitoral consagram o princípio da especialidade como método de sanar eventuais antinomias verificadas entre aqueles estatutos normativos. Dessa forma, segundo previsto no art. 394, § 2º, do CPP e no art. 364 do Código Eleitoral, o procedimento penal comum só será aplicado no âmbito do procedimento penal eleitoral quando este for omissivo, ou seja, terá aplicação apenas subsidiária ou supletiva. Dispõem aqueles dispositivos:

Art. 394. [...]

Parágrafo 2º. Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

Contudo, diante das inovações introduzidas pela Lei n. 11.719/2008, que adequaram o procedimento penal comum aos atuais postulados e princípios constitucionais processuais, como por exemplo, ampla defesa, contraditório e duração razoável do processo, impõe-se proceder a uma nova *leitura* do princípio da especialidade ou subsidiariedade, notadamente no tocante à antinomia atualmente verificada entre as normas procedimentais previstas no Código de Processo Penal e no Código Eleitoral.

Ora, conforme já demonstrado neste estudo, as novas disposições do procedimento processual penal comum, introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 – obrigatoriedade de defesa escrita inicial, realização do interrogatório ao final da instrução, concentração da audiência, consagração dos princípios da identidade física do juiz e da oralidade –, ao adequarem as normas do processo penal comum à atual ordem constitucional, trouxeram enormes benefícios não apenas para o acusado, que poderá exercer de modo mais eficaz a sua defesa, mas também à vítima e, em última análise, à própria sociedade, porquanto terão uma resposta estatal mais célere após a deflagração da persecução penal em juízo.

Por outro lado, as disposições procedimentais previstas no Código Eleitoral foram forjadas em outra realidade constitucional, não tão (ou nada) consentânea com os postulados da ampla defesa, contraditório, duração razoável do processo etc.

Dessa forma, impõe-se resolver a presente antinomia à luz das disposições constitucionais atualmente em vigor, pois, conforme ensina Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 27), ao citar Ada Pellegrini Grinover, é indispensável “[...] ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais [...]”, bem como “[...] verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição [...]”.

Assim, conforme bem pontuado pelo ministro Celso de Mello, na apreciação da medida cautelar requerida no HC n. 107.795/SP já citado, impõe-se, na espécie, a superação do critério da especialidade, a fim de prevalecerem, quanto à solução da antinomia verificada entre a norma procedimental comum, prevista no CPP, e a especial, prevista no CE, princípios e postulados constitucionais contemplados, atualmente, naquele primeiro. Afirmou o eminente ministro em sua decisão:

Ocorre, no entanto, que se invoca, no caso, um outro critério, que não o da especialidade, fundado em opção hermenêutica que se legitima em razão de se mostrar mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, conferindo-lhe substância, na medida em que a nova ordem ritual definida nos arts. 396 e 396-A, na redação dada pela Lei n. 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedimental resultante do próprio Código Eleitoral.

Embora a decisão citada tenha tido como objeto apenas o disposto nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, que tratam da defesa inicial escrita, entendemos que todo o procedimento penal comum previsto nos arts. 394 a 405 (ordinário); 531 a 538 (sumário), do CPP, deverá ter incidência no processo penal eleitoral.

Dessa forma, atualmente, o procedimento penal comum previsto no CPP deve ser encarado como um *standard* mínimo para todo e qualquer rito, inclusive aquele dito especial, impondo-se aos aplicadores do Direito (membros do Ministério Público e juízes) ressaltar,



tão somente, as normas efetivamente especializantes dos respectivos diplomas *especiais*, que justifiquem, diante da peculiaridade da persecução penal, a adoção de um procedimento distinto daquele previsto no Código de Processo Penal.

Este, inclusive, ao que parece, foi o escopo do § 4º do art. 394 do CPP com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, o qual determinou:

Art. 394. [...]

Parágrafo 4º. As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

Conforme esse comando legal, as normas relativas à rejeição da denúncia – resposta inicial escrita e sua respectiva abrangência, bem como absolvição sumária, por imposição legal – deverão incidir em todo e qualquer procedimento, seja ele especial ou não. Contudo, no nosso entender, o legislador disse menos do que deveria, tendo em vista a possibilidade de ter abrangido com tal normatização os demais dispositivos reguladores do procedimento processual penal comum, como, por exemplo, concentração da audiência, oferecimento de alegações finais e prolação de sentença oral, gravação das audiências etc. Perdeu-se uma excelente oportunidade de unificar e, acima de tudo, sistematizar todo o processo penal.

Nesse sentido ensina Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 65). Para este doutrinador, o simples fato de o crime estar previsto em lei extravagante não deve (nem pode, diante do princípio da igualdade) levar à adoção de rito distinto do previsto no ordenamento comum, salvo, obviamente, no caso de questões particulares justificadoras de rito diferenciado. Registrou, com percuciência, aquele doutrinador: “não nos parece justificável que simplesmente pela diferença de bem jurídico tutelado, variem as regras de processo (que devem assegurar a ampla defesa e o contraditório, em todos os casos)” (GONÇALVES, 2012).

Nesse ponto, andou bem o legislador ao aprovar a Lei n. 12.850/2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação crimi-

nal, os meios de obtenção de prova, infrações penais e o procedimento criminal. Vaticinou, no seu art. 22, que os crimes previstos naquela lei, bem como os ilícitos conexos com aqueles, serão submetidos ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal, ressalvando, apenas, questões especializantes da persecução criminal (judicial ou extrajudicial) diante da natureza do ilícito que trata, por exemplo, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia em desfavor do *colaborador* (§ 3º do art. 4º) e o período máximo para a finalização da instrução processual (parágrafo único do art. 22).

Portanto, nessa direção, conforme já registramos, a única regra procedimental prevista no Código Eleitoral que deve subsistir é aquela prevista no art. 355, a qual determina que todos os ilícitos eleitorais serão perseguidos mediante ação penal pública incondicionada. Trata-se de norma efetivamente especial, tendo em vista que se levou em consideração, para assim disciplinar, o bem jurídico tutelado pela norma penal eleitoral, qual seja, a regularidade e higidez do processo eleitoral e, em última análise, do próprio regime democrático.

Ademais, caso prevaleça o entendimento da não aplicação das atuais regras procedimentais trazidas pela Lei n. 11.719/2008 ao processo penal eleitoral, chegar-se-á ao absurdo de processar acusados da prática dos mesmos delitos por regras procedimentais distintas.

Assim, consoante determinação contida no art. 396 do CE, os crimes comuns praticados em conexão com os crimes eleitorais serão julgados perante a Justiça Eleitoral, ou seja, compete àquela justiça especializada, por exemplo, processar e julgar acusado de um crime contra o patrimônio levado a efeito em conexão com um crime eleitoral. Dessa forma, a prevalecer este entendimento, dever-se-ia adotar, para ambos os ilícitos, o *iter* procedimental previsto no Código Eleitoral, que, conforme fartamente evidenciado neste estudo, é mais limitado e não confere tantas garantias ao réu. Por outro lado, aquele que praticar apenas um crime contra o patrimônio terá em seu favor todas as regras procedimentais consagradas dos princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no Código de Processo Penal. Esse tratamento diferenciado não se justifica.

Portanto, em face de todo o exposto, entendemos pela aplicação integral dos ritos introduzidos pela Lei n. 11.719/2008 às leis especiais, entre elas a legislação eleitoral, devendo-se observar, tão somente se cabível, o procedimento ordinário (arts. 394 a 405 do CPP), o sumário (arts. 531 a 538 do CPP) ou quiçá o sumaríssimo, este último previsto na Lei n. 9.099/1995.

## 6 O papel do Ministério Público no processo penal

Por fim, entendemos pertinente traçar, embora em breves linhas, a função desempenhada pelo Ministério Público no processo penal, destacando a possibilidade de o órgão ministerial, mesmo quando atuar como parte, defender a adoção de procedimento que se mostre mais compatível com o espírito e princípios consagrados na Constituição Federal, ainda que tal postura implique em benefícios processuais para o acusado.

O processo penal é, sem dúvida, o campo mais fértil de atuação do membro ministerial. Com o advento da Constituição de 1988, atribuiu-se ao Ministério Público o mister de promoção da ação penal, como evidência da sua atuação. É bom que se esclareça que, na elaboração da Constituinte, quando se tratou da *organização dos poderes*, o capítulo IV foi integralmente dedicado aos organismos cuja atribuição é considerada “função essencial à Justiça”, subdividindo-se em três seções que tratam do Ministério Público, da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública, organismos verdadeiramente indispensáveis à função jurisdicional do Estado.

Especificamente ao Ministério Público, no que se refere às suas atribuições institucionais, ficou estabelecido no art. 129, I, que o órgão promoverá privativamente a ação penal pública, representando este mister a grande âncora da atuação ministerial na deflagração do processo. De fato, a confiança da comunidade, materializada na ação do legislador, teve correspondência positiva, uma vez que a instituição ministerial tem credibilidade com a sociedade brasileira. É verdadeiramente um órgão de vanguarda. O ato de iniciativa é privativo do Ministério Público. A ressalva que se faz é de natureza também

constitucional, pois a Carta Magna prevê no inciso LIX do seu art. 5º que: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requerimento do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidades para representá-lo”.

Ademais, não se deve deixar de ter presente que o órgão ministerial, quando não atua como parte no processo penal, deverá, obrigatoriamente, funcionar como *custos legis*, ou seja, desempenhará uma função fiscalizatória. Nesse sentido dispõe a atual redação do art. 257 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719/2008, *in verbis*:

Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II – fiscalizar a execução da lei.

Quando o Ministério Público atua como fiscal da lei, o que no processo penal verifica-se perante os tribunais e nas ações penais privadas – esta última hipótese inexistente no âmbito do processo penal eleitoral –, não há dúvidas de que o representante ministerial zelará pelo fiel cumprimento da ordem jurídica, seja no sentido de beneficiar o réu, seja no de adotar uma posição desfavorável ao acusado.

Por outro lado, quando atua como titular da ação penal, ou seja, como parte, suscitam-se dúvidas quanto à atuação do Ministério Público. Nessa hipótese, como ele atua em defesa da sociedade frente à ofensa a um bem jurídico tutelado pela norma penal, será que o órgão ministerial deverá adotar, em qualquer ocasião, posição que desfavoreça o acusado, porquanto haja evidente interesse na condenação deste? Ou, mesmo quando é parte, o Ministério Público não se desobriga da sua missão de defesa da ordem jurídica?

É evidente que as funções do Ministério Público no processo, muitas vezes, ocasionam conflitos ou, pelo menos, conflitos aparentes, especialmente quando atua como acusador. A propósito, impõe-se registrar que a figura do acusador sistemático, tão peculiar a um ineficaz pensamento antigo do MP, vem se desgastando paulatina-

mente. Na verdade, mesmo quando atua no polo ativo da ação penal, o órgão ministerial não se desincumbe da missão de promover a lei e a justiça. O Ministério Público é, de fato, um defensor da sociedade cada vez que atua na tribuna da acusação e, nessa perspectiva, tem interesse de que a ação penal se desenrole dentro dos parâmetros instituídos pela lei e acima de tudo pela Magna Carta, a fim de alcançar um provimento judicial efetivamente justo. Em suma, o representante ministerial, no âmbito do processo penal, busca, em última análise, a promoção da justiça.

Dessa forma, não se vislumbra qualquer empecilho do órgão ministerial na função eleitoral quando o oferecimento da inicial acusatória pugnar pela adoção do rito procedimental previsto no Código de Processo Penal. Ao contrário, impõe-se que adote tal postura, sem que, com isso, macule a sua credibilidade perante a sociedade.

## 7 Conclusão

Nota-se, apesar de ainda imperar a inadmissível insegurança jurídica quanto ao rito a ser adotado nos processos penais eleitorais, tendo em vista a controvérsia ou o não posicionamento definitivo dos tribunais superiores quanto ao tema, que há uma clara tendência de se admitir a incidência do novo rito estabelecido pela Lei n. 11.719/2008 que derogou o Código de Processo Penal na parte relativa aos procedimentos.

Efetivamente, entendemos que essa posição é a que deve prevalecer, porquanto, além de o novo procedimento processual penal comum revelar-se mais benéfico ao acusado que o vetusto rito previsto no Código Eleitoral (arts. 355 a 364) – tendo em vista que aquele primeiro, por meio das alterações introduzidas pela Lei n. 11.719/2008, concretizou o princípio da igualdade mediante o equilíbrio à natural dicotomia existente no processo penal entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais –, também trouxe, conforme visto, inegáveis benefícios para a própria vítima e, em última análise, à coletividade, pois munuiu o juízo de instrumentos hábeis para efetivar um julgamento não apenas célere mas também eficaz do ponto de vista da apli-

cação da pena que melhor cumpra sua missão de reprimir e prevenir a prática de novas infrações penais.

Portanto, para solucionar a antinomia atualmente existente entre os dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Eleitoral na parte relativa ao procedimento processual penal, deve-se superar o usual método de utilização do princípio da especialidade a fim de se adotar opção hermenêutica mais consentânea com a atual ordem constitucional, que, como se sabe, impôs não apenas ao legislador mas também ao aplicador do Direito a adoção de instrumentos e opções judiciais que concretizem a ampla defesa, o contraditório e a duração razoável do processo.

No nosso entender, apenas o disposto no art. 355 do Código Eleitoral é que ainda deverá subsistir, por se mostrar o único dispositivo que traz, efetivamente, disposição especializante, pois determina que todos os crimes eleitorais, mesmo aqueles atentatórios à honra de outrem, serão perseguidos mediante ação penal pública incondicionada.

Registre-se, ademais, que a solução ora apresentada deverá ser adotada no âmbito dos juízos e do Ministério Público Eleitoral, mediante construção jurisprudencial. Por outro lado, impõe-se uma urgente reforma no Código Eleitoral, na parte relativa ao procedimento penal, a fim de adequá-lo à atual ordem constitucional bem como ao estatuto processual penal comum, devendo o Código Eleitoral contemplar apenas os elementos efetivamente especializantes, justificados pelas peculiaridades da persecução dos ilícitos desta natureza, como em boa hora fez o legislador ao aprovar a Lei n. 12.850/2013, que trata do crime de organização criminosa e a sua respectiva persecução penal.

## Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRITO, Alexis Couto de (Coord.). *Recentes reformas processuais*. São Paulo: Premier, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal, as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo, Saraiva, 2010.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004, p. 393-394.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

Acesse o *Boletim Científico ESMPU* em formato eletrônico no endereço  
<<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>>.