



# Boletim Científico

**Escola Superior do Ministério Público da União**

Ano 12 – Número 40 – janeiro/junho 2013

ISSN 1676-4781

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

# **República Federativa do Brasil**

## **Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União  
IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS

## **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**

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ  
Subprocurador-Geral 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 12 – Número 40 – janeiro/junho 2013  
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>  
Hot site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2013. Todos os direitos autorais reservados.

#### **Secretaria de Atividades Acadêmicas**

Nelson de Sousa Lima

#### **Divisão de Apoio Didático**

Adriana Ribeiro Ferreira

#### **Supervisão de Projetos Editoriais**

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

#### **Preparação de originais**

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles

#### **Revisão de provas**

Anna Lucena Bezerra

#### **Núcleo de Programação Visual**

Rossele Silveira Curado

#### **Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato

#### **Diagramação**

Natali Andrea Gomez Valenzuela

#### **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 12, n. 40, jan./jun., 2013

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Prezado Leitor

O pensamento jurídico formulado com método, fruto do estudo denso e programado, da pesquisa e da reflexão, encontra sua proeminência quando se materializa em livro e promove a divulgação do texto meticulosamente elaborado pelo seu autor. Nesta quadragésima edição do Boletim Científico, a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) divulga uma seleção de matérias em três temas de acentuado interesse aos operadores do Direito: histórico e perspectivas para o MPU a partir da Lei Complementar n. 75/1992; Direito Comparado; e retrospectiva e análise da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Duas décadas de vigência do Estatuto do Ministério Público da União ensejam esta edição especial, a revelar o acerto, a constância e o rigor técnico na elaboração e periodicidade desta publicação. Tornou-se veículo de difusão e debate de temas de relevante interesse do Ministério Público. Membros, servidores, professores, juristas de um modo geral nele encontram espaço democrático adequado para o intercâmbio permanente de ideias e reflexões, sem receios, sem preconceitos, sem restrições ideológicas. Valoriza-se a produção intelectual obtida sob rigor científico e metodologia acadêmica. Seriedade na escolha de textos, diversidade de assuntos e multiplicidade de textos, fatores determinantes de sua boa reputação e confiabilidade, constituem a diretriz editorial da ESMPU.

Temas de ação civil pública, planejamento estratégico e legitimidade investigativa figuram nos quatro textos vinculados aos 20 anos do Estatuto do MPU. Foram escritos por Alberto Emiliano de Oliveira Neto, Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior, Thaise Barbosa e Silva e Carlos César Silva Souza Junior.

Do Direito Comparado ocupa-se Javier Ignacio Reyes López, que apresenta interessante abordagem sobre *alcance y valoración de la noticia anónima*.

Estudos a respeito da Emenda Constitucional n. 45 foram objetos da análise e dedicação de Cristiane Ferreira Gomes Ramos, Joceli Scremin da Rocha, Leonardo Fayad Gnoato e Regina Wanderly Leite de Almeida. Sustentam interessante e vigoroso debate a envolver implicações da repercussão geral no processo penal, o Direito Penal do gênero como cláusula pétrea, tratados internacionais de Direitos Humanos no nosso Direito e a responsabilidade civil do Estado ante a demora do processo penal.

PÉRICLES AURÉLIO L. DE QUEIROZ

Subprocurador-Geral de Justiça Militar  
Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico

# Sumário

## **20 anos da Lei Complementar n. 75/1993: histórico e perspectivas para o MPU**

Ação civil pública trabalhista com pedido constitutivo negativo  
(declaração de nulidade)

*Alberto Emiliano de Oliveira Neto*.....11

Planejamento estratégico do MPF (2011-2020): incentivo aos arranjos  
informais de cooperação?

*Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior*.....31

A legitimidade da função investigativa do Ministério Público na  
seara criminal

*Thaise Barbosa e Silva*.....67

A legitimidade do Ministério Público para dirigir procedimento de  
investigação criminal autônomo

*Carlos César Silva Sousa Júnior*.....103

## **Direito Comparado**

Las intervenciones de las comunicaciones en el derecho español.  
Alcance y valoración de la noticia anónima. Cooperación judicial  
internacional. Información de inteligencia

*Javier Ignacio Reyes López*.....135

## **Emenda Constitucional n. 45/2004: retrospectiva e análise**

Implicações da repercussão geral no processo penal

*Cristiane Ferreira Gomes Ramos*.....151

O direito penal do gênero como cláusula pétrea à luz da Emenda  
Constitucional n. 45/2004

*Joceli Scremin da Rocha*.....189

**A validade das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos no Direito brasileiro**

*Leonardo Fayad Gnoato*.....221

**Responsabilidade civil do Estado pela inobservância do princípio da razoável duração do processo**

*Regina Wanderley Leite de Almeida*.....245

**20 anos da Lei Complementar n. 75/1993:  
histórico e perspectivas para o MPU**

# Ação civil pública trabalhista com pedido constitutivo negativo (declaração de nulidade)

Alberto Emiliano de Oliveira Neto

Procurador do Trabalho. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

**Resumo:** A ação civil pública é instrumento processual voltado à tutela de direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Por meio da ação civil pública busca-se, primeiramente, a obtenção de decisão judicial de conteúdo condenatório, destinada a tutelar efetivamente o direito violado no futuro bem como a reparar os danos já causados à coletividade. Contudo a ação civil pública não se limita a preceito de natureza condenatória. O objetivo do presente estudo é apresentar a possibilidade da obtenção de preceito de natureza declaratória constitutiva (ação anulatória) por meio de ação civil pública. No âmbito da Justiça do Trabalho esta questão ganha um contorno peculiar, considerando-se o entendimento prevalente pela competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho para apreciar ações anulatórias de acordos e convenções coletivas de trabalho, não obstante o entendimento consolidado pela competência do juízo de primeiro grau para apreciar as ações civis públicas trabalhistas.

**Palavras-chave:** Ação civil pública. Direitos coletivos. Ação anulatória. Provimento declaratório. Competência funcional.

**Abstract:** The public class action is the instrument aimed at the protection of collective rights and interests. The public class action seeks, firstly, to obtain decision intended to protect effectively the right violated in the future as well as to repair the damage already caused to the community. But the public class action is not limited to provision of condemnatory. The objective of this study is to present the possibility of obtaining a constitutive declaratory

provision through public class action. Within the Labour Justice this question gains a peculiar contour, considering the prevalent understanding for the original jurisdiction of the Regional Labour Courts and the Superior Labour Court to assess actions for annulment of agreements and labour class actions, despite the consolidated understanding for the jurisdiction of the first instance to judge the public class actions.

**Keywords:** Public class action. Collective laws. Action for annulment. Declaratory provision. Functional competence.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Objeto da ação civil pública. 3 Competência material e funcional. 4 Ação anulatória de cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas. 5 Ação civil pública trabalhista com pedido constitutivo negativo (declaração de nulidade). 6 Conclusão.

## 1 Introdução

A ação civil pública, mediante a prevenção do ilícito e a responsabilização do infrator, consiste em instrumento processual voltado à tutela de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, os quais se dividem em difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei n. 7.347/1985, arts. 1º, *caput*, e 3º, *c/c* Lei n. 8.078/1990, art. 81, parágrafo único).

Para tanto, poderão ser defendidos por meio de ação civil pública quaisquer grupos, classes ou categorias de pessoas determinadas, indeterminadas ou até indetermináveis, desde que estejam reunidas por circunstâncias de fato comuns ou pela mesma relação jurídica básica (MAZZILLI, 2012, p. 135).

Por meio da ação civil pública busca-se, primeiramente, a obtenção de decisão judicial de conteúdo condenatório, destinada a tutelar efetivamente o direito violado no futuro bem como a reparar os danos já causados à coletividade. Mas a ação civil

pública não se limita a preceito de natureza condenatória. Segundo estabelece o art. 83 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos metaindividuais.

O objetivo do presente estudo é apresentar a possibilidade da obtenção de preceito de natureza declaratória constitutiva (ação anulatória) por meio de ação civil pública. No âmbito da Justiça do Trabalho, esta questão ganha um contorno peculiar, considerando-se o entendimento prevalente pela competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho para apreciar ações anulatórias de acordos e convenções coletivas de trabalho, não obstante o entendimento consolidado pela competência do juízo de primeiro grau para apreciar as ações civis públicas trabalhistas.

## **2 Objeto da ação civil pública**

Os destinatários da tutela jurisdicional a ser obtida via ação civil pública são titulares de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos 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; e de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (Lei n. 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, incisos I a III).

Como direitos a serem tutelados mediante a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985, art. 1º) destacam-se defesa do meio ambiente; direito do consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; ordem urbanística; ordem econômica; e economia popular.

Não custa lembrar que o objeto da ação consiste no *pedido* apresentado pela parte. Esse se divide em *pedido imediato* e *mediato*. O primeiro diz respeito à providência jurisdicional requerida, que essa poderá ser condenatória, declaratória, constitutiva, executiva, cautelar ou mandamental. Já o pedido mediato diz respeito à utilidade pretendida pela parte através do provimento jurisdicional, qual seja, a efetividade do direito de sua titularidade.

Estabelece o art. 3º da Lei n. 7.347/1985 que a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Efetivamente, a tutela jurisdicional de natureza condenatória é protagonista nas ações civis públicas. Além da reparação dos danos causados mediante a condenação em dinheiro, o objeto principal desse instrumento processual é a obtenção de provimento jurisdicional condenatório intitulado tutela inibitória positiva e negativa.

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Sua estruturação tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos. A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano (MARINONI, 2004).

A concessão de tutela inibitória tem como finalidade assegurar o cumprimento da norma. Quer dizer, em havendo um direito que exclui um fazer, ou uma norma definindo que algo não pode ser feito, a mera probabilidade de ato contraditório ao direito – e

não de dano – é suficiente para a tutela jurisdicional inibitória que se pleiteia<sup>1</sup>.

Para a efetivação da obrigação de fazer ou não fazer prevista no artigo 3º da Lei n. 7.347/1985, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (Lei n. 7.347/1985, art. 11).

O que se busca, portanto, é a execução específica da obrigação de fazer ou não fazer e não sua conversão em perdas e danos. Ao regular a tutela inibitória, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil seguem a mesma linha.

Para tanto, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica

---

1 Nesse sentido: TRT-PR-21-01-2011 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. TUTELA INIBITÓRIA. A tutela do ordenamento jurídico, no âmbito da Ação Civil Pública, não se limita a afastar a lesão já consumada aos direitos e interesses metaindividuais trabalhistas, mas igualmente impedir a reiteração da conduta ilícita pelo empregador. Caso o Poder Judiciário não outorgue um provimento preventivo e direcionado ao futuro, afastando a ameaça concreta de lesão a direitos fundamentais trabalhistas (art. 5º, XXXV, CF), nada impedirá que a empresa utilize-se novamente da intermediação ilegal de mão-de-obra, o que é incompatível com a relevância dos direitos tutelados coletivamente. Recurso a que se dá provimento. (TRT-PR-21936-2009-012-09-00-1-ACO-00988-2011 – 4ª turma – Relator: Luiz Celso Napp - Publicado no *DEJT* em 21.1.2011). Na mesma linha, TRT-PR-12.6.2007- AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE PROCESSUAL. TUTELA INIBITÓRIA. A efetividade da tutela jurisdicional comandada pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV), mormente quando em apreço direitos transindividuais de magnitude social, impõe a projeção de obrigações de fazer e não-fazer (tutela inibitória) para o futuro, sem que se cogite de sentença condicional ou abstrata. A futuridade ínsita à tutela inibitória não equivale à falta de interesse processual, na medida em que prescinde do efetivo dano, bastando a probabilidade da conduta contrária ao direito. [...] (TRT-PR-98901-2006-019-09-00-2-ACO-14917-2007 – 1ª turma – Relator: Ubirajara Carlos Mendes - Publicado no *DJPR* em 12.6.2007).

da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Igualmente, a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (Lei n. 8.078/1990, art. 84, *caput* e § 1º; e CPC, art. 461, *caput* e § 1º).

Ainda, para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (Lei n. 8.078/1990, art. 84, § 5º; e CPC, art. 461, § 5º).

O objetivo principal da ação civil pública, portanto, é a obtenção de tutela inibitória e o ressarcimento do dano causado à coletividade. Trata-se de provimentos jurisdicionais de natureza condenatória. A ação civil pública, não obstante, poderá ter por objeto pedido destinado a evitar danos, pedido cominatório e qualquer outro pedido para a eficaz tutela coletiva. Os pedidos a serem veiculados via ação civil pública não se restringem a provimentos condenatórios.

A ação civil poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, podendo ser ajuizada ação cautelar para evitar o dano. Além do provimento jurisdicional cautelar, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar adequada e efetiva tutela dos direitos metaindividuais, tais como ações de conhecimento, declaratórias, constitutivas ou mandamentais (Lei n. 7.347/1985, arts. 3º, 4º e 21, *c/c* CDC, arts. 83 e 90).

Melo (2008, p. 96) sustenta que a ação civil pública poderá ter por objeto, com base no art. 83 da Lei n. 8.078/1990, um comando condenatório, cautelar, declaratório, constitutivo, mandamental, de liquidação, de execução e qualquer outra espécie, desde que necessário à tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Especificamente, Mazzilli (2012, p. 243 e 268) defende a possibilidade de provimento jurisdicional que declare nulo (ação declaratória) ou anule (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público, à administração, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural. Menciona ainda a possibilidade de anulação de contrato administrativo que contenha algum vício, bem como a propositura de ação anulatória pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo de declarar a nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole liberdades individuais e coletivas, além de direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

### **3 Competência material e funcional**

A respeito da competência da ação civil pública, o art. 2º da Lei n. 7.347/1985 estabelece modalidade de competência funcional absoluta definida com base no local em que ocorre o dano: “Artigo 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Em relação à ação civil pública proposta na Justiça do Trabalho, Melo (2008, p. 170) destaca três correntes. A primeira sustenta a competência funcional dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, adotando-se regra semelhante aos dissídios coletivos. A segunda afirma a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho para os danos de abrangência regional e suprarregional, restando às Varas do Trabalho apurar as demandas de abrangência local. Finalmente, existe a corrente fundada no art. 2º da Lei n. 7.347/1985, que defende a fixação da competência com base no local onde ocorre o dano.

A respeito da segunda corrente, vislumbra-se relação com a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da Lei n. 7.347/1985, nos termos da redação dada pela Lei n.

9.494/1997. Esse entendimento recebe severas críticas da doutrina, sob o fundamento de que não se sustenta cientificamente, ao passo que não se podem confundir regras de jurisdição e competência com os efeitos da coisa julgada, quer nas ações individuais, quer nas ações coletivas. Tais efeitos se produzem nos limites objetivos e subjetivos, envolvendo as partes do processo, onde quer que elas estejam, independentemente do âmbito de jurisdição do juízo prolator da sentença (MELO, 2008, p. 171).

De fato, estabelece o art. 472 do Código de Processo Civil que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Não há que se confundir, portanto, os efeitos da sentença com os limites territoriais de atuação do órgão jurisdicional prolator da decisão. Como demonstrado, o objeto da ação civil pública diz respeito a direitos metaindividuais, cuja titularidade, como é o caso dos direitos difusos, apresenta o caráter da indeterminabilidade. Por certo, não é possível restringir os limites da decisão judicial quando os titulares do direito tutelado pela tutela inibitória concedida não se restringem aos limites da competência territorial do juízo.

Da mesma forma, os efeitos da coisa julgada definidos na Lei n. 8.078/1990<sup>2</sup>, *erga omnes* e *ultra partes*, em absoluto, restringem-se aos limites territoriais do juízo de primeiro grau, cuja compe-

---

2 CDC, art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

tência é definida por conta do local onde ocorre o dano (Lei n. 7.347/1985, art. 2º).

Schiavi (2011, p. 1201) sustenta que a competência funcional para a ação civil pública é do primeiro grau – local onde ocorre o dano (Lei n. 7.347/1985, art. 2º) – pois, embora a pretensão tenha natureza coletiva, não se equipara ao dissídio coletivo. Não há criação de norma aplicável ao âmbito das categorias profissional ou econômica, mas sim aplicação do direito preexistente.

O art. 93 da Lei n. 8.078/1990 fixa critério de competência com base na abrangência do dano para as ações destinadas à tutela de direitos individuais homogêneos:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A regra do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), destinada à tutela dos direitos individuais homogêneos, fixa a competência funcional do juízo de primeiro grau do lugar em que ocorre o dano, estabelecido no art. 2º da Lei n. 7.347/1985, apenas para as hipóteses em que a lesão estiver restrita a determinada localidade. Ao contrário, em se tratando de dano regional ou nacional, estabelece a competência concorrente entre o juízo de primeiro grau do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

Trata-se de regramento distinto do estabelecido para a ação civil pública, instrumento processual destinado à tutela dos direitos difusos e coletivos. O art. 2º da Lei n. 7.347/1985, como visto, fixa a competência do juízo do local do dano, não se vinculando

à abrangência da lesão. Não há previsão da norma em questão, ao contrário do estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, quanto à fixação da competência com fundamento na amplitude do dano – local, regional ou nacional<sup>3</sup>.

A respeito da aplicação analógica do art. 93 da Lei n. 8.078/1990 à ação civil pública, Santos (apud SCHIAVI, 2011, p. 1203) manifesta-se pela impossibilidade. Segundo o colega, o *caput* do dispositivo excepcionou a competência da Justiça Federal, o que se aplicaria à competência especial da Justiça do Trabalho para direitos transindividuais trabalhistas. Igualmente, ao definir a competência do juízo onde ocorre o dano (Lei n. 7.347/1985, art. 2º), objetivou o legislador facilitar a produção da prova e possibilitar a abertura de canais de acesso à justiça.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Seção de Dissídios Individuais II, estabeleceu critérios para fixação da competência nas ações civis públicas propostas na Justiça do Trabalho:

OJ 130 SDI 2 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93.

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma vara do trabalho, a competência será de uma das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência supraregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

---

3 Mazzilli (2012, p. 282) sustenta a aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Da leitura do texto da Orientação Jurisprudencial n. 130, elaborada pela Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais, conclui-se, primeiramente, que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece expressamente a competência funcional do juízo de primeiro grau para apreciar originariamente a ação civil pública. As correntes que sustentam a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do próprio Tribunal Superior do Trabalho por conta da natureza coletiva da matéria, semelhantemente ao dissídio coletivo, restam superadas.

Da mesma forma, o Tribunal Superior do Trabalho define a extensão do dano como critério para definição da competência. Para tanto, optou a Corte por aplicar analogicamente o art. 93 da Lei n. 8.078/1990 e mitigar a regra estabelecida pelo art. 2º da Lei n. 7.347/1985. A competência das Varas do Trabalho do local onde ocorre o dano será reconhecida apenas para os danos de abrangência local ou regional. Para os danos suprarregionais ou nacionais, definiu-se a competência concorrente das Varas do Trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

#### **4 Ação anulatória de cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas**

Estabelece o art. 486 do Código de Processo Civil que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Afastada a possibilidade de ação rescisória, pois o ato impugnado não é tutelado pela coisa julgada, apresenta-se a ação anulatória como instrumento processual destinado a combater ato jurídico que padeça de vícios em sua forma ou conteúdo.

Schiavi (2011, p. 1223) exemplifica hipóteses de declaração de nulidade na esfera trabalhista: ação de nulidade de termo de conciliação firmado perante Comissão de Conciliação prévia; ação de

nulidade de termo de homologação de rescisão do contrato de trabalho; nulidade de decisão que homologa, na execução, arrematação e adjudicação, quando já passada a oportunidade de embargos (decisão de embargos faz coisa julgada); ação anulatória de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

A ação anulatória, entre outras hipóteses, destina-se a extirpar do mundo jurídico cláusulas inseridas em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho que atentem contra a Constituição e demais atos normativos. Trata-se de ação *constitutiva negativa*, pois seu objeto cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Especificamente, declara os vícios alegados com relação ao instrumento normativo impugnado e afasta a incidência da norma impugnada sobre os integrantes da categoria<sup>4</sup>.

O art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/1993 estabelece competência do Ministério Público do Trabalho para propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas, bem como os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Ao atribuir legitimidade ao Ministério Público do Trabalho, o legislador infraconstitucional não fez menção ao juízo competente para apreciar a ação em questão. A esse respeito, a Constituição Federal de 1988 define a competência material da Justiça do Trabalho. Entre outras matérias, trata da competência para julgar as ações e controvérsias decorrentes da relação de trabalho, além dos dissídios coletivos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indi-

---

4 Sustenta Melo (2002, p. 168-169) que a ação anulatória visa afastar o ato normativo do mundo jurídico.

reta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;  
(Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004);

II – as ações que envolvam exercício do *direito de greve*; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

[...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar *dissídio coletivo de natureza econômica*, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de *greve* em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar *dissídio coletivo*, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. [grifo nosso]

A respeito do dissídio coletivo, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece expressamente a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho conforme a abrangência do instrumento normativo:

Art. 677 – A competência dos Tribunais Regionais determina-se pela forma indicada no art. 651 e seus parágrafos e, nos casos de dissídio coletivo, pelo local onde este ocorrer.

Art. 678 – Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete:

I – ao Tribunal Pleno, especialmente:

a) processar, conciliar e julgar originariamente os dissídios coletivos;

b) processar e julgar originariamente:

1) as revisões de sentenças normativas;

2) a extensão das decisões proferidas em dissídios coletivos; (destacou-se)

[...]

Art. 702 – Ao Tribunal Pleno compete:

I – em única instância:

[...]

b) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como estender ou rever suas próprias decisões normativas, nos casos previstos em lei;

Quanto às ações anulatórias, não há dispositivo legal que fixe a competência. Não obstante, destaca-se entendimento no sentido de que os Tribunais Regionais do Trabalho teriam competência originária para julgar ações anulatórias, tendo como fundamento o aspecto coletivo da matéria.

Para Melo (2002, p. 187-188), em razão da peculiaridade do objeto da ação anulatória, desconstituição de um instrumento coletivo, enquanto não houver lei a respeito, a competência funcional não deverá recair sobre o juízo de primeiro grau. Tal entendimento teria como fundamento o poder normativo da Justiça do Trabalho para criar normas, mantê-las, modificá-las, extingui-las, interpretá-las ou anulá-las, atribuído originariamente aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho, conforme a abrangência dos interesses envolvidos.

Semelhantemente, Leite (2003, p. 817) defende a competência funcional originária dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho para o julgamento das ações anulatórias, conforme a abrangência da norma impugnada, acreditando tratar-se de demanda dotada de feição coletiva, semelhantemente aos dissídios coletivos de natureza declaratória.

Trata-se de entendimento prevalente, ao passo que o Tribunal Superior do Trabalho, em seu regimento interno, estabelece a

competência originária da sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos para julgar as ações anulatórias de acordos e convenções coletivas; bem como, em última instância, julgar os recursos ordinários interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em ações anulatórias de acordos e convenções coletivas (RITST, art. 70, I, *c*, e II, *b*).

Em sentido contrário, Martins (2001, p. 499):

Quando a Constituição ou a lei não dispuserem onde uma ação deve ser proposta, aplica-se a regra geral que deve ser ajuizada na primeira instância [...] Quando a norma legal dispuser de forma contrária, por exceção, deve ser proposta a ação no órgão em que o preceito legal determinar. No caso, inexistente previsão, por exceção, de que a ação anulatória deve ser proposta nos tribunais. Logo, aplica-se a regra geral: de que a ação deve ser proposta no primeiro grau, nas Varas do Trabalho.

Da mesma forma, Schiavi (2011, p. 1237) sustenta que a lei não determina critério de competência funcional para a matéria. Portanto, deve-se aplicar a regra geral que fixa a competência do juízo de primeiro grau. Não há que se falar, igualmente, em equiparação ao dissídio coletivo, pois a ação anulatória não se presta à criação de norma jurídica ou à delimitação da aplicabilidade de determinada cláusula no âmbito das categorias.

## **5 Ação civil pública trabalhista com pedido constitutivo negativo (declaração de nulidade)**

Como demonstrado, para a tutela dos direitos metaindividuais são admissíveis ações de conhecimento, condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais e cautelares (Lei n. 7.347/1985, arts. 3º, 4º e 21, *c/c* CDC, arts. 83 e 90).

Especificamente, a ação anulatória apresenta natureza jurídica constitutiva negativa, ao passo que se destina a extirpar do mundo

jurídico cláusulas inseridas em acordo coletivo ou convenção coletiva que atentam contra o ordenamento jurídico.

Em regra, não se presta a ação anulatória à obtenção de tutela inibitória destinada a impedir a repetição da conduta contrária ao ordenamento jurídico. Quer dizer, a procedência da ação anulatória materializada mediante a supressão dos efeitos de cláusulas ilícitas inseridas em acordos e convenções coletivas de trabalho não impede que as entidades sindicais e empregadores signatários repitam redação idêntica em instrumentos normativos futuros. Para essa hipótese, tão somente a ação civil pública, cujo objeto é a obrigação de fazer ou não fazer, poderá obstar efetivamente a conduta contrária à ordem jurídica.

A ação civil pública representa o instrumento processual mais efetivo no combate a cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas de trabalho, cuja redação contrarie direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Somente a tutela inibitória concedida pela autoridade judicial será capaz de efetivamente preservar os interesses dos trabalhadores em face da conduta sindical que, inexplicavelmente, segue em rumo oposto.

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho expressamente reconheceu a possibilidade da tutela inibitória para fins de impedir a entidade sindical de repetir, em instrumentos normativos futuros, a inserção de cláusulas contrárias ao ordenamento jurídico, especificamente atentando contra o princípio da liberdade sindical:

RECURSO DE REVISTA. 1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA. ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA EM CONVENÇÃO COLETIVA PREVENDO CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL A NÃO ASSOCIADOS. O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para pleitear, em ação civil pública,

tutela inibitória na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, especialmente quando relacionados à livre associação e sindicalização (CF, arts. 5º, II, e 8º, *caput*, e V), nos exatos limites dos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição Federal, 6º, VII, alíneas “a” e “d” e 84 da Lei Complementar n. 75/1993, 1º, IV, e 3º da Lei n. 7.347/1985. Recurso de revista conhecido e provido.

2. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados (Precedente Normativo n. 119 e O.J. 17, ambos da SDC/TST e Súmula 666/STF). Recurso de revista conhecido e provido. (PROCESSO N. TST-RR-624-04.2010.5.09.0655. Ministro Relator ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consulta-Processual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=624&digitoTst=04&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0655>>. Acesso em: 22 ago. 2013).

Além da tutela inibitória, Fernandes (2011) sustenta que o pleito de anulação de cláusula de convenção coletiva de trabalho pode ser formulado em sede ação civil pública. Igualmente, a respeito da competência funcional para ações anulatórias, entende que não seria razoável atribuir ao juízo de primeiro grau a competência para conceder tutela inibitória e não para declarar a nulidade do instrumento normativo:

Ressalto que se tem admitido a competência do juízo singular quando se trata de condenação em obrigação de não fazer, ou seja, de não constituir novos instrumentos coletivos com cláusulas nulas, quer a nulidade tenha sido ou não declarada anteriormente. Não há razoabilidade em se firmar a competência do juiz de primeiro grau

para conhecer e julgar a pretensão condenatória e negá-la quanto à declaratória. O julgador analisará, incidentalmente, a nulidade da cláusula e imporá obrigação de não fazer, qual seja, não inserir idêntica cláusula nos próximos instrumentos normativos negociados coletivamente. Entretanto, não fará coisa julgada a declaração de nulidade, podendo os sindicatos infratores exigirem a observância das cláusulas ilegais, até posterior e eventual declaração de nulidade pelo TRT. Isso fere os princípios da unidade de convicção e da economia processual (pois serão necessários dois pronunciamentos sobre a alegada nulidade para que a disposição convencional seja banida), além de favorecer a prolação de decisões judiciais contraditórias, comprometendo a tão cara segurança jurídica.

Buscando-se a efetiva tutela do bem jurídico violado, defende-se a possibilidade de cumulação da tutela inibitória (decisão condenatória) acrescida de provimento jurisdicional constitutivo negativo, com fundamento na amplitude de objeto da ação civil pública (Lei n. 8.078/1990, art. 83), para fins de supressão do mundo jurídico da cláusula inserida em acordo ou convenção coletiva de trabalho que seja atentatória aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Propõe-se, portanto, a cumulação de pedido condenatório, veiculado mediante tutela inibitória destinada a impedir a repetição da cláusula impugnada em instrumentos normativos coletivos futuros, com pedido constitutivo negativo, próprio das ações anulatórias, para fins de afastar do mundo jurídico os efeitos jurídicos da cláusula normativa impugnada.

Reconhecida a ação civil pública como instrumento mais efetivo, ressalta-se a competência do juízo de primeiro grau do local onde ocorre o dano como competente para apreciar a demanda apresentada (Lei n. 7.347/1985, art. 2º, e TST, SDI II, OJ n. 130). Cabe ressaltar a ausência de previsão constitucional ou infraconstitucional a respeito da competência funcional para a ação anulatória fundada no art. 83, IV, da LC n. 75/1993, diferentemente do dissídio coletivo. Para tanto, deve-se aplicar a regra geral que veicula a competência originária do juízo de primeiro grau.

## **6 Conclusão**

1. A ação civil pública comporta provimentos jurisdicionais de cunho condenatório, declaratório, constitutivo, mandamental, executivo, cautelar e todos aqueles destinados à efetiva tutela de direitos metaindividuais.

2. Compete ao juízo de primeiro grau julgar originariamente as ações civis públicas (Lei n. 7.347/1985, art. 2º, Lei n. 8.078/1990, art. 93, e TST, SDI II, OJ n. 130).

3. Em se tratando de acordos e convenções coletivas de trabalho, cujo conteúdo apresenta cláusulas contrárias ao ordenamento jurídico, a ação civil pública é o instrumento mais efetivo para a tutela dos direitos sociais dos trabalhadores.

4. A ação civil pública que combate a inserção em acordos e convenções coletivas de trabalho de cláusulas contrárias ao ordenamento jurídico deverá ter como objeto a cumulação de pedido condenatório (tutela inibitória) com pedido constitutivo negativo (declaração de nulidade).

5. A ação civil pública que combate a inserção em acordos e convenções coletivas de trabalho de cláusulas contrárias ao ordenamento jurídico deverá ser proposta no juízo de primeiro grau do local onde ocorre o dano, salvo na hipótese de dano suprarregional ou nacional, cuja competência funcional recairá concorrentemente sobre as varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho (Lei n. 7.347/1985, art. 2º, Lei n. 8.078/1990, art. 93, e TST, SDI II, OJ n. 130).

## **Referências**

FERNANDES, Suzidarly Ribeiro Teixeira. Declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho – competência fun-

cional do juiz do trabalho de primeiro grau. 2011. Disponível em: <http://seer.trt10.jus.br/index.php/revista-TRT10/article/viewFile/77/72>. Acesso em: 22 ago. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores. Lei n. 7.347/85 e legislação complementar. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5041>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

———. Ação coletiva de tutela do meio ambiente. In: JÚNIOR, José Hortêncio et al. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

———. *Dissídio coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

# Planejamento estratégico do MPF (2011-2020): incentivo aos arranjos informais de cooperação?

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior

Procurador da República.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Cultura organizacional e redes informais: limites para construir a unidade do MPF. 3 Contexto histórico: crise de referência perante o público. 4 Planejamento estratégico e conflito com a independência funcional 5 Construção de um modelo coletivo como garantia da independência funcional. 6 Conclusão.

**Resumo:** Após 20 anos da LC n. 75/1993, o artigo pretende discutir a unidade e a independência funcional dos membros do Ministério Público Federal (MPF). A forma pela qual se relacionam essas duas características indica qual é o papel do Ministério Público (MP) no Estado de Direito. O neoinstitucionalismo é um importante corrente para compreender os arranjos informais que interagem com as regras formais, de modo a permitir uma visão mais realista de como os membros compõem a instituição. A crise de referência da identidade do *Parquet* demonstra que os arranjos informais da época da Constituinte de 1988 não são os mesmos do presente. O planejamento estratégico é importante elemento para incentivar espécies de cooperação entre os membros. É preciso analisar os custos políticos do fortalecimento da unidade ou da independência funcional, segundo os jogos de interesse e a violência inerentes à democracia moderna. A hipótese é que a unidade institucional estará salvaguardada se instâncias colegiadas garantirem o entendimento uniforme de questões abstratas. A independência funcional será protegida se houver liberdade para aplicar as posições colegiadas ao caso concreto. Dessa maneira, evita-se que a atuação independente de diversos membros implique o risco de desequilíbrio no quadro de poderes republicanos e que prejudique o *accountability* social sobre o MP.

**Palavras-chave:** Neoinstitucionalismo. Unidade. Independência funcional. *Accountability*.

**Abstract:** After twenty years of *LC 75/1993*, this article discusses the unit and functional independence of the members of the Federal Public Prosecution Service. The way we relate these two characteristics indicates what is the role of the Federal Public Prosecution Service in the rule of law. The theory of neoinstitutionalism is important for understanding the current informal arrangements that interact with the formal rules, to allow a more realistic view of the institution. The identity crisis of the *Parquet* shows that informal arrangements of the present time are different of the time of the constitutional charter of 1988. Strategic planning is an important element to encourage different kinds of cooperation between members. It is necessary to analyze the political costs of strengthening the unity or functional independence, according to the games of interest and violence inherent to modern democracy. The hypothesis is that the institutional unit will be protected if collegiate institutions ensure uniform understanding of abstract questions. The functional independence will be protected if there is freedom to each prosecutor apply decisions collegiate in front of singular case. Thus, it avoids the risk of imbalance within the framework of republic powers and undermine the social accountability.

**Keywords:** Neoinstitutionalism. Institutional Unit. Functional independence. *Accountability*.

## 1 Introdução

Vinte anos da Lei Complementar (LC) n. 75/1993. Escrever sobre unidade e independência funcional do Ministério Público (MP) é tarefa que impõe navegar sem vasto horizonte. Sem teorias absolutas. A reflexão acerca da importância dessas características do MP, vez ou outra, revela que elas andam opostas no lumiar de um profundo paradoxo: instituição equiparada ao Judiciário que, porém, namora a hierarquia entre os seus membros como meio de assegurar sua funcionalidade.

A primazia da unidade institucional, por si só, eliminaria a beleza da magistratura do interesse público. Estética que se aloja na criatividade de ser pensante para intervir na realidade sem recair em perseguições, é agir tão só de acordo com a própria convicção, segundo o mito do interesse da lei. Porém, o reverso seria o oposto pendular, por criar milhares de ministérios públicos em detrimento da unidade, potencializando a independência como sinônimo de violência e arbitrariedade no intervir na vida alheia.

O contraste, a princípio, aparece esquecido com a prática diária de rotinas, que uniformizam atuações sem qualquer insurgência particular. Entretanto, a dissonância reaparece, vez ou outra, em ações midiáticas polêmicas ou, em intensidade mais singela, quando o agente ministerial resolve adotar postura discordante dos demais colegas num assunto objeto de velhos costumes.

O equilíbrio é a nota. Todos sabem. Mas como?

O paradigma deste artigo é o neoinstitucionalismo, sem prejuízo de outras contribuições teóricas laterais<sup>1</sup>.

Os arranjos informais ocultos nas regras formais assumem relevo para entender a identidade institucional e as espécies de acordo entre os integrantes de qualquer órgão. Afastam-se, desse modo, soluções ideais radicais que pensem numa relação do coletivo para o indivíduo, de cunho autoritário, ou que assumam uma completa liberdade do particular, como se este não sofresse influência do meio em que inserido.

---

1 Por certo, o artigo apresenta limitações e as mais evidentes estão no seu paradigma teórico. Conforme dito, as lentes de análise são compostas pelo neoinstitucionalismo como ferramenta analítica da ciência política, que ocupa papel relevante, assim também pelo interacionismo simbólico da sociologia e o realismo significativo de John Searle na área da filosofia. Todas são correntes que o autor tomou a liberdade pouco científica de usá-las num diálogo particular para este ensaio. (KUHN, 2003, p. 138).

O suporte material do trabalho será o planejamento estratégico (Portaria PGR n. 687/2011), com suas dificuldades e desejos, ao modo de criar incentivos para condições particulares de acordo nem sempre previstos formalmente nas normas de conduta para procuradores da República.

Embora o ônus político tenha impedido a adoção de normas claras, o planejamento possui dois propósitos definidos: a) superar a burocracia da atividade pela atividade, em que não há controle de qualidade dos resultados; e b) mitigar a discricionariedade de cada agente ministerial em nome de ações coordenadas, a fim de garantir uma identidade à instituição.

O sentido desses propósitos é apresentado quando se olha para a crise de referencial do Ministério Público, decorrente de uma conjectura na qual a sociedade civil exerce maior controle sobre as agências estatais na execução de suas pautas ordinárias, e em que não se menospreza o papel da mídia na formação da opinião pública.

Vê-se que não é só a crise do MP, mas das oficinas do Estado, haja vista que o conceito de burocracia de feição eminentemente liberal não encontrou prestígio semelhante no Estado social de demandas e agora agoniza para dar resposta a exigências administrativas de eficiência e qualidade de resultados conforme dinâmica de controle gerencial das metas.

É uma encruzilhada que implica repensar o quanto de independência funcional dos promotores a sociedade estaria disposta a pagar. Simplificando as tintas, é uma conta que teria como mureta, de um lado, a prestação ministerial diligente e previsível; de outro, os valores iluministas da acusação imparcial do fiscal dos três poderes, fundada na confiança da melhor e livre convicção do promotor.

O barroco dessa construção é que a veneração da consciência individual, a par de afastar a hierarquia política, canaliza inesperadas decisões, fruto de inumeráveis motivações dos membros

ministeriais. É um quadro que foge das raias de controle racional da sociedade civil sobre o MP. Por conseguinte, o fácil jogo de palavras de que o poder sem limites pode resultar em abuso é a síntese da inquietação deste artigo.

A sugestão é simples e direta: o MP só pode ter uma identidade se houver uma homogeneidade mínima de atuação. Depende pensar, dessa forma, em decisões estratégicas e atuações diante do caso concreto, enquanto se aguardam decisões legislativas que garantam poder de coordenação vinculativo a procedimentos colegiados e ao chefe da instituição do MP.

As ações coordenadas vinculantes tratariam de questões jurídicas abstratas e operacionais para fins de atuação. Por seu tanto, a magistratura do MP estaria preservada para a liberdade de aplicar o direito ao caso concreto.

Obviamente, essa separação enfrentará problemas no delimitamento dos limites entre questões abstratas e concretas, mas os benefícios político-jurídicos dela serão imensos, segundo se demonstrará nas próximas páginas.

A sobreposição de decisões coletivas sobre individuais seria uma *capitis diminutio* bem-vinda a fim de reduzir a imprevisibilidade do poder de decisão de múltiplos agentes, que, em rota contrária, tornaria impossível a fiscalização difusa pela sociedade (*social accountability*).

A exigência de fiscalização social e difusa e até a briga corporativista entre agências – MP e polícia, por exemplo –, para demonstrar quem pode melhor ofertar um serviço eficiente à sociedade, revelam que o Ministério Público Federal (MPF) precisa de um referencial de identidade sob pena de perder a justificação de sua importância no equilíbrio de poder do Estado de Direito.

Assim, o ponto de partida dessa análise é que a unidade retém um papel de protagonista na missão do Ministério Público como fiscal dos poderes públicos e da sociedade.

Por independência funcional dever-se-á entender a que o membro do MP detém ao interpretar casos, que é diferente da independência da instituição frente ao público externo, conceito, por sinal, que estaria relacionado à unidade.

O texto falará do MPF, mas, quando conveniente, cuidará do MP de um modo amplo e exemplificará com situações do MPF. Os membros do MPF são denominados procuradores da República; os do MP, promotores de Justiça.

## **2 Cultura organizacional e redes informais: limites para construir a unidade do MPF**

A consolidação dos resultados do planejamento estratégico, em 13 de junho de 2011, conforme será mais bem detalhado a seguir, apontou para a melhoria da cultura de governança mediante a participação ativa de servidores e membros no resultado de suas atividades<sup>2</sup>.

A consciência de que o trabalho individual é parte dos objetivos da instituição é uma das etapas para se colimar o clima de excelência e comprometimento quanto às funções normativas conferidas pelo texto constitucional – defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127)<sup>3</sup>.

O empenho é resposta a críticas antigas de que o modelo weberiano conduziu à rotina de trabalho “da forma pela forma” e à falta de motivação para alcançar resultados de qualidade (GIDDENS, 2010, p. 351-354). Insere-se, enfim, num contexto em que a burocracia

---

2 Disponível em: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/linha-do-tempo/produtos/pmga/planejamentoEstrategico2011-2020.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2013.

3 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

governamental brasileira<sup>4</sup> tenta dar resposta ao desânimo público face à insuficiente capacidade resolutiva estatal dos problemas sociais.

A dúvida sobre a qualidade da prestação dos serviços executados sob a roupagem ideológica de que estão ajustados a padrões regulamentares oficiais de conduta descortinou os arranjos informais como regras de interação implícitas na organização formal dos agentes públicos.

A junção de regras formais e informais constitui as regras do jogo, as quais, com efeito, regulam a vida da instituição.

Naturalmente, a força entre as duas regras pode se combinar de múltiplas maneiras. Destaquemos duas. A primeira: complementarmente, em que arranjos formais e informais colaboram para a instituição cumprir suas finalidades; a segunda: por substituição, em que as regras informais corroem o sentido das formais.

No último caso, o respeito aos meios justificaria os fins acolhidos além do explicitamente dito pelas normas de comportamento. No primeiro caso, haveria uma cultura institucional em prol das metas formais<sup>5</sup>.

A instituição informal ganha destaque pela complexidade em qualquer planejamento estratégico, porque depende de conclusões que certamente não são subsidiadas com meses de pesquisa de campo (com questionários, entrevistas etc.).

---

4 Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/planejamento\\_estrategico/130314\\_planejamento\\_estrategico.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/planejamento_estrategico/130314_planejamento_estrategico.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2013.

5 Dizem-se “instituições complementares” quando instituições fortes, formais e informais, coexistem. A informal atua de modo convergente para reforçar a eficácia das regras formais. De outro lado, “instituições por substituição” ocorrem quando instituições formais fracas interagem com outras informais fortes. (NÓBREGA, 2013a, p. 102-104).

Ela se compõe de elementos culturais, lógicas pessoais de atuação e outros insumos motivacionais, nos quais se incluiria a irracionalidade ou a aparente falta de motivo, que necessitam de tempo para serem apurados e de sofisticadas interpretações (NÓBREGA, 2013b, p. 37-41)<sup>6</sup>.

O estudo dos incentivos de condutas depende de compreender-se, de início, o significado dos símbolos que servem de intermediários nas relações entre os membros do MPF, haja vista serem recursos que moldam o pensar e agir dentro de qualquer comunidade (THOMAS, 1966, p. 231-256).

O art. 53<sup>7</sup> da LC n. 75/1993 é um bom exemplo. Um colegiado de procuradores que engloba toda carreira, com poder de decisão em assuntos sensíveis, é ponto de valor para entender a forma de cooperação entre procuradores.

O poder de veto de qualquer membro sobre assuntos estratégicos concorre para diferentes cooperações. Parte delas poderia rapidamente sofrer a pecha da censura moral: jogos de cortesias,

---

6 As instituições são identificadas como regras de jogo, que guiam e constroem o comportamento dos indivíduos, de modo que instituições informais são regras compartilhadas socialmente cuja vigência e sanção estão fora dos canais oficiais de disciplina. Isso tudo confere um caráter dinâmico a instituições (NÓBREGA, 2013, p. 37- 39).

7 Art. 53. Compete ao Colégio de Procuradores da República: I – elaborar, mediante voto plurinomial, facultativo e secreto, a lista sêxtupla para a composição do Superior Tribunal de Justiça, sendo elegíveis os membros do Ministério Público Federal, com mais de dez anos na carreira, tendo mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II – elaborar, mediante voto plurinomial, facultativo e secreto, a lista sêxtupla para a composição dos Tribunais Regionais Federais, sendo elegíveis os membros do Ministério Público Federal, com mais de dez anos de carreira, que contém mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, sempre que possível lotados na respectiva região; III – eleger, dentre os Subprocuradores-Gerais da República e mediante voto plurinomial, facultativo e secreto, quatro membros do Conselho Superior do Ministério Público Federal; IV – opinar sobre assuntos gerais de interesse da instituição.

populismo etc. Outras, nem tanto: maior controle nos trâmites de decisão e transparência nas justificações do decidido.

Entender esse movimento, visualizado nos incentivos que as regras formais catalisam, é o ponto nodal para saber como o *Parquet* fiscaliza os demais poderes e a sociedade. A pergunta se prende na análise de como as regras formais concorrem para espécies de arranjos entre os membros ministeriais. Referido entendimento também é importante para saber o produto dessa interação, palpável na forma pela qual o *Parquet* fiscaliza os demais poderes e a sociedade.

Até que ponto regras de eleição contribuem para complementar regras informais que fortaleçam a unidade da instituição? Ou elas substituem o escopo de unidade institucional por regras do jogo que corroboram a independência funcional?

Antes de investigar a resposta para essas perguntas, que será dada no último capítulo deste artigo, carece afirmar que a equação entre unidade e independência não pode ser igualmente exata.

Teorias normativas desejam coatar a liberdade dos cidadãos em nome de valores; entretanto, considerar premissas realistas de comportamento enriquecem o debate institucional, uma vez que ambições constitucionais do cargo são aceitas como insumos causais de determinado perfil da instituição.

Nesse raciocínio, um jogo democrático deve estruturar regras em que ambições de defesa de posicionamento encontrem ambições proporcionais de ataque, garantindo-se um equilíbrio entre as ações, sem estabelecer diretrizes abstratas de pouca repercussão prática (ARANTES, 2010).

Quando as ambições do cargo são incorporadas em ambições da instituição, decerto há um ganho político pela força e intensidade com que a instituição consegue se mover, a exemplo da

Polícia Federal, mas sempre fica a pergunta se esse é o ideal democrático para uma rede de fiscais do interesse público – *web accountability* (ARANTES, 2010).

E é uma escolha política qual lado da balança deve pender.

Em linhas gerais, o fortalecimento da unidade permite conceber os grupos responsáveis pelos rumos da instituição, facilitando o alvo para os setores de pressão e a fiscalização democrática por parte de outros poderes e da sociedade.

Ao revés, a atomização da unidade dificulta a identificação e controle político dos agentes com poderes de veto a políticas públicas, porém fragiliza o conceito que os outros devem ter do MPF e exige, por outro lado, mecanismos formais e informais de apoio para que o promotor não se encontre abandonado diante da situação concreta, refém de grupos de pressão e da responsabilidade de ser “a instituição” na escolha de caminhos igualmente plausíveis do ponto de vista jurídico.

Mencione-se, ainda, que a elevação do MP em centenas ou milhares de unidades, escudadas na independência funcional, abre espaço para a melhor decisão eleita pelo talento individual. Contudo, diminui o capital social da instituição, conceito albergado nas instituições informais e que assinala confiança, crença e valores decorrentes de normas compartilhadas por uma organização.

Instituição que perde a unidade em nome do talento individual tem baixo capital social porque não incentiva a cooperação, ou seja, o jogo de estratégias comuns presentes nos grupos humanos culturalmente fortalecidos (NÓBREGA, 2013a, p. 108-111).

A consequência mais clarividente é justamente a perda de presença no espaço público. Como diz Sadek (2012, p. 454-459), um dos pontos altos do MP é sua atuação sem depender do Poder Judiciário, o que necessita de uma ação concertada para que o

recado à sociedade não se desnature. Igual perigo haveria também nas atuações judiciais.

Melhor compreensão da matéria – das vantagens e desvantagens da unidade e independência – pode ser dada com o perfil histórico da crise do MP.

### **3 Contexto histórico: crise de referência perante o público**

A consciência coletiva é diferente da individual. É algo mais complexo do que a soma de pensamentos particulares, porque não depende da soma aritmética de consciências, mas de ideias transmitidas ao longo do tempo por mais de um sujeito (SEARLE, 1998, p. 111-134)<sup>8</sup>.

É um raciocínio simples, de natureza especulativa e realista, contudo tem a enorme pretensão de demonstrar o porquê de se pensar na unidade ministerial. É assunto que ganhou notoriedade com a mudança do contexto político desenhado na época da Carta Constituinte de 1988.

Como todos sabem, o embate político na década de 1980 do século XX foi muito bem capturado pelo Ministério Público, que, por meio de atuações seletivas de forte simbologia política e

---

8 O MPF dependeria de quantas consciências para existir? Não depende de especificamente nenhuma, mas uma pelo menos deve existir no mundo. E é claro que quanto mais definida for essa consciência e quantas mais pessoas crerem na definição institucional, mais forte é a instituição. Um bom quadro do que se fala seria o seguinte: diferente das pedras e das casas, as instituições para existirem no mundo precisam de um ato de crença. É um argumento filosófico realista. Do mesmo jeito que as pedras existem, o MPF também existe, porém a sua existência depende de que as pessoas saibam quem é o MPF; as pedras não precisam convencer para existir, porém instituições como a Igreja Católica, o MPF e quaisquer outras saem da cabeça das pessoas para ganhar independência solitária.

de simpósios, meticulosamente, ganhou o respeito da sociedade (ARANTES, 2002, p. 127-132).

Os dividendos políticos, de todo jeito, não foram consequências singelas de incumbências jurídicas bem empreendidas.

O *Parquet* tinha, entre seus membros, personagens políticas que influíram decisivamente nos trâmites de projetos legislativos que aos poucos foram moldando a autonomia financeira, administrativa e operacional do arquétipo ministerial presente no texto republicano de 1988 (ARANTES, 2002, p. 51-113)<sup>9</sup>.

Em negociações parlamentares, nas quais, como não podia deixar de ser, a sorte e astúcia política seriam companheiras, o MP conseguiu demonstrar a relevância do seu papel para sedimentar o quadro democrático que se antevia (*idem*, *ibidem*).

As fragilidades da sociedade civil e da Administração Pública foram elementos que enalteciam ações relevantes dos promotores, isto é, trabalhos que gozaram de impacto na realidade social do País.

Não obstante, a maior atuação de entidades civis na esfera política e a autonomia de carreiras jurídicas de Estado, como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública da União, denodaram que a exaltação de trabalhos ministeriais, a par do sincero, real e importante esforço para intervir na realidade, continha fragmento autolegitimador substancial.

Na ausência de critérios estatísticos do trabalho do MP que reflitam ações positivas na efetivação das declarações do ordenamento jurídico, pode-se criar a ilusão de que problemas sociais estão sendo resolvidos pela atuação ministerial (SOARES, 2008, p. 153-155).

---

<sup>9</sup> É ilustrativa a gerência no escritório do então ministro da Justiça Ibrahim Ackel que teve papel importante na aprovação da Lei n. 7347/1985. (ARANTES, 2002, p. 59-61).

Como é peculiar no discurso jurídico, os seus próprios usuários – no caso, promotores e procuradores da República – definiriam padrões de eficiência e legitimidade a despeito da irracionalidade inerente nas escolhas e definições de valores pontificados nas decisões.

O engano de sentido se agrava na ausência de linhas de pesquisa integradas aos problemas do MP. A constante avaliação crítica dos resultados de políticas institucionais permitiria cíclicos melhoramentos, nos moldes de uma política judicial eficiente e preocupada com resultados (MEARS, 2010, p. 250)<sup>10</sup>.

Eis a crise institucional. Num ambiente de consolidação da democracia, em que diversos atores concorrem para satisfazer necessidades públicas, o MP não pode ser mero substituto da sociedade, consagrado em expressões como “guardião da sociedade” ou “fiscal da lei”, haja vista que a atuação ministerial submete-se a critérios de qualidade e a indagações que ultrapassam o exercício lúdico das palavras.

As brigas institucionais por espaço de poder e a tendenciosa e saudável queda de paternalismo do Estado sobre os cidadãos desnudaram um quadro em que o *Parquet* precisa se reciclar para mostrar sua importância como promotor oficial de boa qualidade de vida<sup>11</sup>.

---

10 *That is, policies should be monitored to ensure that they are applied at appropriate times for appropriate populations and in an appropriate manner. Systems-level monitoring also is needed to identify redundancies, inefficiencies, and possible areas where improvements could be made. Such activities should be ongoing parts of criminal justice systems and policies, not one-time events.* (MEARS, 2010, p. 250). A Portaria PGR/MPF n. 353/2012 criou o Sistema de Gestão Estratégica e Governança (SIGE), composto por Comitês e Subcomitês, a fim de continuamente acompanhar o impacto da política institucional em áreas sensíveis como comunicação social e tecnologia da informação.

11 Quadro que se esclarece com a crise da administração da justiça, após a queda do Estado de Bem-Estar Social. A destruição do mito de que o Estado poderia prover boa qualidade de vida inaugurou um período de controle de eficiência das atuações estatais segundo regras gerenciais de inflexões liberais da iniciativa privada. (GARLAND, 2008, p. 365-411).

A cobrança por resultados e o questionamento sobre como estes seriam alcançados abriram o flanco para instigações teóricas outrora esquecidas.

Por conseguinte, o sol que brilhou sobre o Ministério Público se tornou demasiado turvo, também para separar as críticas construtivas das adrede instrumentalizadas, isto é, que utilizam, por exemplo, as fragilidades institucionais do *Parquet* federal para apequená-lo em troca de vantagens particulares contrárias ao interesse público.

O mundo de normas conferiu aos agentes ministeriais amplas lentes para interpretar os problemas jurídicos; porém não especificou quais casos devem ser priorizados em detrimento de outros.

Ao lado da exigência de reinvenção do MP, sob o ângulo interpretativo do regime jurídico de 1988, em especial, está uma crise profissional em que visões radicais importam completa desqualificação dos agentes ministeriais, no caso do fim da independência funcional, ou perda de identidade da instituição, no caso de fim da unidade.

Dessa feita, ressoa o velho brocardo da ciência política de que o bebê talvez esteja sendo jogado fora junto com a água suja do banho. É um ponto contundente em face do qual se deve apresentar uma resposta sincera.

E é o desafio do planejamento estratégico, que, a despeito das incongruências, veio para ilustrar os benefícios e a necessidade do princípio da unidade para sobrevivência institucional nestes 20 anos da LC n. 75/1993.

Com os subsídios discutidos, serão avaliados os propósitos do planejamento e os erros que se sugerem indispensáveis de correção.

#### **4 Planejamento estratégico e conflito com a independência funcional**

Em 27 de agosto de 2010, o MPF lançou o projeto básico de gestão, que visava a modernizar os procedimentos internos de trabalho e a capacitar gestores<sup>12</sup> com o fim de formar um corpo de procuradores e servidores comprometidos com a qualidade do resultado do trabalho da instituição.

Seria o primeiro sinal de mudança. O discurso legitimador da essencialidade do MP no quadro governamental<sup>13</sup> também deveria preencher o sentido das palavras com números e resultados estatísticos, para demonstrar ao público a espécie e o grau de intervenção ministerial em impasses sociais.

O projeto de gestão avançou de tipos procedimentais da atividade meio para os da atividade fim. Ambicionava-se não só executar com monitoramento e reflexão o cumprimento das diretrizes ministeriais pelo seu corpo técnico de servidores mas também saber como as atuações dos membros fazem presente o MPF na realização de valores<sup>14</sup> (diretrizes) e objetivos específicos.

A Portaria PGR/MPF n. 687/2011 simbolizou essa tarefa, sem a posição clara de indicar como se resolveria a dicotomia independência funcional e unidade.

---

12 Disponível em: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/linha-do-tempo>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

13 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal).

14 Os valores organizacionais representam os princípios que devem nortear as ações e a conduta de colaboradores, gerentes e autoridades ligadas a uma instituição pública. Tais valores, portanto, consubstanciam-se em conjunto de crenças e princípios que orientam e informam as suas atividades. Item 1.3 do anexo II da Portaria PGR/MPF n. 687/2011.

Como era previsível, o texto apontou o caminho para 2011-2020, porém, deixou para os membros as reflexões sobre como dar concretude aos anseios petrificados na norma escrita<sup>15</sup>.

Os objetivos foram organizados em três perspectivas: aprendizado e crescimento; processos internos; e comunicação e conhecimento. Transcrevem-se os mais importantes para o pensamento do nosso assunto:

Art. 3º Os objetivos estratégicos do MPF estão distribuídos em três perspectivas e sete temas, conforme elencados abaixo:

II – Perspectiva Processos Internos:

e) tema 5 – Modelo de atuação:

1 – objetivo 15: Atuar de forma integrada, coordenada e regionalizada;

[...]

f) tema 6 – Fortalecimento da Instituição:

[...]

2 – objetivo 20: Buscar maior protagonismo da Instituição perante a sociedade civil em temas relevantes para o MPF.

III – Perspectiva Sociedade:

a) tema 7 – Ser percebida com uma Instituição que atue efetivamente na defesa da sociedade por meio de:

[...]

5 – objetivo 25: Trabalho em grupo e parcerias.

---

15 Art. 2º A identidade estratégica em que se baseia o Planejamento Estratégico do MPF é seguida pelo seguintes componentes: I – Missão: promover a realização da justiça, a bem da sociedade e em defesa do Estado; II – Visão de futuro: até 2020, ser reconhecido, nacional e internacionalmente, pela excelência; III – Atributos de valor para a sociedade: autonomia institucional, compromisso, transparência; IV – Vinte e cinco objetivos estratégicos.

Como se vê, o planejamento almejou fortalecer o MPF enquanto instituição, sintetizado no pensamento *atuar de forma integrada, coordenada e regionalizada* (art. 3º, II, e, Portaria n. 687) para ser conhecido *na promoção da justiça e no combate ao crime* (art. 2º, II, Portaria n. 687),<sup>16</sup> tendo como atributos *a autonomia institucional e a independência funcional* (art. 2º, III, Portaria n. 687).

Contudo, como conciliar a independência com a atuação coordenada e una a fim de o MPF ser protagonista enquanto instituição em temas relevantes para a sociedade civil?

O planejamento não diz como deve ser a equação independência *versus* unidade, nem poderia pelo ônus político da iniciativa e pela natureza do texto em si; mas a partir dele se visualiza a ideologia da burocracia que se quer retratar para os anos 2011–2020, submetida a padrões gerenciais administrativos de rotina.

Em outras palavras, o planejamento estratégico sugere respostas, embasadas em argumentos da ciência administrativa, mas a escolha – é previsível – tem natureza jurídico-política por justificar<sup>17</sup>.

No Anexo II da referida Portaria PGR n. 687 (identidade estratégica), tenta-se oferecer maiores detalhes. Por independência funcional se deveria entender *a liberdade do membro do MPF de, no exercício de suas atribuições, agir de acordo com o seu convencimento na interpretação da Constituição e das leis, sem vinculação hierárquica e de forma a assegurar o cumprimento da missão de promover a justiça*. E, por unidade, que os membros do MPF *constituem uma só instituição e a*

---

16 *Promover a realização da justiça, a bem da sociedade e em defesa do Estado Democrático de Direito* (art. 2º, I, Portaria n. PGR/MPF 687) representa a razão de ser do MP, a sua causa final no plano administrativo governamental brasileiro.

17 Por exemplo, é controverso se houve apropriação política de argumentos técnicos para a escolha de lotações prioritárias a fim de preencher cargos vagos após a nomeação de novos Procuradores da República – decisão proferida pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF) em reunião ocorrida no dia 4.12.2012.

*sua força também se revela na atuação independente e harmônica dos procuradores da República.*

É irrefragável reconhecer que o drama é potencial entre instituição e atuação independente.

As propostas são muitas para resolver o problema.

De fato, a atuação de um PGR comprometido em dar unidade à instituição seria soberba, uma vez que seria exemplo para os demais membros e convenceria da forma mais natural possível, com o diálogo e emotividade sinceros (CARDOSO NETO, 2013)<sup>18</sup>, retórica esta que prescindiria do uso da força disciplinar e de estratégias populistas.

No entanto, a legitimação carismática apresentaria dois graves problemas. A dependência de um líder não iria cessar após o pontapé inicial de um reconhecido como tal, por ser uma legitimidade

---

<sup>18</sup> CARDOSO NETO, Lauro Pinto. A implementação do planejamento estratégico na atuação finalística do Ministério Público Federal. *Revista pensar o MPF*, julho de 2013, v. 1, p. 77-86. No Ministério Público Federal, vislumbramos o Procurador-Geral da República como a principal liderança a sustentar o processo de mudança e coordenar todas as atividades desejadas. Como bem ressalta Hunter (2006, p. 83-84), “o papel do líder servidor é parecido com o maestro de uma orquestra. Muitos conhecem a teoria da música e tocam instrumentos musicais, mas não possuem a habilidade de juntar tantos músicos diferentes e fazê-los tocar a música em harmonia”. O alinhamento da atuação finalística aos órgãos de coordenação é imperativo legal. Nos termos da Lei Orgânica do MPU, as Câmaras de Coordenação e Revisão serão organizadas por função ou matéria, através de ato normativo, e seu funcionamento será disposto em regimento interno elaborado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal. Competirá às Câmaras promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, mesma atuação temática, observado o princípio da independência funcional. A independência funcional, no caso, não poderá ser instrumento de livre arbítrio, mas de exercício independente de consciência jurídica nas ações institucionais coordenadas à execução da estratégia. Ademais, a bem da sociedade, podemos incentivar mecanismos de construção de linhas de entendimento institucional em diversos temas de interesse público, sem efeito vinculante, a orientar e balizar a atuação finalística.

precária (WEBER, 1946, p. 245–250). A instituição seria demasiadamente dependente hoje e sempre dos talentos individuais de seus chefes, para resolver um problema estrutural<sup>19</sup>.

Ademais, a escolha do chefe, ou depende dos critérios políticos puros do presidente da República, ou do respeito à lista de escolha feita pelos membros ministeriais do MPF, que sugere a opção de três nomes mais votados entre os pares para o presidente da República escolher<sup>20</sup>.

O primeiro critério fugiria do escopo deste artigo, em face da latente imprevisibilidade da eleição para quem olha o problema à distância igual neste momento.

O segundo critério, porém, demonstraria que a legitimidade carismática do chefe deveria espelhar uma escolha dos membros da instituição que votariam no colega com maiores atributos para liderar.

A par do populismo ou qualquer outra estratégia usual num processo de eleição, o fato é que os membros escolheriam alguém cujos atributos seriam queridos na figura de chefe. E, então, tem-se um argumento circular, precisa-se de um chefe carismático, mas a carreira elege um para quem não reconhece posteriormente os atributos para tanto. É uma petição de princípio que recai sobre os eleitores!

Outro argumento, de natureza procedimental, e que será detalhado no próximo ponto, é pontuar que o controle disciplinar

---

19 É conhecida a solução de Weber para que a democracia deliberativa saia da jaula de ferro do pensamento racional padronizado. Era necessário investir na legitimidade carismática de chefes que quebrassem a previsibilidade de comportamentos políticos estratificados em posições alheias às necessidades sociais (WEBER, 1999, p. 1095-1117), mas foi uma solução que não ocupou maiores digressões na obra do autor (SELL, 2009, p. 161).

20 Cf. Art. 128, II, §1º, Constituição Federal e <<http://www.valor.com.br/politica/3093954/procuradores-enviam-lista-triplice-dilma-para-sucessao-de-gurgel>>.

deve ser mais incisivo e meritório na carreira. Não seria tanto para dizer o correto caminho da atuação finalística, mas para corrigir “desvios grosseiros” consistentes em modos de atuação que gozariam de ampla reprovação entre os colegas de carreira<sup>21</sup>.

Coaduna-se com a ideia lembrada acima, de que a independência funcional não é uma prerrogativa do membro, porém deve ser pensada em função da instituição, ou seja, para que o agente não se submeta a influências fora do órgão que tentem determinar qual a tese jurídica apropriada para o caso.

A ação coordenada implicaria a subordinação da independência individual aos interesses da instituição democraticamente eleitos, afinal, a instituição é uma para a sociedade e essa identidade deve ser buscada mesmo que seja necessária uma reforma legal para conferir maiores poderes de coordenação e de disciplina ao PGR e aos órgãos de controle da instituição. (ARAGÃO, 2013)<sup>22</sup>.

A princípio, o perigo dessa visão seria a falta de limite do conteúdo substancial das proposições que comporiam os objetivos da carreira ministerial e, por conseguinte, limitariam a independência funcional.

Sem embargo, sublinhe-se que essa é uma crítica ingênua tanto quanto generalista. É infrutífero preencher os objetivos do planejamento estratégico com ideologias de justiça e bem-estar social, uma

---

21 O arquivamento em série de feitos administrativos para “zerar” a estatística no gabinete, conquanto depois se verifique a não homologação de arquivamento pelas câmaras de coordenação ou a rejeição de inicial penal ou cível na fase postulatória.

22 Esses princípios devem ser aplicados articuladamente. A independência funcional não é uma panaceia que justiça toda e qualquer atuação, por mais disparatada que seja. Em primeiro lugar, trata-se de princípio institucional e não de prerrogativa individual. É a instituição, para fora e na organização interna da atuação de cada de seus membros, que é independente em sua funcionalidade, não podendo estar sujeita a pressões de ordem política. Mas essa independência é distinta da do juiz, que age sob provocação e, por isso, pode exercê-la autarquicamente; o Ministério Público, pelo contrário, tem iniciativa de ação e, por isso, a independência de atuação pressupõe agir unitário e internamente coordenado. (ARAGÃO, 2013, p. 74).

vez se tratarem de pontos sempre questionáveis para um público destinatário tecnicamente qualificado ou, sobretudo, porque o traço de metas substanciosas poderia resultar em desagradados, por serem inservíveis para resolver os múltiplos e imprevisíveis problemas concretos surgidos no dia a dia de um procurador da República.

Assim, seria impensável um retorno às origens por falta de lastro semântico. Exemplifica-se: estabelecer prioridades respeitando a tradição da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão na valorização dos direitos humanos seria caminho que não tangenciaria o problema unidade *versus* independência individual.

É um conflito cuja análise deveras é incompatível com ferramentas teóricas genéricas. Se tipos ideais são úteis para mapear atores de determinado sistema, apontando-lhes atributos positivos e negativos, não contribui para resolver problemas concretos entre eles.

Nesse sentido, o procurador da República Ângelo Costa acerta quanto à necessidade de estudar os critérios de seletividade de atuação segundo teorias diferentes da jurídica, que permitam oferecer outra visão sobre os problemas da carreira do MPF (2013, p. 35-44)<sup>23</sup>.

Mas sua contribuição é incompleta com os modelos ideais, por não permitirem uma construção lógica desejável da realidade com o uso desses modelos<sup>24</sup>, uma vez que a dicotomia unidade *versus* independência está justamente na interseção dos modelos propos-

---

23 Como a síntese dos elementos do modelo burocrático e empírico será necessariamente imperfeita, nada no modelo democrático-pluralista garante que não haverá uma recaída para o modelo discricionário, se faltar legitimidade aos processos institucionais de definição de critérios de seleção, ou se a matriz de atuação, por qualquer motivo, ficar desatualizada e não responder mais aos desafios de seu tempo. Ainda assim, parece-me uma alternativa superior à sobreposição incompleta do modelo discricionário ao modelo burocrático. (COSTA, 2013, p. 41-42).

24 Os tipos ideais funcionam como uma reconstrução lógica da realidade pelo sujeito. É uma concepção neokantiana clássica de M. Weber (ARON, 2000, p. 448-458).

tos: a) o empírico–discricionário, decorrência direta do princípio da independência funcional, no qual há uma seleção de casos de acordo com a experiência individual; b) o burocrático, em que há uma hierarquização, conquanto sempre incompleta, pois impossível eliminar a discricionariedade; e, por fim, c) o modelo democrático–pluralista, em que instâncias de coordenação angariariam o leque mais amplo possível de informações para depois democraticamente interpretá-las e fixar o sentido para os demais pares da carreira.

Como o autor da divisão em comento reconhece, a insurgência do membro contra o procedimento democrático–pluralista poderia levar o agente a mudar do modelo “c” para o modelo “a” de modo informal, sem o respeito procedimental dos processos prioritários de escolha finalística (COSTA, 2013).

Contudo, essa flexibilidade não resolve a questão. Com efeito, beira o realismo, por despir de perfeição qualquer modelo que se venha a propor, mas, vale repetir, não afasta o drama atual do MPF, que é o paradoxo de buscar ações coordenadas sem qualquer garantia vinculativa entre os executores.

Respeita o instinto natural que a inconformidade com o resultado de escolhas coletivas leve o sujeito a optar pelo viés que pessoalmente considere melhor; de toda forma, as consequências da mudança de perspectiva tem consequências sistêmicas, notoriamente de natureza política, haja vista que, a longo prazo, não há garantia de que a opção pessoal seja a mais proveitosa.

Errar coletivamente também é previsível, mas a arbitrariedade se reduz com a participação de muitos sobre uma escolha. E, à contraparte, protege a sociedade que pode ser vítima do erro individual de qualquer membro da carreira se o modelo de consciência individual simplesmente prevalecer.

Concomitante a esse perigo, a liberdade para a ótima escolha aumenta a olhos vistos o risco político de pressão sobre múltiplos

agentes com poder de decisão. Se se dificulta o controle político da carreira, pela falta de órgão central decisório, sobrepõe-se a janela do *lobby* no caso concreto.

Pondere-se que a violência, como domínio de um sobre o outro, invariavelmente estará presente, e a ideia de burocracia é justamente diminuir as imperfeições da escolha momentânea e individual. Não é salutar abrir mão dessa conquista liberal. O grande verte é estabelecer indicadores de qualidade da burocracia, de maneira que a informação possa ser circular e constantemente aperfeiçoada.

## **5 Construção de um modelo coletivo como garantia da independência funcional**

O brocardo *ação única com pensamento plural* goza de ampla aceitação nas organizações democráticas, mas operacionalizar isso para fins estratégicos, isto é, dotar-lhe conteúdo para ser entendido no dia a dia institucional, é tarefa que se deve construir optando-se pelo coletivo ou pelo individual, não há meio caminho.

O meio termo não existe porque não há ideologia que fique equidistante dos dois polos da controvérsia. Ao se investigarem os arranjos informais, por detrás de incentivos ao cumprimento de normas formais, esclarece-se ser falacioso um discurso que admita a opção do terceiro excluído.

A readequação do MPF ao controle social de eficiência de resultados impõe que seja afastado o mito de burocracia neutra, isto é, que seja ruída a presunção de que os agentes ministeriais buscam sempre e imparcialmente o melhor resultado<sup>25</sup> e que a independência funcional é atributo natural da unidade.

---

25 A concepção weberiana de burocracia ajudou o Estado ocidental a formar uma máquina administrativa pretensamente neutra, que serviu para a dominação político administrativa de fins inicialmente liberais. Não existe organização humana neutra (TRAGTENBERG, 2006, p. 231-271).

É preciso apresentar ao público cumprimento de soluções para impasses sociais e quais são os custos políticos no cumprimento da agenda do *Parquet*. É uma exigência da lei de acesso à informação e de resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>26</sup>.

C. Roxin (2003, p. 37-57), em conferência sobre os desafios do Ministério Público de Hamburgo, Alemanha, após pontuar que o modelo francês de Ministério Público foi aperfeiçoado para garantir uma persecução penal imparcial, questiona qual seria a natureza da independência funcional de um promotor.

A subordinação completa do membro a diretrizes institucionais teria a barreira da impossibilidade lógica da natureza da função, de interpretar a realidade – logo inadequada é a aplicação automática da norma, em detrimento do caso circunstancial –, assim como teria o inconveniente de tornar o MP um provável braço do Executivo, já que a ingerência política sobre órgãos centralizados e hierárquicos vincularia a atuação dos demais membros (2003, p. 37-57).

Não é redundante mencionar que MP e magistratura trabalham com códigos de valores não presos à eficiência da aplicação da lei penal, pois, além desse valor, dimensionam questões como justiça social, seletividade da norma incriminativa etc. (COELHO, 2005, 303-336).

O fato de uma condenação penal depender da concordância de agentes políticos independentes demonstra a importância da independência funcional para o MP.

Por isso é um espaço infranqueável do Estado de Direito que o membro ministerial tenha a liberdade de avaliar as circunstâncias do caso para qualificá-lo juridicamente. Aí está a independência funcional (ROXIN, 2003, p. 37-57), que, para outros, é diferente

---

<sup>26</sup> Inciso I do art. 1º da Lei n. 12.527/2011 e inciso I do art. 7º da Resolução n. 89/2012 e da Resolução n. 86/2012.

da judicial, sobretudo pela atribuição ativa que o MP exerce, diferente da magistratura, que é passiva e submetida ordinariamente ao poder de revisão do segundo grau<sup>27</sup>.

Por ser o MP uma instituição propositiva, participando da formação de políticas públicas como importante agente de veto, o seu conceito perante a sociedade depende de uma coordenação mínima de ações para existir enquanto instituição.

Não é só um argumento filosófico realista, conforme pontilhado no ponto três deste artigo. O controle social sobre as atuações do MP se reveste de elemento essencial no equilíbrio de poderes.

Democracias consolidadas paulatinamente desconfiam da presunção moral dos agentes públicos e exigem um controle de qualidade sobre o seu trabalho. Na Itália, por exemplo, o Conselho Superior de Magistratura sofre críticas por ter o monopólio disciplinar sobre o seus, já que avaliadores são eleitos pelos avaliados (GUARNIERI, 2011, p. 117-120)<sup>28</sup>.

---

27 A propositura de ações pelo MP, sem qualquer controle, mesmo submetida ao controle posterior do juiz, pode ser ponto de desequilíbrio na organização pública. Sobre a hierarquia no MP português, exercida pelo Conselho Superior e pelo Procurador-Geral, Dias; Fernando; Lima (2011, 43-79) comentam: “Segundo Cunha Rodrigues, ao facto de, ‘(...) sendo o Ministério Público uma magistratura predominantemente monocrática, isto é, funcionando normalmente por intermédio de órgãos ou agentes unipessoais, concentra-se na posição do Procurador-Geral da República a representação do Ministério Público e as atribuições que, pertencendo à Procuradoria-Geral da República, não se encontram confiadas a outros órgãos’ (apud CLUNY, 1994, p. 48-49). Acrescenta, ainda, que a hierarquia existente nesta magistratura ‘[...] corresponde também a necessidades impostas pela natureza das funções e por um objetivo de democratização da administração da justiça’ (ibidem, 1994, p. 49)”. Segundo Aragão (2013, p. 74), “Mas essa independência é distinta da do juiz, que age sob provocação e, por isso, pode exercê-la autarquicamente; o Ministério Público, pelo contrário, tem iniciativa de ação e, por isso, a independência de atuação pressupõe agir unitário e internamente coordenado”.

28 Um primeiro ponto crítico – que diz respeito a toda a Magistratura – é o que podemos definir como círculo vicioso da avaliação. Hoje, mesmo depois da reforma de 2007, quem avalia é escolhido por quem deve ser avaliado. (GUARNIERI, 2011, p. 118).

Se o MP surgiu como autoridade judicial administrativa para fiscalizar o equilíbrio das funções públicas, ele também não pode estar imune ao *accountability social* dos movimentos civis, da mídia etc. (GÖSSEL, 2007, p. 31-57).

Logo, se soa complicado o monopólio disciplinar da carreira nas mãos de membros eleitos pela própria carreira, pior, nesse sentido, é o custo político para fiscalizar cada membro que tem o poder de ser responsável pelo desenho institucional do MP.

A completa independência, aparentemente privilégio, é uma faca de dois gumes, que leva a sociedade a questionar se as prerrogativas ministeriais não podem se convolar em abuso (NÓBREGA, 2007), especialmente em casos midiáticos, nos quais a presença de figuras públicas canaliza argumentos de perseguição política ou de protecionismo.

Contudo, advirta-se que os dois modelos, independência e unidade, com suas virtudes e defeitos, podem estar presentes sob uma mesma moldura formal, tal o texto constitucional de 1988. Daí que se sobressai o neoinstitucionalismo como ferramenta que permita estudar os arranjos informais, apontando quais as vantagens democráticas de transparência de cada espécie de interação subjacente à norma formal (NÓBREGA, 2013b, p. 17-66).

Nesse contexto, é ingênuo pensar que o planejamento estratégico importará numa eleição clara de modelos. Seria um ônus político que nenhum chefe ministerial poderia suportar, ainda mais com uma lei que garante meios de participação de toda classe ministerial na eleição de cargos-chaves na carreira (LC n. 75/1993).

No entanto, é possível que inclinações normativas que denotem a importância da unidade institucional – como o Planejamento Estratégico 2011-2020 – fomentem um ambiente cultural em que os arranjos informais se afinem para a cooperação estratégica, sem desrespeitar a autonomia de valorar o caso concreto (*informal constraints*).

O Planejamento Estratégico pode estimular espaços de cooperação que aumentem o capital social (cf. ponto 2), por meio do enraizamento da confiança entre membros e da previsibilidade de ações entre as instâncias de coordenação; tudo que facilitaria a comunicação da instituição com o público externo.

Modos de cooperação, submetidos a regras aparentemente invisíveis, forjam sistemas eficazes de definição de ações a baixo custo de rejeição (THOMAS, 1966, p. 257-288).

É tentador pensar que o planejamento estratégico poderia ser utilizado para políticas pouco transparentes – por isso insubmissa ao controle público. Mas não é a hipótese.

Os arranjos informais não são artifícios de poder ou o que sobra da imperfeição de uma análise formal. Ao justificar um comportamento, em vez de se optar por uma ação voluntariosa (emocional ou racional-egoística) ou por uma determinação asfixiante da instituição, é mais rico reconhecer que as duas opções interagem num resultado no qual deve ser aceita, inclusive, a imprevisão (NOBREGA, 2013b, p. 60-66).

É desanimador pensar assim<sup>29</sup>. Todavia é enxergar a realidade com uma dose de sabedoria e de usufruto da experiência acumulada. O próprio Marx e correligionários fracassaram diversas vezes em suas previsões porque estavam olhando a realidade tão e apenas pelo ângulo institucional (capitalismo), esquecendo-se das motivações pessoais de quem faz a história (HOBSBAWN, 2011, p. 127-175); e, de outro lado, seria simplista imaginar que o homem pensa e age sozinho, sem influência do meio.

A proposta é que o planejamento estratégico seja um instrumento que fortaleça o procedimento coletivo de decisões opera-

---

29 Os filtros teóricos se tornam menos arbitrários ao compreender a realidade, necessariamente deformada pelos paradigmas (KUHN, 2003, p. 137-138).

cionais e vá além: auxilie na modulação de uma independência funcional compatível com o reconhecimento de uma instituição pelo público.

Enquanto não houver alterações legislativas, que dotem de caráter vinculativo as medidas do chefe ministerial e do Conselho Superior e de outros órgãos, o estabelecimento de diretrizes mediante ações coordenadas, em esfera regional e nacional, é meio de incentivo para arranjos informais que ponham as grandes questões acima da completa independência de cada membro.

Uma linha de atuação 2011-2020, concomitante à vinculação política dos futuros chefes da instituição, também serve de referencial para que a sociedade saiba o que o MPF intenta produzir e quem ele é<sup>30</sup>.

Obviamente outros problemas surgirão, dentro do capítulo unidade *versus* independência. À medida que o planejamento for implementado, tende-se a borrar a linha entre finalidades operacionais coletivamente postas e o espaço de decisão do membro do MP diante caso concreto.

É fácil antever dificuldades em comento, por exemplo, o indicador de desempenho n. 22, anexo IV do Planejamento, que estabelece o número de pareceres favoráveis, em 2º e 3º grau, às ações do MPF como critério para avaliar a unidade da instituição. Até que ponto esse critério não entra na dimensão do caso concreto?

Afinal, é difícil, sob o ângulo teórico e prático, separar nitidamente as questões de fato de aquelas puramente de direito, onde navegariam estratégias unitárias.

De toda sorte, trata-se de conflito característico de uma agência que pretende ser um novo modelo de burocracia. Um passo

---

30 A comunicação externa da instituição dependeria de vencer o primeiro, que é a cooperação, comunicação interna, entre os membros (MAIA, 2013, p. 95-96).

além da hierarquia weberiana falsamente neutra e um passo aquém de uma liberdade sem regras. Os extremos são dissonantes com uma instituição que almeja ocupar papel relevante no delineamento de políticas públicas e na fiscalização pretensamente isenta das demais entidades de relevância social.

Num ambiente coletivo, os questionamentos individuais devem refletir nas instâncias coletivas de revisão, numa reciprocidade salutar, sem que atitudes temperamentais comprometam o sistema com a pretensa melhor solução egoística.

O custo de, em teoria, impedir a possibilidade da melhor solução para o problema particular é compensado pela redução de chance da violência pela violência, a que todo cidadão poderia estar sujeito se, em vez de um MP, houvesse tantos MPs quanto agentes ministeriais, os quais pensariam infinitas soluções perfeitas para o caso concreto.

É claro que há um exagero argumentativo, porém ele é propício para evidenciar que os jogos institucionais, nos quais também está embebido o MP, é seara da biopolítica, em que a boa política é aquela que deixa o homem ser senhor do seu destino assim tanto quanto possível em vivência coletiva (AGAMBEN, 2008, p. 87-93).

## **6 Conclusão**

O neoinstitucionalismo é ferramenta teórica no campo da ciência política que permite compreender as várias facetas da interação entre membros ministeriais e instituição, sem recair em visões reducionistas de considerar que o coletivo modela o indivíduo ou que este é livre para agir independente do meio.

A forma como se dá essa dinâmica revela a existência dos arranjos informais, que são regras implícitas, com o poder de modelar condutas, ao lado das regras formais que indicam o perfil oficial da instituição.

Refletir sobre os incentivos a regras informais é essencial para saber se o modelo burocrático do MPF caminha para uma justificação sem efeito prático do princípio da unidade ou se fortalece jogos de cooperação para compor a unidade com a independência funcional.

O realce dessa dicotomia tem assento na crise de identidade por que passa o MP. As normas de controle social mudaram ao longo do tempo. O texto constitucional de 1988 conferiu amplas prerrogativas aos membros do MP, produto de um Estado Democrático que passava a existir no papel e que precisava de instituições com poder para desenhar um quadro democrático de justiça.

O MP soube preencher politicamente a lacuna que havia no jogo democrático diante de uma sociedade civil que iniciava seus passos de fiscalização da política (*accountability*).

Com o amadurecimento da democracia, no entanto, as organizações civis passaram a ocupar espaço na esfera pública, concomitante à crise do Estado de Bem-Estar Social e do mito de uma justiça eficiente, serena e imparcial.

Isso se refletiu no MP, que passou a ser cobrado sobre a qualidade de seus trabalhos. Nesse ambiente, não teria mais vez um discurso autolegitimador em que os próprios membros do *Parquet* avaliam a sua eficiência. Vício que é agravado com o modelo de burocracia em que o respeito às formas prevalece sobre o atingimento de metas.

A função ministerial, portanto, estaria premida a pensar em resultados que garantissem o papel do MP enquanto instituição de equilíbrio dos demais poderes, condição que dependeria do fortalecimento do princípio da unidade e, por sua vez, de mitigação a independência funcional outrora quase absoluta e irrestrita.

O planejamento estratégico 2011–2020, instituído formalmente pela Portaria PGR/MPF n. 687/2011, tem como ideologia

fortalecer modelo de burocracia em que os resultados estejam submetidos a padrões gerenciais de qualidade.

Contudo, esse panorama não foi subsidiado pelo propósito claro de como deveria se relacionar a unidade da instituição e a independência funcional.

Tal tarefa é incumbência do desenvolvimento político-jurídico da instituição nos anos vindouros, opção natural em razão de se tratar de reforma estrutural de elevado ônus político.

À míngua de reformas legais, que garantam poderes normativos a órgãos colegiados e ao Procurador Geral da República (PGR), apontam-se vários caminhos para superar os percalços da independência funcional.

Um deles seria um PGR que convencesse os demais membros com ideias e exemplos de conduta. Porém o argumento da legitimidade carismática é circular – uma vez que a escolha do PGR tem se pautado pela eleição dos membros – e precário – haja vista se tratar de um assunto que toca as estruturas do órgão, insuscetíveis de correção pontual.

Uma madura alteração institucional depende de compreender a natureza da interação entre membros e o seu quadro normativo, ou seja, os arranjos informais. Basta lembrar que o modelo de um MP considerado unitário ou que privilegie a independência funcional pode conviver com o mesmo conjunto normativo formal.

É ingênuo achar que o planejamento estratégico optaria por um desses modelos. O próprio texto é contraditório quando tenta se adequar a ambos modelos. Ele versa sobre a atuação coordenada, ambiciona mostrar à sociedade sua importância e, ao mesmo tempo, realça a liberdade para o convencimento na interpretação da constituição e das leis (cf. arts. 2º e 3º e anexo II da Portaria PGR n. 687/2011).

Todavia, o planejamento estratégico é elemento útil para incentivar arranjos informais que direcionem os membros à cooperação e ao fortalecimento da unidade.

À míngua da ausência de reformas legislativas que atribuam caráter vinculativo a decisões do Conselho Superior, do PGR e outros órgãos, encontros regionais e deliberações colegiadas funcionam como catalisadores de clima cultural que engendre a atuação concertada dos membros (*informal constraints*), dando protagonismo ao capital social e ao sentimento de confiança entre os colegas de carreira.

Decerto a preponderância da unidade sobre a independência funcional, em assuntos estratégico-operacionais, enseja seus defeitos, como a perda da melhor escolha perante o caso concreto, que só o membro ministerial com atribuição poderia indicar; mas, no confuso jogo probabilístico, ganha a sociedade que passa a dialogar com um MP de rosto e coração.

Um MP que se divide pela quantidade de membros, em que cada um desenha autonomamente o desenho institucional, toma da democracia o que há de mais precioso, que é o protagonismo de agentes civis no espaço público, uma vez que se torna um órgão de agenda imprevisível, ocupando espaços aleatoriamente, segundo fins pessoais ou de qualquer outra ordem.

Esse quadro só se estabiliza com a possível diminuição da violência pela violência, ou da redução da possibilidade de erro presente na atuação de centenas ou milhares de membros como sujeitos independentes de políticas públicas.

Por que defender a democracia? Talvez haja outros sistemas de governo mais eficientes, mas, no atual curso da história, de incertezas e inseguranças, ninguém precisa de paternalismo político para se autoafirmar enquanto pessoa (WOLHEIM, 1999, p. 93-109).

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi senza fine*. Note sulla politica. Torino: bollati boringhieri, 2008.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. O procurador-geral da República e a imagem institucional do Ministério Público Federal. *Revista pensar o MPF*, julho de 2013, v. 1. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista\\_pensar\\_mpf\\_online\\_ed\\_1.pdf](http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista_pensar_mpf_online_ed_1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ, 2002.

———. *Corrupção e instituições políticas: uma análise conceitual e empírica*. 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. 4 a 7.8.2010, Recife-PE.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARDOSO NETO, Lauro Pinto (2013). A implementação do planejamento estratégico na atuação finalística do ministério público federal. *Revista pensar o MPF*, Brasília, julho de 2013, v. 1. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista\\_pensar\\_mpf\\_online\\_ed\\_1.pdf](http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista_pensar_mpf_online_ed_1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

COSTA, Ângelo Augusto. A seletividade na atuação do MPF na tutela coletiva em nova perspectiva: em busca de um modelo democrático pluralista. *Revista pensar o MPF*, Brasília, julho de

2013, v. 1. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista\\_pensar\\_mpf\\_online\\_ed\\_1.pdf](http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista_pensar_mpf_online_ed_1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social? Modelos de Ministério Público. *Revista pensar o MPF*, Brasília, julho de 2013, v. 1. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista\\_pensar\\_mpf\\_online\\_ed\\_1.pdf](http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista_pensar_mpf_online_ed_1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

MAIA, Luciano Mariz. 20 anos da Lei Complementar n. 75: o futuro já começou. *Revista pensar o MPF*, Brasília, julho de 2013, v. 1. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista\\_pensar\\_mpf\\_online\\_ed\\_1.pdf](http://www.pgr.mpf.mp.br/imagens/revista_pensar_mpf_online_ed_1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Atnhony. *Sociologia*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

GÖSSEL, Karl Heinz. El ministerio fiscal y la policia criminal em el procedimiento penal del estado de derecho. In: DONNA, Edgardo Alberto. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GUARNIERI, Carlo. Organização e estrutura do ministério público na Itália. Modelos de Ministério Público. *Revista pensar o MPF*, Brasília, junho de 2011, v. 1.

HOBSBAWM, Eric. *How to change the world*. Tales of Marx and Marxism. London: Brown Book, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MEARS, Daniel P. *American criminal justice policy. An evaluation approach to increasing accountability and effectiveness*. New York: Cambridge press, 2010.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *The New Institutional Design of the Procuracy in Brazil: Multiplicity of Veto Players and Institutional*. 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/8fp6n37w>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Peças e engrenagens de uma teoria geral do estado*. João Pessoa: Ideia, (2013a).

\_\_\_\_\_. *Entre o Brasil formal e o Brasil real. Ministério Público, arranjos institucionais informais e jogos ocultos entre os poderes*. João Pessoa: Ideia, 2013b.

ROXIN, C. Posicion jurídica y tareas futuras del ministerio publico. In: MAIER, Julio B. *El Ministério Publico em el processo penal*. Buenos Aires: adhoc, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Ministério Público. In: AVRITZER, Leonardo et al. (orgs.). *Corrupção*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

SEARLE, John R. *Mind language and society*. New York: Basic Books, 1998.

SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia clássica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

SOARES, Natália. *O Ministério Público Brasileiro e o neoconstitucionalismo: uma análise doutrinária*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UFPE. Recife-PE, 2008.

THOMAS, W. I. *On social organization and social personality*. Chicago, London: Chicago Press, 1966.

TRAGTENBERG, Maurício. *Burocracia e ideologia*. São Paulo: Unesp, 2006.

WEBER, Max. *Essays in sociology*. New York: Oxford University Press, 1946.

———. *Economía y sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1999.

WOLHEIM, Richard. *Democracia*. Ideologias políticas. In: Crespigny, Anthony e Cronin, Jeremy. Brasília: Editora UnB, 1999.

# A legitimidade da função investigativa do Ministério Público na seara criminal

Thaise Barbosa e Silva

Analista Processual no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito do Estado.

**Resumo:** A investigação criminal possui grande importância ao pleno exercício da ação penal e, conseqüentemente, do *jus puniendi* do Estado. Diante da patente dificuldade do Poder Público em deflagrar de forma eficaz a ação penal mediante o modelo tradicional, ou seja, por meio das polícias judiciais, surge a discussão quanto à viabilidade da ingerência direta do Ministério Público nessa fase preliminar da *persecutio criminis*, na busca pela melhoria na qualidade das atividades investigativas.

**Palavras-chave:** Investigação criminal. Ministério Público. Viabilidade.

**Abstract:** The criminal investigation has a great importance to the entire practice of the criminal lawsuit and, as result, to the *jus puniend* of the State. In front of the evident difficulty of the Government in triggering the lawsuit through the traditional model, that is, through the judicial police, it arises the question concerning to the viability of the direct intervention of the Public Prosecutor Service in this preliminary phase of the *persecutio criminis*, looking for the investigative activities improvement.

**Keywords:** Criminal investigation. Public Prosecution Service. Viability.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O Ministério Público. 3 Atribuições no âmbito criminal. 3.1 Promoção da ação penal pública. 3.2 Controle externo da atividade policial. 3.3 Outras atribuições compatíveis. 4 A investigação criminal. 4.1 Definição e finalidade.

5 O Ministério Público nas investigações criminais. 5.1 Viabilidade das investigações. 5.2 Respaldo jurídico-normativo. 5.3 Vantagens e desvantagens. 5.4 Possibilidade de mudanças legislativas. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

Em período ainda recente, o cenário político e social brasileiro presenciou ampla discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para o desempenho da função investigativa na seara criminal. Tal debate, de uma forma talvez inesperada, não se restringiu ao âmbito acadêmico nem se limitou aos campos jurídico e político: mobilizou toda uma população que, vitimizada pela corrupção, pelo recrudescimento da violência e habitual impunidade de determinadas castas sociais, assumiu sua condição de Poder Soberano e lutou para assegurar a atribuição ministerial e pôr fim à celeuma.

A controvérsia em torno da função investigativa do *Parquet* é bastante antiga e deve-se, talvez, aos fortes indicativos de que os meios tradicionais de investigação e repressão ao crime são insuficientes e a atuação estatal direcionada à tutela do direito fundamental à segurança pública mostra-se deficitária. Todavia, ganhou novo fôlego a partir da Proposta de Emenda Constitucional n. 37 (PEC 37), de autoria do deputado Lourival Mendes (PTdoB-MA), que pretendia atribuir às polícias judiciais a competência exclusiva para o desempenho da investigação criminal.

A proposta de alteração constitucional fundava-se em inúmeros questionamentos perpetrados à atuação dos representantes do *Parquet* nessa fase preliminar da *persecutio criminis*, sob a alegação de que não haveria suporte legal e até mesmo constitucional para esse exercício, que, ademais, representaria usurpação de uma atividade tipicamente destinada às autoridades policiais.

Sustentava-se que essa “atividade anômala” acarretaria desequilíbrio na relação processual, pois, ao se conceber a possibilidade de uma investigação exercida diretamente pela parte acusadora, enquanto tal tratamento não é dispensado à parte adversa, estar-se-ia a ferir o “Princípio da Paridade de Armas” (FRAGOSO, 2013).

Diante desse panorama, diversos posicionamentos jurídicos emergiram no intuito de defender a atuação do Ministério Público no cenário da persecução penal preliminar como uma nova opção, um elemento a ser somado na busca pela melhoria na qualidade das atividades investigativas.

Muitos bradaram o entendimento de que o *Parquet*, na qualidade de titular privativo da ação penal pública e destinatário final da investigação criminal, deveria dispor dos meios necessários ao pleno exercício de sua atribuição-fim, materializada na instauração da ação penal pública mediante a denúncia. “Não estivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte, tratar-se-ia dos chamados poderes implícitos” (JARDIM, 1997, p. 339).

Aduziram que a atividade do *Parquet*, destinada pela Constituição à defesa da sociedade e da própria democracia, não estaria direcionada à colheita de suporte probatório necessário exclusivamente à acusação, mas à captação de elementos aptos à comprovação da verdade real e à efetivação da justiça, sem acarretar qualquer desequilíbrio na relação processual penal.

Essas correntes conquistaram a adesão da sociedade, que reconheceu a legitimidade da Instituição como guardiã dos interesses transindividuais da sociedade e do regime democrático para o desempenho de tal mister. Assim, a malfadada PEC 37 foi rejeitada pela Câmara dos Deputados.

A par de toda essa discussão, que, segundo alguns, teria sido motivada muito mais por questões de ordem política, cumpre verificar se de fato existem razões de ordem jurídica a alicerçar o desempenho da função investigativa do Ministério Público no âmbito criminal, sem ignorar os aspectos sociais que sensibilizaram a coletividade e a alçaram em defesa da Instituição Ministerial.

Passaremos, então, a refletir se a ingerência do Ministério Público na fase preliminar da *persecutio criminis* encontra guarida no ordenamento jurídico vigente e se essa atuação seria realmente necessária e eficaz ao interesse público e, dessa forma, a sopesar se o Órgão Ministerial deveria manter sua postura tradicional, apenas

requisitando diligências investigatórias à autoridade policial, ou se, *a contrario sensu*, lhe caberia adotar uma atuação mais dinâmica, participando ativamente na colheita dos elementos probatórios necessários à inauguração da ação penal.

## 2 O Ministério Público

Com o advento da Constituição Federal de 1988 firmaram-se o Estado Democrático de Direito e um novo padrão no campo jurídico-político. Em decorrência dessa transformação paradigmática, o Ministério Público recebeu novo delineamento jurídico-constitucional. (STRECK, 2003).

Reservou-se ao *Parquet* uma seção própria, ao final do capítulo destinado às funções essenciais à Justiça, no Título IV, Da Organização dos Poderes. Dessa forma, a instituição desvinculou-se dos Poderes de Estado, tornou-se autônoma funcional e administrativamente e abandonou a condição de auxiliar do Governo ou *longa manus* do Estado para tornar-se órgão constitucional independente, investido de funções essenciais à Justiça.

O constituinte operou verdadeira revolução institucional, atribuindo ao Ministério Público a condição de guardião dos interesses transindividuais da sociedade e do próprio regime democrático.

Conferiu-lhe garantias e prerrogativas anteriormente exclusivas dos magistrados, o que assegurou a segurança necessária para o bom desempenho de suas funções, com liberdade e independência.

Além disso, promoveu um alargamento de suas atribuições, que passaram a abranger, na esfera penal, a titularidade privativa da ação penal pública e a função de exercer o controle externo da atividade policial; na esfera cível, a fiscalização dos Poderes de Estado e a defesa da legalidade e da moralidade administrativa bem como a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos. Enfim,

transformou o Ministério Público no garantidor do respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública.

### **3 Atribuições no âmbito criminal**

#### **3.1 Promoção da ação penal pública**

O Poder Público, para exercer o seu *jus puniendi* e buscar penalidade àqueles que, mediante condutas criminosas, violaram a ordem jurídica, tem como dever legal a realização de um processo penal justo, no qual se assegurem aos acusados todos os direitos previstos na Constituição Federal.

É por meio do exercício da ação penal que a relação jurídico-processual é instaurada, a fim de se apurar a prática da infração penal, satisfazer a pretensão executória estatal e restabelecer a ordem jurídica violada.

A ação penal pública tem início com a provocação do órgão jurisdicional pelo Ministério Público, mediante oferecimento da denúncia. A legitimação para a propositura da referida ação compete privativamente ao órgão ministerial, que terá a obrigação de exercitá-la sempre que dispuser das informações necessárias à formação de sua *opinio delicti*.

A única exceção a essa privatividade é a ação penal subsidiária da pública, intentada pelo próprio ofendido ou seu representante legal, caso haja inércia da Instituição Ministerial, ou seja, caso não se manifeste pelo oferecimento da denúncia, solicitação de arquivamento ou requisição de novas diligências.

#### **3.2 Controle externo da atividade policial**

O modelo constitucional vigente pressupõe a existência de controle sobre todos os poderes, órgãos e funções do Estado para

melhor vigilância, fiscalização e eficiência das atividades desenvolvidas pelo ente estatal.

Há o controle interno, realizado no próprio órgão pela Administração, no exercício da autotutela administrativa, e o externo, exercido por um órgão alheio ou pela sociedade.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, previsto no art. 129, VII, da Constituição, tem como fundamento o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e destina-se a velar pela correta atuação da Polícia, mediante a fiscalização de todas as funções policiais que afrontem os direitos do cidadão ou caracterizem atos de persecução penal, pautando-as nos exatos limites dos princípios constitucionais e legais.

Incumbência constitucional regulamentada pela Lei Complementar n. 75/1993, possui como atribuições o livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais, o acesso a quaisquer documentos relativos às atividades policiais e a requisição perante a autoridade policial da instauração de inquérito.

O controle externo não tem conteúdo de ascendência hierárquica ou disciplinar dos membros do *Parquet* sobre as autoridades policiais e seus agentes. Trata-se apenas de acompanhamento e orientação dos atos dos inquéritos policiais por aqueles que são seus destinatários naturais. Por esse motivo, ao órgão ministerial não será permitido interferir nas decisões afetas à discricionariedade da autoridade policial, desde que não atente, por ação ou omissão, contra a legalidade dos procedimentos.

### 3.3 Outras atribuições compatíveis

A Constituição Federal prevê uma cláusula de abertura ao exercício de outras funções não previstas expressamente no texto constitucional, desde que tenham previsão legal, sejam compatíveis

com suas finalidades constitucionais e não esbarrem nas vedações impostas pelo próprio constituinte.

É possível, portanto, que uma lei infraconstitucional atribua ao Ministério Público outras funções, desde que não o desvie de sua destinação institucional, qual seja, a defesa do Estado Democrático de Direito.

## **4 A investigação criminal**

### **4.1 Definição e finalidade**

Segundo José Frederico Marques, a investigação é

A atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal, apresentando caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução de pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*. (MARQUES, 1997, p. 180).

Por sua vez, para Nelson Nery Júnior,

Investigação criminal alcança tanto o inquérito policial como qualquer outro procedimento administrativo instaurado pela autoridade (por exemplo, inquérito administrativo ou no âmbito do Ministério Público para apuração de infração penal), a fim de averiguar a existência de fato típico caracterizado como crime ou contravenção penal. (NERY JÚNIOR apud SANTIM, 2011, p. 30).

A investigação representa a primeira fase da persecução penal e consiste em apurar as infrações penais, identificando sua autoria e esclarecendo outros elementos relevantes (motivos, circunstâncias, causas e consequências do crime), a fim de fornecer ao titular da ação elementos necessários para formar seu convencimento, para, assim, optar entre a deflagração da ação penal, a necessidade de diligências suplementares ou a promoção de arquivamento.

Destina-se também a colher os elementos probatórios mínimos para embasar a denúncia (ou queixa-crime), a fim de que a peça acusatória não seja rejeitada de plano pelo juiz.

Nas lições de Valter Foletto Santim, a investigação criminal realiza-se por instrumentos típicos e atípicos. Típicos são aqueles conduzidos por órgãos de persecução penal, podendo ser policiais – inquérito e termo circunstanciado elaborados pela polícia – ou extrapoliciais – procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público (SANTIM, 2011). Os instrumentos atípicos de investigação se dão por meio de inquéritos, procedimentos e processos judiciais, administrativos, de comissões parlamentares de inquérito e peças de informação públicas e privadas (ibidem).

Em nosso atual sistema, a atribuição para desenvolver investigação criminal é, em regra, das polícias federal, civis e militares, sob direção do delegado de polícia e da autoridade militar competente. Após o término das investigações, os elementos probatórios colhidos serão encaminhados ao juiz competente, que os remeterá ao Ministério Público. Este, após análise do material investigativo, formará sua *opinio delicti*, momento em que irá optar por oferecer a denúncia, arquivar o inquérito ou requisitar novas diligências.

Todo o trabalho de investigação desenvolvido pela Polícia é dirigido de forma imediata ao convencimento do Órgão Ministerial e, de forma mediata, à apreciação da autoridade judiciária.

Em que pese seja o principal destinatário da persecução penal, o membro do Ministério Público mantém-se distante dos procedimentos investigatórios, na expectativa dos dados trazidos pela Polícia. Tradicionalmente, é possível ao *Parquet*, nessa fase, apenas a requisição da instauração do inquérito policial ou da realização de diligências e, em poucos casos, o acompanhamento dos atos investigatórios como um assistente contingente.

## 5 O Ministério Público nas investigações criminais

Como se vê, o tradicional modelo de persecução exibe um distanciamento entre as instituições policial e ministerial, apesar de ambas terem interesse no combate à criminalidade. Normalmente, o *Parquet* toma conhecimento dos delitos meses após a sua ocorrência, quando finalmente tem acesso aos autos do inquérito. Ressalte-se que muitos fatos criminosos registrados em boletim de ocorrência não são objetos de inquérito policial, permanecendo as informações nas delegacias, sem que o Ministério Público tenha conhecimento.

Esse sistema de investigação exclusivamente policial, que procura manter o Ministério Público afastado e em uma postura inerte, de mero repassador da prova colhida pela Polícia, causa inúmeros problemas de eficiência e celeridade em determinadas apurações, contribuindo para o avanço do crime.

De fato, uma vez que se trata de atividade essencial à segurança pública, à defesa da ordem jurídica e à manutenção de direitos e liberdades fundamentais e, tendo em vista que sua inadequada prestação pode acarretar prejuízos à persecução penal, urgente é a interferência de um órgão capaz de contribuir para a melhoria na qualidade de sua prestação.

Tal ingerência pode ser legitimamente imputada ao Ministério Público, órgão incumbido de defender a sociedade, de agir em prol da segurança pública, ao qual cabe, sim, atentar para a prevenção e a repressão ao crime. Afinal, cuida-se de uma instituição essencial à função jurisdicional, incumbida da defesa dos valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Há situações em que o trabalho investigativo do Ministério Público, com o auxílio da própria Polícia judiciária, marcadamente na área de crimes contra as relações tributárias, delitos financeiros, crimes praticados por organizações criminosas ou por policiais e

servidores públicos, adquiriu grande importância no deslinde de casos em que a atuação isolada da Polícia não teria o mesmo êxito.

Além disso, a realização de investigação apenas pelo *Parquet*, em certas circunstâncias, se faz imprescindível, como nos crimes em que se acham envolvidos agentes policiais, como abuso de autoridade, tortura, corrupção. Nessas hipóteses, uma investigação levada a efeito pela Polícia estaria sujeita a interferências interna e externa, em prejuízo de sua efetividade e eficiência.

## 5.1 Viabilidade das investigações

### 5.1.1 Ausência de separação entre as funções acusatória e investigativa

Não obstante as teses em contrário, não há, no modelo acusatório brasileiro, divisão entre as funções de acusação e investigação, de modo que ambas podem ser exercidas com responsabilidade pelos membros do *Parquet*.

Entendimentos diversos talvez se expliquem por uma analogia equivocada entre o processo penal brasileiro e o modelo vigente nos países que adotam o juizado de instrução.

O *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, de Napoleão Bonaparte, estabeleceu a separação entre as funções de acusação, instrução e julgamento, em um procedimento em que o juiz de instrução ocupa a posição central. Nesse sistema, quem acusa (o procurador ou promotor) não instrui, e quem instrui (o juiz de instrução) não julga (tribunal) (FONTES, 2003).

Substituindo, na equação, o termo ocupado pelo juiz de instrução por Polícia judiciária, chega-se à equivocada conclusão de que o *Parquet* acusa e a Polícia investiga, sendo tais funções separadas e incomunicáveis (ibidem).

Essa sistemática, no entanto, não pode ser aplicada ao Brasil, simplesmente porque, nos países que adotam o juizado de instrução, o que se pretende é impedir que o órgão acusador realize atos de instrução, privativos do juiz de instrução, que tem amplos poderes, podendo determinar prisão preventiva, escutas telefônicas e outras atividades que não devem ser exercidas pelo órgão acusador, sob pena de se ferirem as liberdades e as garantias constitucionais dos cidadãos.

Ocorre que no Brasil a Polícia não realiza instrução. Nem ela nem o Ministério Público podem adotar medidas de maior gravidade que afetem a liberdade ou a intimidade do indivíduo. Ambos devem solicitá-las ao juiz.

Ausente qualquer ofensa ou perigo a direitos e liberdades do cidadão no fato de o agente ministerial realizar diligências investigatórias, tais como requisitar documentos e perícias e ouvir testemunhas, não há razão jurídica para transpor um princípio próprio do juizado de instrução ao sistema acusatório nacional, aplicando-se uma suposta separação das funções de acusação, investigação e julgamento.

### 5.1.2 Inexistência de monopólio da função investigativa

A Constituição Federal reservou à Polícia o papel central na atividade investigativa, mas não lhe concedeu o monopólio da investigação penal, nem impôs vedação alguma, expressa ou implícita, ao seu desempenho por outro órgão administrativo alheio à corporação policial.

*A contrario sensu*, traz hipóteses de diligências investigativas implementadas por órgãos alheios à Polícia judicial, como os procedimentos realizados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) e pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71).

Também a legislação infraconstitucional traz essa possibilidade, v.g., art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura).

Por sua vez, o Código de Processo Penal esclarece, em seu art. 4º, parágrafo único, que a faculdade de implementar colheita de informações capazes de sustentar uma acusação penal pode ser efetivada por outras autoridades (ou até mesmo pelo particular, com alguma limitação), quando afirma que as apurações das infrações penais serão feitas pela Polícia Judiciária sem excluir a de outras autoridades administrativas.

De fato, a Constituição da República, em seu art. 144, § 1º, IV, não estabeleceu o monopólio da investigação criminal pelas polícias judiciais; pretendeu apenas delimitar a atribuição investigativa das diversas polícias, evitando a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária – também vinculadas à União, mas com funções de simples patrulhamento ostensivo de rodovias e ferrovias federais, respectivamente, bem como entre a Polícia Federal e a Polícias Civil dos estados, no que tange ao exercício da função de polícia judiciária da União.

O que se pode apreender da inteligência do dispositivo constitucional é apenas que caberia à polícia federal, e não a outro órgão policial, apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, pois tal atribuição lhe está reservada na Carta Política.

Portanto, a exclusividade<sup>1</sup> conferida à Polícia Federal dar-se-ia apenas em relação a outros órgãos policiais e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais.

---

1 Na verdade, não se deve entender que exista *exclusividade* no que tange às atividades das Polícias Federal e Civil, mas apenas uma *preferência* de atuação destes órgãos em relação à atividade de outros órgãos policiais. Nada impede que a Polícia Fede-

Todavia, há entendimentos em sentido diverso por parte de eméritos juristas que defendem a existência de um direito de exclusividade na apuração dos ilícitos penais, o qual viria sendo conferido ao longo dos tempos às polícias judiciais pelas constituições federais.

O pretendido monopólio policial da atividade investigativa decorreria de uma tradição histórica, bem como do art. 144, § 4º, da Constituição de 1988, que dispõe, *in verbis*: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Segundo essa vertente, uma interpretação do referido dispositivo leva ao entendimento de que o poder de investigar, conduzir inquéritos, indiciar ou não e alterar o despacho indiciatório cabe exclusivamente às autoridades policiais, dirigentes que são das polícias.

Ressalte-se, entretanto, que, ao interpretar os dispositivos constitucionais e legais sobre o tema, deve-se ter em mente que a investigação penal está atrelada à prevenção e à repressão criminal na prestação da segurança pública e, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão, deve ter por finalidade atender a um interesse maior, qual seja, resguardar a paz, a segurança e a incolumidade dos cidadãos e do patrimônio, mediante a resolução rápida e eficiente dos procedimentos.

A demora na apuração dos fatos e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional gera um sentimento de impunidade que incita a prática de atividades delituosas, pondo em risco direitos e garantias da população.

O que é verdadeiramente relevante e deve se impor a essa disputa de poder entre instituições é a eficácia das atividades inves-

---

ral investigue crime estadual de atribuição da Polícia Estadual ou vice-versa, não havendo nisso qualquer vício ou nulidade.

tigativas, destinadas a garantir a segurança pública, que é dever e responsabilidade de todos os órgãos estatais e da coletividade. Dessarte, a exclusividade da realização de investigação criminal não se coaduna com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e não deve existir em matéria de segurança pública.

### 5.1.3 O órgão ministerial como “parte imparcial”

Indubitavelmente, o Ministério Público é um órgão *sui generis*, pois, mesmo atuando como parte na ação penal pública, guarda a imparcialidade necessária para agir em defesa das finalidades para as quais foi criado, e o seu agir é sempre orientado pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da verdade real.

“O Ministério Público não é um órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações públicas.” (OLIVEIRA, 2004, p. 453). Por essa razão, mesmo na qualidade de titular da ação penal pública, não está necessariamente obrigado a oferecer denúncia nem pugnar pela condenação do réu. Está, sim, obrigado a agir de acordo com o seu convencimento acerca dos elementos que por qualquer via lhe cheguem ao conhecimento.

Da mesma forma, sendo uma instituição destinada pela Constituição à defesa da sociedade e da própria democracia, sua atividade no âmbito da investigação preliminar não estaria direcionada à colheita de suporte probatório necessário exclusivamente à acusação, mas à captação de elementos que, quer sejam de utilidade para a acusação, quer beneficiem a defesa, estejam aptos à formação de sua *opinio delictic*, a fim de poder acusar, quando houver justa causa, ou não acusar, se não houver razão jurídica para tal.

Cumprasse asseverar que, como órgãos estatais incumbidos da defesa da ordem pública, Polícia e Ministério Público estão igualmente interessados na elucidação dos fatos delituosos, razão pela qual não há motivos para crer que um seja mais imparcial que o outro.

Observe-se que sua participação na fase preliminar da *persecutio criminis* não afeta sua imparcialidade, de modo que inexistente qualquer impedimento ou suspeição para oferecer denúncia, iniciando ação penal (inteligência dos artigos 252 e 254 do Código Penal, extensiva ao Ministério Público *ex vi* do disposto no art. 258 do mesmo diploma legal).

Por conseguinte, não há incompatibilidade entre a participação do *Parquet* na colheita de provas e o posterior oferecimento de denúncia com base nos elementos colhidos, como, inclusive, já fora pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na edição da Súmula 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

#### 5.1.4 Possibilidade de controle dos atos do *Parquet*

No exercício de sua função investigativa, pode o Ministério Público praticar uma vasta gama de atos, tais como inquirir testemunhas e colher depoimentos do acusado.

Com relação a esse mister, alguns temem que, em sua realização, seus membros pratiquem atos que ofendam direitos e liberdades do cidadão.

Alguns juristas sustentam que o fato de o *Parquet* assumir a função investigativa o elevaria à condição de um super poder, tamanha a gama de prerrogativas que viria a adquirir no bojo da nova atribuição, que seriam exercidas sem nenhuma espécie de controle.

Defendem que, mantendo o trabalho investigativo íntima relação com a liberdade das pessoas, seria temeroso que a atuação dessa instituição poderosa e sem controle pudesse macular a dignidade da pessoa humana. Argumentam ainda que, ao se consagrarem tais atribuições ao *Parquet*, criar-se-ia um super órgão, deten-

tor de enormes poderes institucionais e insubmisso aos mecanismos de controle, o que propiciaria a ocorrência de abusos de poder.

Essa linha de pensamento tem como eméritos representantes Luís Guilherme Vieira, José Carlos Fragoso e Antônio Evaristo de Moraes Filho. Este demonstrou preocupação com a suposta falta de controle do Ministério Público no seguinte trecho, *verbis*:

A faculdade de o Ministério Público produzir direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento da denúncia, ou para o pedido de arquivamento, conferiria a este órgão um arbítrio incontestável, no exercício da função de promover a ação penal que lhe é privativa. (FILHO apud RANGEL, 2003, p. 221).

Todavia, é necessário ressaltar que foi justamente ao Ministério Público que o constituinte originário outorgou a defesa da Democracia e dos direitos fundamentais, transformando-o no *ombudsman* brasileiro. Tal circunstância, ao menos de início, leva a crer que a probabilidade de uma instituição comprometida com a defesa dos valores mais elevados do Estado Democrático de Direito praticar atos atentatórios aos direitos e às garantias constitucionais seria inferior a de qualquer outro órgão sem esse efetivo compromisso.

Contudo, considerando que o exercício de qualquer função pública traz em si o risco do abuso e do desvirtuamento e que o membro ministerial é um ser humano comum, com virtudes e defeitos, e tendo em vista a necessidade de proteção às garantias constitucionais, está o membro do *Parquet* sujeito ao controle da legalidade, assim como todas as autoridades públicas.

Com efeito, os promotores e procuradores de justiça são agentes políticos e como tais exercem parcela de autoridade. Podem, portanto, atuar como sujeito passivo em *habeas corpus* e mandado de segurança.

Assim, a realização da função investigativa pelo *Parquet* não o torna dotado de um super poder, impassível de controle, pois, caso

o agente ministerial desvirtue-se de suas atribuições na apuração de uma infração penal e venha a causar algum constrangimento a qualquer indivíduo, este poderá manejar os diversos remédios jurídicos previstos na legislação processual.

## 5.2 Respaldo jurídico-normativo

Alguns respeitáveis doutrinadores sustentam que a atividade investigativa do Ministério Público não encontraria respaldo no ordenamento jurídico pátrio (SILVA, 2013).

A Constituição da República, no art. 129, estabeleceu as funções a serem desempenhadas pelo Órgão Ministerial:

São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - (...)

III - promover o inquérito civil, a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - (...)

V - (...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

No inciso I, a Constituição atribuiu, privativamente, ao Ministério Público o exercício da ação penal pública, por meio da denúncia.

Para o efetivo exercício dessa atribuição, o *Parquet* necessita de elementos que demonstrem a certeza da existência do fato criminoso e indícios de que o denunciado é o seu autor. Tais elementos chegam ao titular da ação pela investigação criminal, que, na maioria das vezes, é realizada pela Polícia, mediante o inquérito policial.

Observa-se que a investigação pode ser decisiva para o exercício da ação penal. Assim, caso essa apuração seja mal conduzida e produza elementos probatórios insuficientes para embasar a denúncia, tal exercício será inviabilizado.

Na qualidade de *domini litis*, a ele caberá decidir sobre a iniciativa ou não da ação penal, não podendo, pois, ficar à mercê das providências adotadas pela Polícia, realizando suas funções apenas nos casos em que a autoridade policial decidir investigar.

Desse modo, sendo destinatário final de toda diligência investigativa e seu principal interessado, a ele caberá realizar investigações próprias, suplementares ou autônomas, instaurando o procedimento administrativo pertinente, sempre que a Polícia tiver dificuldades ou mesmo desinteresse em efetuar-las de forma eficiente e satisfatória ao interesse público.

É certo que a atividade investigativa guarda um vínculo de finalidade com o exercício da ação penal, de tal forma que, se não for efetuada de maneira adequada, cerceará a possibilidade de promover-se uma ação penal justa.

Com base nessa compreensão, é possível aplicar a “Teoria dos Poderes Implícitos”<sup>2</sup>, segundo a qual, quando o constituinte

---

2 Princípio cunhado pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de aplicação corrente no direito constitucional pátrio. Cf. Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, p.132.

outorga a um órgão ou instituição uma função (atribuição-fim), implicitamente ou simultaneamente, estará concedendo-lhe os instrumentos (meios) necessários à consecução do seu objetivo. Do contrário, o encargo constitucional seria inócuo.

Podemos, então, afirmar que, se a Constituição atribuiu ao Ministério Público a função privativa de processar o cidadão suspeito da prática de um crime, promovendo a competente ação penal (atribuição-fim), também estará compreendido entre seus poderes e prerrogativas institucionais o poder-dever de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação (meios), garantindo a efetividade de seu encargo constitucional.

No inciso III, o constituinte outorgou ao Ministério Público a promoção de inquéritos civis públicos. Nestes, é perfeitamente possível que surjam indícios da autoria de ilícitos penais, suficientes para o ajuizamento de uma ação penal. A ideia de negar-se ao Ministério Público a possibilidade de desenvolver investigações penais a fim de suplementar tais informações e de oferecer a respectiva peça acusatória soa incoerente e excessivamente formalista.

É notório que ao titular da ação penal é permitido oferecer denúncia prescindindo do inquérito policial, bastando-lhe dispor de provas que reforcem o seu convencimento. Também é sabido que a Lei Processual Penal confere a todo cidadão a faculdade de provocar a iniciativa do Ministério Público, dando-lhe a *notitia criminis* que, devidamente instruída, poderá servir de base à denúncia, dispensando o inquérito.

Percebe-se que, nos crimes apurados mediante ação penal pública condicionada, poderá o *domini litis* oferecer denúncia prescindindo do inquérito, lastreado em peças de informação particulares.

Assim, é incoerente o titular da ação penal pública poder iniciá-la com base, exclusivamente, em elementos de prova oferecidos pelo ofendido, mas não poder fazê-lo baseando-se em material por ele colhido diretamente.

Natural seria conceder-lhe, igualmente, a oportunidade de investigar, em procedimento interno, a suficiência daquele acervo informativo para subsidiar, eventualmente, uma ação penal, assegurando o não oferecimento da peça acusatória açodada e temerária assim como a inocorrência de provável eternização da apuração dos fatos pela Polícia Judiciária (SILVA; ARAÚJO; CORRÊA, 2010).

O inciso VI trata da instrumentalização dos procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público, assim considerados todos os procedimentos que estiverem à sua disposição para a defesa em juízo dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos e da ordem pública.

Com efeito, a Constituição concedeu ao Ministério Público a possibilidade de expedir notificações, requisitando informações e documentos, a fim de instruir os procedimentos preliminares a seu cargo.

Sem embargo de interpretações diversas, tais notificações poderão ser efetuadas nos âmbitos cível e penal, pois o mencionado dispositivo refere-se apenas aos procedimentos administrativos de sua competência, não fazendo qualquer ressalva quanto à natureza desses procedimentos, que podem, portanto, ser tanto civis quanto criminais.

Com inteira razão, pontifica Hugo Nigro Mazzilli (1997, p. 63):

No inc. VI do art. 129, da Constituição, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para formar sua *opinio delictis*: se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é do que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.

Assim, nos procedimentos de sua atribuição, cíveis ou penais, poderá o *Parquet* realizar investigações preliminares próprias, nas quais requisitará pessoalmente exames periciais e documentos a quaisquer autoridades, expedirá notificações para colher depoimentos e esclarecimentos, além de inspeções e diligências investigativas, com o intuito de formar sua *opinio delicti*.

Ressalte-se que a requisição de informações, documentos e perícias é um ato de investigação que, não raro, rende frutos muito mais contundentes do que o burocrático e moroso inquérito policial. Assim, estabelecer uma linha divisória entre a questão cível e a criminal equivale a obrigar ao membro do *Parquet* a deparar-se com crimes de lavagem de capitais e evasão de divisas, v.g., em uma ação cível e jogá-los em um escaninho burocrático, o que se torna concessão aos criminosos.

No inciso VIII permite a *Lex Mater* que, nos já referidos procedimentos administrativos, o promotor de justiça ou procurador requirite a realização de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, desde que fundamente suas manifestações no processo.

Apesar de não estar expresso no dispositivo, pode-se entender que a referida faculdade pressupõe a possibilidade de vir o *Parquet* a exercer pessoalmente as atividades que lhe são permitidas determinar, quando aqueles órgãos inicialmente encarregados não se apresentarem capazes de desempenhá-las a contento, a fim de garantir a colheita dos dados indispensáveis ao exercício dos deveres da Instituição como *domini litis*.

Conforme se observa, é perfeitamente possível o Ministério Público atuar nos procedimentos pré-processuais, requisitando informações e documentos, ou requerendo a realização de diligências e a instauração de inquérito, desde que essas manifestações estejam relacionadas com um procedimento administrativo de sua competência.

Retornando-se ao inciso VII, observa-se que o constituinte incumbiu a Instituição do controle externo da atividade policial, zelando para que esta tenha correta atuação nos exatos limites dos princípios constitucionais e legais e em observância aos direitos fundamentais da pessoa na utilização dos meios de sua atividade-fim.

No cumprimento coerente de seu papel no âmbito do controle externo da atividade policial, ao tomar conhecimento da prática de atos ilícitos praticados por policiais federais, civis ou militares no desempenho de suas funções, poderá o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial às respectivas corregedorias ou apurar os fatos por meio de procedimento administrativo, a fim de que sejam regularmente punidos os policiais violentos, corruptos e prevaricadores.

Essa possibilidade de investigação independente é própria da função de controlador da atividade da Polícia, pois, de outro modo, seu efetivo exercício seria inviável, utilizando-se mais uma vez a teoria dos poderes implícitos.

O inciso IX traz uma cláusula de abertura que viabiliza a realização de “outras funções” conferidas mediante lei, que sejam compatíveis com sua finalidade e não estejam entre as vedações previstas no próprio dispositivo.

Observa-se, por esse inciso, que as atribuições ministeriais prescritas no art. 129 da Constituição são meramente exemplificativas e que a função investigativa está constitucionalmente amparada, pois é perfeitamente compatível com as finalidades da Instituição, está legalmente prevista e não lhe foi vedada pelo constituinte.

Com efeito, a atividade destinada à colheita de elementos probatórios que o auxiliem a formar sua convicção acerca do fato probando, de modo a viabilizar a instauração do processo penal, está em perfeita sintonia com as finalidades institucionais do Ministério Público, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Não há

dúvidas de sua harmonia com a defesa dos interesses sociais, tendo em vista que “a prática criminosa ofende a sociedade e constitui inegável interesse social a reparação dos seus efeitos, para reposição da ordem jurídica lesionada pelo delito.” (SANTIM, 2001, p. 242). Ademais, como já foi visto, a investigação penal guarda relação de meio-fim com a função de promover a ação penal pública, sendo com ela perfeitamente compatível.

A Lei Federal n. 8.625/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, e a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 – que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, disciplina e regulamenta poderes e prerrogativas institucionais do Ministério Público da União, inclusive aplicáveis ao âmbito estadual – não deixam margem de dúvidas à legitimidade da função investigativa da Instituição.

A Lei Complementar n. 75/1993, art. 8º, prevê ao *Parquet*, nos procedimentos de sua atribuição, as seguintes possibilidades: notificar testemunhas e, também, requisitar condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades públicas; realizar inspeções e diligências investigatórias; expedir notificações e intimações necessárias a procedimentos e inquéritos que instaurar.

Por sua vez, a Lei n. 8.625/1993, art. 26, autoriza ao Órgão Ministerial instaurar procedimentos administrativos e, em sua instrução, expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, bem como requisitar informações, exames periciais e documentos de entidades e órgãos públicos.

Por fim, não se enquadra a função investigativa entre as vedações constitucionalmente impostas ao *Parquet*, tais como a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Logo, com base no ordenamento jurídico, pode-se afirmar que é dado ao Ministério Público participar, acompanhar e conduzir investigações penais *motu proprio*.

## 5.3 Vantagens e desvantagens

### 5.3.1 Vantagens

A participação do Ministério Público nas investigações preliminares tem a vantagem de oferecer maior qualidade ao processo penal, ao permitir que o membro ministerial tenha contato direto com os elementos de prova, ampliando, assim, sua percepção acerca dos fatos e proporcionando maior conhecimento e compreensão do fato incriminado.

Santim (2001, p. 260) realça a importância do contato direto com os meios de prova:

A imediação (contato direto na colheita dos elementos investigatórios) é muito mais conveniente e adequada para estimular os órgãos sensoriais e permitir uma maior percepção, facilitando a melhor compreensão das informações em comparação com a mediação (contato direto, distante, emanado da leitura dos escritos investigatórios).

Ao adquirir nova perspectiva sobre o fato criminoso e as circunstâncias do caso apurado, o promotor de justiça tem a oportunidade de atribuir melhor fundamentação e maior segurança ao oferecimento da denúncia.

Com efeito, ao coletar e avaliar os elementos probatórios diretamente, o membro ministerial poderá, com muito mais responsabilidade e consciência, defender sua tese perante o Judiciário, acusando o cidadão ou pugnando por sua absolvição.

É, pois, uma forma de se evitar grande número de denúncias ineptas e de acusações improcedentes que abarrotam o Judiciário e comprometem a celeridade e a eficiência da prestação jurisdicional, e, por consequência, de reduzir o descrédito da Justiça e os dissabores de um processo criminal infundado, em que são levados aos tribunais cidadãos inocentes.

Outro benefício da atividade do Ministério Público na persecução penal preliminar reside na aceleração da elucidação dos crimes, viabilizada pelo aumento da qualidade das apurações que a participação do *Parquet* proporciona.

As investigações policiais são comumente demoradas e ultrapassam o prazo legal para sua conclusão, culminando em inúmeros e sucessivos pedidos de prazo, o que dificulta a atuação do titular da ação penal. O procedimento administrativo investigativo criminal instaurado pelo Ministério Público representa a alternativa necessária contra a burocracia e a morosidade do inquérito policial como procedimento único.

Indubitavelmente, as atividades investigativas poderão alcançar melhor qualidade, pela ampliação do número de instituições encarregadas de sua realização, com a possibilidade de troca de informações entre elas, num somatório de conhecimentos e experiências, o que direciona a atividade de coleta de provas a um resultado mais eficaz em relação à quantidade e à qualidade dos elementos para a fundamentação da denúncia.

Outra vantagem da intervenção do Ministério Público na investigação consiste em inibir comportamentos inadequados e possíveis desvios funcionais dos policiais.

A corporação policial tem sofrido com a corrupção e os abusos de seus servidores, que, devido ao delicado encargo de proceder as primeiras e decisivas providências na apuração de ilícitos, não raramente têm cedido às tentações e pressões inerentes à função. A ingerência do *Parquet* dificulta essas irregularidades, que poderiam macular a credibilidade da atividade investigativa e dos elementos colhidos.

A intervenção do Órgão Ministerial mostra-se conveniente, ainda, para a efetivação do controle externo da polícia, coibindo falhas e abusos. A aproximação do *Parquet* no trabalho investigativo facilita seu controle em relação às atividades da Polícia, pois

proporciona conhecimento direto das medidas adotadas pela instituição policial, o que proporciona maior facilidade na percepção de vícios e apuração de irregularidades nas atividades policiais, de modo a zelar pela moralidade, legalidade, eficiência, igualdade e acessibilidade ao Judiciário.

Verifica-se, ainda, a importância do exercício da referida atribuição investigativa nos casos em que Órgão Policial enfrenta dificuldades em desempenhar suas funções com eficiência.

Há circunstâncias em que a Polícia, talvez em decorrência das limitações próprias dos órgãos atrelados ao Executivo e destituídos de garantias e prerrogativas, é obstada de exercer seus misteres devido a pressões políticas de órgãos superiores aos quais se encontra vinculada. Tais situações ocorrem principalmente nos crimes praticados em detrimento da Administração e do Erário públicos, v.g., desvio de verbas públicas, corrupção, peculato.

Também não é incomum o envolvimento de policiais em práticas delituosas, que, até mesmo por questão de corporativismo, têm o seu deslinde obstado.

O Órgão Ministerial guarda autonomia e independência funcional, e seus membros gozam de garantias e prerrogativas, como a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, ao passo que os integrantes da Polícia Judiciária não possuem as garantias mínimas para o desempenho de suas funções e, por isso, estão sujeitos a remoções desmotivadas por ingerência política.

A condição do *Parquet* perante a Constituição, apesar de não assegurar uma “blindagem” a seus membros, lhes confere certa proteção, tornando-os menos expostos a influências externas, o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil nessas situações de difícil escapatória para os integrantes da Polícia.

Também há situações em que, ao tentarem desvendar certas práticas criminosas, notadamente aquelas relacionadas com o crime organizado, os policiais sofrem coação e subornos a fim de negligenciarem seus deveres.

Trata-se de situação que nenhum organismo existente no País poderá enfrentar sozinho, desempenhando por si as atividades investigatórias. O combate às organizações criminosas reclama uma atuação conjunta e bem aparelhada das entidades comprometidas com a segurança pública. É, pois, fundamental a atuação harmônica entre as instituições policiais e ministeriais na realização desse mister, conforme previsto em duas recomendações da Organização das Nações Unidas<sup>3</sup>.

### 5.3.1 Desvantagens

A função investigativa do Ministério Público no âmbito penal carece de regulamentação. Ainda não foi criada a competente lei complementar para selecionar previamente os delitos a ser submetidos à investigação do *Parquet*, estabelecer as circunstâncias e as condições em que essas diligências ocorreriam, fixar os prazos para o encerramento das diligências investigatórias e instituir os mecanismos de controle de sua atuação.

Essa lacuna no ordenamento jurídico torna possível uma “atuação seletiva” do Ministério Público, que poderia investigar apenas nos momentos e nas ocorrências em que, pessoalmente, julgasse necessária sua ingerência. Ressalte-se que, sendo a investigação penal um dever, uma obrigação, e não um direito que pode ora ser exercido e ora não, segundo critérios pessoais, tal conduta, além de prejudicial à *persecutio criminis*, viria a ferir os princípios da obrigatoriedade e da legalidade.

---

3 O item 82 do Relatório da ONU sobre execuções sumárias no Brasil recomenda que o Ministério Público seja estimulado a desenvolver investigações em face desses comportamentos delitivos, eliminando-se eventuais obstáculos legais.

A falta de delimitação da competência ministerial viabiliza a existência de investigações paralelas entre Polícia e Ministério Público.

Seria necessário estabelecer-se quando a investigação ficaria a cargo da Polícia e quando estaria sob a responsabilidade do Ministério Público, ou até mesmo de ambas as instituições em colaboração. E, ainda, fixar que tipo de atuação teria o *Parquet* – autônoma, subsidiária ou conjunta – de acordo com cada espécie delitiva ou outro critério previamente estabelecido.

A atividade investigativa policial, salvo algumas exceções, tem o prazo legal para seu encerramento de 10 ou 30 dias, a depender de o acusado estar solto ou preso, sendo possível prorrogação por ordem judicial. Em relação à atuação da Instituição Ministerial, ainda não foi definido, por exemplo, se estaria sujeita a prazos e quais seriam eles, e se sua prorrogação dependeria de ordem judicial. Com efeito, a ausência de disposição legal pode gerar diversas dúvidas e dificuldades quando da implementação das atividades persecutórias.

A atuação policial, tendo em vista sua ampla capacidade de afetar as liberdades individuais e a vida em sociedade, submete-se a diversas formas de controles, exercidas por vários órgãos públicos, inclusive pelo próprio Ministério Público e pela sociedade. Em relação às diligências investigativas da Instituição Ministerial, não há, ainda, definição sobre a forma de controle sobre seus atos e a que órgão competiria.

Percebe-se claramente que a eficiente atuação do Ministério Público na fase preliminar da persecução penal necessita de sua regulamentação por lei complementar, a fim de suprir as diversas lacunas que poderiam trazer prejuízo ao interesse público.

#### 5.4 Possibilidade de mudanças legislativas

O modelo tradicionalmente adotado para a fase pré-processual não atribuiu ao *Parquet* uma atuação ativa na fase preliminar. A

função do Ministério Público é de controlar externamente a atividade policial, enquanto a condução da investigação criminal cabe ao Delegado de Polícia, de ofício, mediante requisição do órgão acusador ou a requerimento da parte ofendida. Não há relação direta de subordinação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária.

Observa-se, contudo, que a *Lex Mater* impôs ao Ministério Público uma série de atribuições que, para ser mais bem desenvolvidas, reclamam maior participação nas investigações preliminares. Nesse sentido, o ordenamento pátrio tem demonstrado uma tendência em ampliar os horizontes da atuação ministerial, conforme se observa no art. 201 da Lei n. 8.069/1992<sup>4</sup>.

Desse modo, é perfeitamente viável modificar a legislação processual penal a fim de atribuir formalmente ao Ministério Público o exercício direto da investigação criminal. Afinal, como representante da sociedade, é de se esperar a adoção de uma postura mais participativa em todas as fases ligadas ao crime e seus reflexos na sociedade, até mesmo em cumprimento às suas finalidades institucionais de promover a ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e aos direitos assegurados na Constituição e pela defesa dos interesses sociais, coletivos e difusos.

Nesse contexto, é possível prever como se dará a atuação do Ministério Público em um procedimento investigativo legalmente regulamentado, orientado pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, inerentes aos órgãos públicos.

Não há dúvidas de que, em sua atuação como investigadores, os agentes ministeriais estão sujeitos ao controle da legalidade

---

4 Conforme a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Ministério Público tem atribuição para instaurar procedimentos administrativos e sindicâncias, inclusive expedir notificações e requisitar informações, exames, perícias, diligências investigatórias, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção da infância e juventude.

de seus atos administrativa e judicialmente. Assim, permanecerá o dever de comunicar aos órgãos superiores a instauração de um procedimento investigatório, dando conhecimento das diligências e das notícias de seu andamento.

Seu agir é marcado pela publicidade, um dos princípios básicos da Administração Pública, garantido o acesso de todos os atos e informes. Apenas excepcionalmente, quando imprescindível para a segurança da sociedade e do interesse público, poderão guardar o sigilo necessário à manutenção e à conservação do resultado útil das investigações.

De qualquer sorte, a adoção do sigilo poderá ser questionada judicialmente em mandado de segurança ou *habeas corpus*.

Orientado pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, as atividades do *Parquet* continuarão a pautar-se pela indisponibilidade do interesse, mediante a coleta de todos os elementos que sirvam ao seu convencimento, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao investigado, uma vez que não há interesse em desencadear uma ação penal por fato que de antemão já se percebeu não ser delituoso, nem em beneficiar ou prejudicar indiciado ou vítima.

O procedimento investigatório do Ministério Público, legalmente regulamentado, poderá admitir os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao menos após o indiciamento do réu – momento em que é apontado como provável autor do fato delituoso e em que todas as investigações são direcionadas à sua pessoa.

Assim, o indiciado terá o direito a ser cientificado dos atos e termos do processo, expor suas razões e requerer a produção de provas que julgue importantes para o melhor deslinde do fato e para a busca da verdade real.

Sem dúvida, a adoção do contraditório e da ampla defesa assegura maior legitimidade às conclusões das investigações e torna mais célere a prestação jurisdicional.

Ressalte-se que, certamente, o Ministério Público não pretende substituir a organização policial nem presidir inquéritos policiais – até porque quando promove diligências investigativas não o faz mediante instauração de inquérito policial, mas por intermédio de procedimento investigativo próprio.

Não se trata da substituição de um órgão por outro, mas de uma expansão da atividade investigativa. Significa somar os esforços e as experiências das instituições comprometidas com o combate à criminalidade em prol do interesse público. Não haverá hierarquia entre os órgãos, mas um auxílio mútuo com vistas a proporcionar uma atuação interdependente e cooperativa, voltada para a defesa da segurança pública e da pacificação social.

Mesmo após a regulamentação da atividade investigativa da Instituição Ministerial, a Polícia permanecerá com a função precípua de investigar os fatos delituosos, e a investigação ministerial será uma excepcionalidade, efetivada apenas nos casos de necessidade relevante.

Não se verifica, no momento, interesse institucional e social de que o Ministério Público assuma totalmente a atividade persecutória e conduza todos os procedimentos. O que se mostra patente é a necessidade de que ele assuma maiores atribuições na fase pré-processual, mediante procedimento administrativo investigativo autônomo ou até mesmo por meio de inquérito, em complemento à atividade policial, mas sem retirar da Polícia o dever de apurar os delitos mediante investigação penal.

Destaque-se, ainda, que a Instituição Ministerial não possui grande experiência investigativa nem dispõe de meios materiais para assumir inteiramente as atividades persecutórias. Falta-lhe estrutura material, pessoal e científica para proceder a determinadas diligências, como a realização de perícia, v.g., para a qual necessita da colaboração da Polícia, a fim de suprir essas carências e efetuar a adequada investigação penal. Assim, seria irrazoável suprimir a atividade investigativa das atribuições policiais tendo em vista que se estaria desperdiçando a estrutura e a larga experiência policial.

Talvez a melhor solução seja um trabalho conjunto dos órgãos policiais e ministeriais em que atuariam em concorrência de atribuições.

As investigações tradicionais, relativas aos crimes cujo deslinde seja menos problemático e sofra menor influência externa, permaneceriam a cargo da Polícia Judicial.

O Ministério Público, por sua vez, realizaria investigações subsidiárias – referentes aos fatos em que a Polícia tenha apurado elementos insuficientes à formação de sua *opinio delicti* –, autônomas e diretas nos crimes de maior complexidade ou que, devido a ingerências externas, repercussão na sociedade ou na moralidade pública, recomendem especial atenção do Órgão Ministerial, como, v.g., crimes que envolvam policiais ou autoridades públicas, delitos de organização criminosa, crimes contra os direitos humanos.

Essa união entre o Ministério Público e o Órgão Policial na atividade perscrutória viabilizaria a formação de um direito penal mais efetivo e abrangente não apenas em relação aos pequenos delitos e aos delinquentes menores mas também aos crimes maiores, mais complexos e aos seus autores, muitas vezes indivíduos e grupos poderosos, agentes públicos importantes, sujeitos formadores de opinião e, por tudo isso, mais distantes do alcance do braço repressor do Estado, em detrimento da sociedade.

Dessa forma, poderia o Estado brasileiro, em prestígio do princípio da isonomia, conceber uma verdadeira justiça em suas prestações judiciais e aproximar-se um pouco mais de suas finalidades, idealizadas na Constituição Republicana, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## **6 Conclusão**

Graças ao novo perfil traçado pela Constituição de 1988 às instituições encarregadas da defesa da ordem jurídica, o Ministério Público adquiriu novo *status* como instituição essencial à Justiça,

voltada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis.

Para o efetivo cumprimento dessas atribuições, revela-se necessária maior e mais direta ingerência dos membros ministeriais nas atividades de persecução penal, notadamente na fase preliminar, pois nessa etapa serão colhidos os elementos probatórios que formarão sua convicção como órgão acusador e que fundamentarão o exercício da ação penal da qual é titular.

Afinal, apesar de ser atividade prescindível, a investigação criminal possui grande relevância, sendo muitas vezes decisiva ao pleno exercício da ação penal e, conseqüentemente, do *jus puniendi* do Estado. Daí a necessidade de uma atuação mais dinâmica e autônoma por parte do *Parquet*.

Ademais, as funções institucionais do Ministério Público não se esgotam na literalidade do art. 129 da Constituição Federal, sendo acometida à Instituição a implementação de todas as atividades que guardem relação com suas finalidades institucionais preconizadas na *Lex Mater*. Desse modo, conforme se pode extrair dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional, ele está legitimado a desempenhar a função investigativa e não há qualquer óbice ao seu pleno exercício.

Ressalte-se, entretanto, que, devido à importância da atuação conjunta e cooperativa entre as instituições policiais e ministeriais, com vistas a uma melhor atuação no combate ao crime e na prestação da segurança pública, não se faz necessário que o Ministério Público assuma inteiramente as atividades investigativas. Absolutamente, não deve o Órgão Policial ser excluído das funções de investigação, mas atuar conjunta ou concorrentemente com o Ministério Público, a depender da situação.

Cumprase asseverar, ainda, que a atuação investigativa do Ministério Público necessita de prévia delimitação dos casos em que as investigações ficarão a cargo da instituição ou das polícias

judiciais, bem como das hipóteses em que haverá atuação conjunta ou individual do *Parquet*.

O eficiente exercício da atividade investigativa, de forma direta e autônoma, necessita, também, de reaparelhamento da Instituição, bem como de treinamento e capacitação técnica de seus membros e servidores, mediante investimentos públicos, para que possam desempenhar seus misteres de forma satisfatória ao interesse público.

“O ideal é que a Polícia e o Ministério Público somem esforços no trabalho de investigação, deixando de lado eventuais divergências corporativas para a melhoria dos resultados da investigação preliminar” (SANTIM, 2001, p. 282), em prol de um interesse maior, qual seja, o resguardo da paz, da segurança e da incolumidade dos cidadãos e de seu patrimônio.

## **Referências**

FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, a. 5, n. 60.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Digital*, Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), a. 4, n. 16. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-11787.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, Aloísio Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emília Morais de; CORRÊA, Paulo Fernando. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1054/ainda-e-sempre-a-investigacao-criminal-direta-pelo-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://www.sindelpo.com.br/delpoli/index.php?option=com\\_content&view=article&id=231:parecer-do-constitucionalista-jose-afonso-da-silva-pec37&catid=23:noticias](http://www.sindelpo.com.br/delpoli/index.php?option=com_content&view=article&id=231:parecer-do-constitucionalista-jose-afonso-da-silva-pec37&catid=23:noticias)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

# A legitimidade do Ministério Público para dirigir procedimento de investigação criminal autônomo

Carlos César Silva Sousa Júnior

Assessor Jurídico no Ministério Público Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE.

*Entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do promotor de justiça, o qual, como sustentador da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado e, como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz.*

*Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade: este é o absurdo psicológico em que o representante do Ministério Público, se não tiver um senso de equilíbrio especial, correrá o risco de perder a cada instante, por amor à serenidade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor à polêmica, a desapaixonada objetividade do magistrado.*

(Piero Calamandrei, em *Eles, os juízes, vistos por um advogado*)

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo demonstrar a legitimidade investigatória criminal do Ministério Público, com base na Constituição da República, na Lei Complementar n. 75/1993, nos ensinamentos da doutrina e no entendimento da jurisprudência. A LC n. 75/1993 dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, trazendo em suas disposições a legitimação ativa do MP para realizar diretamente investigação criminal. Trata-se de tema em constante debate, que se mostra atual e de grande relevância para toda a sociedade. Com os resultados da pesquisa, foi possível sustentar a hipótese de legitimidade do Ministério Público para conduzir investigações criminais, a fim de formar sua *opinio delicti*.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Investigação Criminal. Constituição da República. Lei Complementar n. 75/1993. Legitimidade.

**Abstract:** This paper aims to demonstrate the legitimacy of the criminal investigation of the Public Prosecution Service, based on the Constitution of the Republic, on the Complementary Law 75/1993, on the teachings of the doctrine and on the understanding of jurisprudence. Complementary Law 75/1993 establishes the organization, powers and the statute of the Public Prosecution Service of the Union, bringing in its provisions the active legitimation of PPS to directly conduct criminal investigation. This is a topic of constant debate, actual and of great relevance to society. With the survey results, it was possible to sustain the hypothesis of the legitimacy of the Public Prosecution Service to conduct criminal investigations, in order to form its *opinio delicti*.

**Keywords:** Public Prosecution Service. Criminal Investigation. Constitution. Complementary Law 75/1993. Legitimacy.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Marco institucional: a Constituição da República de 1988. 3 O poder investigatório criminal do Ministério Público. 3.1 A posição da doutrina. 3.2 Teoria dos poderes implícitos. 3.3 A Legitimidade investigatória do Ministério Público como decorrência da Lei Complementar n. 75/1993. 3.4 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3.5 O entendimento do Supremo Tribunal Federal. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Com a promulgação da Constituição da República (CR) de 1988, o constituinte originário deu *status* ímpar ao Ministério Público (MP), cujas funções possuem relevo incontestável na construção do Estado Democrático de Direito.

O MP foi, sem dúvidas, a instituição mais fortalecida pelo constituinte originário, que lhe atribuiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Demais disso, foi outorgada ao *Parquet* a competência privativa para a promoção da ação penal pública, conforme disposto no inciso I do art. 129 da CR. Em outras palavras, o constituinte originário atribuiu ao MP a exclusividade para promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição), como forma de assegurar a ordem jurídica e levar a justa sanção ao infrator.

Atendendo ao comando constitucional, foi editada a Lei Complementar (LC) n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (MPU), que compreende o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público Militar (MPM) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

No Brasil, apesar da configuração dada ao MP pelo constituinte originário, pelas disposições da LC n. 75/1993, e pela posição dominante da doutrina e jurisprudência sobre a investigação criminal direta pela Instituição, a discussão não está pacificada.

Se a tese contrária à investigação criminal direta do MP prevalecer, o Brasil sofrerá grande retrocesso na persecução penal, uma vez que se retiraria a possibilidade de o titular da ação penal produzir provas para formar sua *opinio delicti*.

Diante de tais questionamentos, o tema assentado no presente estudo é “A legitimidade do Ministério Público para dirigir procedimento de investigação criminal autônomo”. A escolha do tema justifica-se pela familiaridade do pesquisador com a atuação do *Parquet*, baseada nas suas experiências profissionais adquiridas enquanto estagiário da Instituição no âmbito estadual e federal (*status* atual), e pela sua preocupação com os rumos da República Federativa do Brasil. Sendo assim, surge a seguinte questão: em que medida o Ministério Público tem legitimidade ativa para instruir o procedimento de investigação criminal como forma de alcançar sua missão constitucional?

A hipótese seria basicamente que, com fundamento no contexto em que o MP está inserido na CR e na LC n. 75/1993, somado ao entendimento da doutrina e jurisprudência, o MP possui legitimação ativa para instruir o procedimento investigatório criminal, mormente por ser o titular da ação penal pública e defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos coletivos e individuais indisponíveis.

Assim, à luz do papel constitucional do Ministério Público e das demais questões aventadas, o presente estudo tem por objetivo identificar, na CR, na LC n. 75/1993, na doutrina e na jurisprudência, a legitimidade ativa do Ministério Público para instruir investigação preliminar a fim de construir sua *opinio delicti*.

Diante da crescente discussão sobre o tema, como ocorreu com a Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011, que foi rejeitada por esmagadora maioria na Câmara, o presente artigo mostra-se de suma importância para a persecução penal no País.

Nesse sentido, o trabalho visa a contribuir para o aprimoramento da persecução penal no Brasil, com a necessária ampliação dos legitimados ativos para a investigação preliminar.

## **2 Marco institucional: a constituição da República de 1988**

Após os trabalhos da Assembleia Constituinte, na qual o MP teve grande participação, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que elevou o Ministério Público<sup>1</sup> à condição de instituição perma-

---

<sup>1</sup> “O vocábulo ministério provém do latim *mamus*, que exprime o sentido ‘mão’. O termo demonstrou-se apropriado já que aos procuradores da corte era atribuída a representação dos interesses do rei, atuando, pois, como a mão do rei. A designação ‘público’ emana dos interesses sociais defendidos em contraposição à advocacia privada” (VASCONCELOS, 2013, p. 28, 2013, p. 28). Por sua vez, sobre a expressão, Hugo Nirgo Mazzili assim se posiciona: “Parece-nos, pois, correta a suposição de

nente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dicção do art. 127 da CR (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o MP foi alçado a *status* ímpar, transformando-se na instituição mais forte e relevante apartada dos Três Poderes constituídos, dado o alargamento de suas prerrogativas e funções de proteção aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse sentido, Mazzilli (2007, p. 47) afirma que “foi [...] com a Constituição democrática de 1988 que o Ministério Público brasileiro alcançou seu crescimento maior, sequer comparável ao dos outros países, ainda que de semelhante tradição cultural”.

O MP é, pois, um órgão *extrapoder*, visto que independe dos Poderes de Estado, não podendo seus membros receber qualquer ordem ou instrução de autoridades públicas (MORAES, 2010). É, portanto, assegurada à Instituição autonomia administrativa, funcional e financeira (MAZZILLI, 2007).

Nos termos da CR, compete ao MP a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que demonstra o elevado *status* constitucional para o qual o constituinte originário erigiu a Instituição.

Estas são, pois, as missões elencadas pelo art. 127 da CR, das quais emana todo arcabouço do Ministério Público brasileiro, seja em sua efetiva atuação, seja na elaboração das leis que dizem respeito ao seu mister.

---

Vellani no sentido que a expressão nasceu ‘quase inadvertidamente, na prática’, quando os procuradores e advogados do rei falavam de seu próprio mister ou ministério, e a este vocábulo se uniu, ‘quase por força natural’, o adjetivo ‘público’, para designar os interesses públicos que os procuradores e advogados do rei deveriam defender. Da França, nesta acepção, a expressão passou, traduzida, para os outros Estados.” (MAZZILLI, 2007, p. 44).

### 3 O poder investigatório criminal do Ministério Público

As funções do *Parquet*<sup>2</sup> podem ser vistas como forma de impedir a violação às normas constitucionais e ao patrimônio público por parte dos próprios Poderes constituídos. O constituinte originário criou um verdadeiro fiscal da legalidade, da moralidade, do regime democrático, dos direitos e garantias individuais, enfim, um assegurador da plenitude da Constituição.

Como se pode ver, o Ministério Público pós 1988 se tornou uma instituição de grande importância à sociedade brasileira, pois foi ampliada de forma jamais vista a sua atuação como verdadeiro *Ombudsman*<sup>3</sup> na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive por meio de sua investigação criminal.

---

2 A expressão *Parquet* significa assoalho, e seu uso remete ao local onde os procuradores do Rei ficavam, no assoalho das salas de audiência, para fiscalizar os juízes, e disto provém, também, a expressão *magistratura de pé*. A respeito, Hugo Nigro Mazzilli ensina que “a menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém da tradição francesa, assim como as expressões *magistrature debout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservam, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature debout*.” (MAZZILLI, 2007, p. 39).

3 “A função de ‘ombudsman’ tem origem remota na Constituição seca de 1809, que criou a figura do justiteombudsman, expressão utilizada para o vernáculo como ‘comissário de justiça’, com a atribuição de supervisionar a observância dos atos normativos pelos juízes e servidores públicos. Sua estrutura foi abraçada também pelas Constituições espanhola, de 1978 (que instituiu ‘El defensor del puebllo’, no artigo 54), e portuguesa, que acolheu o ‘Provedor de Justiça’, no art. 24, mantido, aliás, no art. 23, após a revisão de 1982. Na Assembleia Nacional Constituinte, verificando-se que o Ministério Público já estava estruturado em carreira e existia em todo território nacional, foi-lhe deferida tal função, que consiste no controle dos demais controles (parlamentar ou político, administrativo e judiciário), atinentes aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública). Objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que os Poderes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos” (JATAHY, 2009, p. 32).

Com fulcro na CR, foi editada a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, dispondo sobre a organização e atribuições do Ministério Público da União, que estabelece uma gama de atribuições aos seus membros.

Entre tantas atribuições e legislações esparsas voltadas à atuação Ministerial, e em razão da incumbência maior de oficial pelo efetivo cumprimento da lei, não se pode esquecer a sua primordial função: a persecução penal.

### 3.1 Posição da doutrina

A condução direta de procedimentos de investigação criminal pelo Ministério Público é controversa na doutrina e jurisprudência. Alguns autores defendem a possibilidade, tendo em vista ser o MP titular privativo da ação penal pública e, por isso, toda a investigação teria como finalidade a sua atuação. Em sentido contrário, há corrente defendendo que a Constituição não outorgou expressamente tal função à Instituição.

Na linha do que asseveram Streck e Feldens (2006, p. 41), com a nova ordem constitucional, o Ministério Público foi “alçado à condição análoga a de um poder de Estado [...] em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito”.

Dessa forma, o *Parquet* foi incumbido de defender a sociedade, o regime democrático e os direitos sociais, portanto, “defender o Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio; o significado material desse novo paradigma de Estado é que deve nortear a atuação da instituição ministerial” (STRECK; FELDENS, 2006, p. 42).

A investigação criminal diretamente realizada pelo MP é consectário lógico para o atingimento de suas finalidades, mormente a defesa do regime democrático e dos interesses coletivos e sociais. Nesse sentido, os mestres defendem que

[...] a problemática acerca da função investigatória do Ministério Público transcende a [...] linearidade processual penal, marcada por uma análise meramente dogmático-normativa. O enfrentamento do problema exige mais. Faz-se necessário concebê-lo no contexto de um Estado que, constituído sob a fórmula de Estado Democrático de Direito, deseja projetar-se efetivamente como uma *República*, com os efeitos inerentes a essa opção política sufragada pelos artigos 1º e 3º da Constituição. Em síntese: a discussão acerca da legitimidade da função investigatória do Ministério Público, para além dos aspectos dogmático-normativos que o circundam, é uma questão *Republicana* (STRECK; FELDENS, 2006, p. 45).

Ainda como suporte acerca da investigação criminal a cargo do MP tem-se a inexistência de monopólio da investigação pela Polícia (CALABRICH, 2008). A doutrina é farta em ensinamentos no sentido de que a expressão *exclusividade* contida no art. 144, § 1º, IV, da CR quer dizer que, dentre todos os órgãos policiais previstos – Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Civil – apenas a Polícia Federal exercerá a função de polícia judiciária da União (STRECK; FELDENS, 2006; PACELLI, 2013; ANDRADE, 2008).

Colocando uma pá de cal na discussão acerca da exclusividade da investigação pela Polícia, Andrade acrescenta

[...] não encontramos uma razão técnica que justifique a existência de manifestações apregoando que a Constituição Federal teria conferido a dita *exclusividade* ou *monopólio* à Polícia [...]. O que se nota, portanto, é que os autores que sustentam dito monopólio da Polícia [...] procuram retirar do texto constitucional o que ele em nenhum momento prevê, esquecendo-se de que boa interpretação deve partir de algo, sob pena de ser considerada criação [...] manifestações em torno dessa tese não são furto de qualquer interpretação, constituindo-se, na realidade, em manifestações ideologicamente comprometidas (ANDRADE, 2008, p. 106-107).

Trata-se, pois, de argumento meramente corporativo, despido de estudo científico acerca das disposições constitucionais e legais,

o que parece verdadeira tentativa de esvaziamento das funções do Ministério Público.

Registre-se que as tentativas de enfraquecimento do MP ferem cláusula pétrea da CR, uma vez que a defesa e fiscalização do regime democrático são tão pétreas quanto o seu objeto de proteção (art. 60, § 4º, I, CR). É o que defende o Ministro Carlos Ayres Britto (2004, apud VASCONCELOS, 2013, p. 38):

As cláusulas pétreas da constituição não são conservadoras, mas impeditivas de retrocesso. São a salvaguarda da vanguarda constitucional... a democracia é o mais pétreo dos valores. E quem é o supremo garantidor e fiador da democracia? O Ministério Público. Isto está dito com todas as letras no art.127 da Constituição. Se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela, não se pode fragilizar, desnaturar uma cláusula pétrea. O MP pode ser objeto de emenda constitucional? Pode. Desde que para reforçar, encorpar, adensar as suas prerrogativas, as suas destinações e funções constitucionais.

Dessa forma, Vasconcelos (2013) advoga que existem limites materiais ao legislador derivado quanto às alterações da Constituição Federal e, por isso, o Ministério Público como garantidor da democracia não pode ser fragilizado, mas sim reforçado para atingir as suas missões constitucionais, portanto, possui legitimidade ativa para conduzir investigações criminais.

### 3.2 Teoria dos poderes implícitos

Moraes (2010) defende, com base na Teoria dos Poderes Implícitos, o poder investigatório do Ministério Público, principalmente por exercer a titularidade da ação penal e o papel de fiscalizador dos Poderes da República.

Com efeito, caso o Ministério Público fosse impedido de realizar investigações criminais, isso seria o mesmo que reduzir a sua atuação na defesa dos direitos constitucionais do cidadão e na fis-

calização dos Poderes da República quanto ao cumprimento da lei (MORAES, 2010).

Da mesma forma, seria impossível à Instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CR, como deve ocorrer com a investigação criminal para sancionar os transgressores das convenções sociais, pois é um direito da vítima e da sociedade a efetiva persecução penal.

Quem melhor elucida a Teoria dos Poderes Implícitos é Andrade (2008, p. 175), que discute o conteúdo dado por ninguém menos que seu criador, John Marshall, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, e a interpretação da doutrina nacional. Nesse diapasão, a Teoria dos Poderes Implícitos permitiria a investigação ministerial, pois

[...] a privatividade no exercício da ação penal pública haveria dado ao Ministério Público, ainda que de forma implícita, também a legitimidade para investigar criminalmente, pois o efetivo exercício desta função conduziria à possibilidade fática de ele, *motu proprio*, buscar os elementos necessários para a sua propositura. [...] E como base teórica [...] a doutrina processualista invoca a possibilidade de aplicação da *Teoria dos Poderes Implícitos*. Segundo ela, as Constituições implantam somente as regras gerais que irão nortear a atividade dos poderes e órgãos constituídos, cabendo a eles, no entanto, a utilização dos meios que entenderem necessários para atingirem a finalidade desejada.

Aclarando a Teoria dos Poderes Implícitos, Andrade (2008, p. 180) leciona que “o que faz a *implied powers* é autorizar a utilização de um *segundo meio* – este sim, não-legislado e, portanto, implícito – em razão de o primeiro não satisfazer às exigências e necessidades de quem será seu destinatário”.

Sendo assim, a investigação criminal do MP decorre dos poderes implícitos contidos em suas funções institucionais previstas na

Constituição da República, que por sua vez foram regulamentadas na LC n. 75/1993.

A CR atribuiu ao MP diversas funções institucionais, cujo rol no texto constitucional é meramente exemplificativo, sendo certo que há autorização para o exercício de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade da Instituição. É o caso dos diversos atos investigatórios previstos na LC n. 75/1993.

### 3.3 A legitimidade investigatória do Ministério Público como decorrência da Lei Complementar n. 75/1993

A LC n. 75/1993 é cristalina em suas disposições sobre a realização de diligências investigatórias realizadas diretamente pelo Ministério Público, basta uma simples leitura do art. 8<sup>o</sup> para se constatar.

Por ser uma questão republicana, a investigação criminal do MP é mais que uma discussão jurídica, nasce da necessidade social.

- 
- 4 Art. 8<sup>o</sup> Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; [...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; [...] IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; [...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...] VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; [...] VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; [...] VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; [...] IX - requisitar o auxílio de força policial. [...] § 2<sup>o</sup> Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. [...] § 3<sup>o</sup> A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa. [...] § 5<sup>o</sup> As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

Não é por outro motivo que as disposições contidas na LC n. 75/1993, em conjunto com a Teoria dos Poderes Implícitos aplicada à CR, permitem ao MP de forma incontestada a investigação criminal direta, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência.

Como sabido, a titularidade das investigações criminais não é exclusiva da Polícia, assim como o inquérito policial é peça informativa dispensável que se limita a verificar a materialidade do delito e indícios de sua autoria.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2013, p. 101) defendem que é perfeitamente possível ao MP realizar “investigações no âmbito criminal [...]. Poderia assim o promotor de justiça instaurar procedimento administrativo investigatório [...], e colher os elementos que repute indispensáveis”.

Por sua vez, Lopes Jr. (2013, p. 269) defende a revisão da estrutura e titularidade do inquérito, pois “existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo a criar a figura do promotor investigador”.

O Ministério Público poderá, então, atuar diretamente, por força própria e pessoalmente e/ou através da Polícia, que colherá elementos com base nas suas orientações, conforme esclarece o supracitado autor:

Nesse modelo de investigação, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber a notícia-crime diretamente ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional), de modo que tanto poderá praticar por si mesmo as diligências como determinar que as realize a polícia segundo os critérios que ele (promotor) determinou. Assim, formará sua convicção e decidirá entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 270).

Com fundamento na análise das vantagens e desvantagens, bem como dos sistemas de investigação, Lopes Jr. (2013) assegura que o procedimento presidido pelo Ministério Público é o caminho natural para a evolução da investigação preliminar do Brasil. Para o professor, “desde que desveladas algumas hipocrisias e falácias discursivas, a investigação a cargo do Ministério Público é o caminho natural diante do fracasso dos demais sistemas” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 345).

De igual modo, Bonfim (2010) defende as investigações diretamente realizadas pelo Ministério Público com base na análise dos art. 129, II e VI, da CF e art. 8º, II, IV, § 2º, da LC n. 75/1993.

Além do que preconiza a CR acerca das funções institucionais do MP, a LC n. 75/1993 dispõe que o MPU deverá defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, observando, entre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, relativos à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União.

Entre outras disposições, a LC n. 75/1993 prevê diversas funções outorgadas ao MPU, que acabam por permitir a sua investigação criminal, uma vez que não se poderia defender efetivamente o patrimônio nacional<sup>5</sup>, por exemplo, em casos de corrupção na Administração, se o MP fosse impedido de investigar crimes diretamente.

---

5 Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: [...] h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: [...] b) às finanças públicas; c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; III - a defesa dos seguintes bens e interesses: a) o patrimônio nacional; b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especial-

Em sua pesquisa sobre o assunto, Pacelli (2013, p. 84) traz exaustivos argumentos acerca da possibilidade da direção de procedimentos investigatórios a cargo do Ministério Público, uma vez que possui “assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar n. 75/1993, consoante disposto nos arts. 7º e 8º”.

Ademais, trata-se de consectário lógico que a titularidade da ação penal autoriza a investigação criminal diretamente a cargo do MP (MAZZILLI, 2007; CALABRICH, 2008; RANGEL, 2005; LIMA, 2007), já que o inquérito policial não é imprescindível para a promoção da ação penal, conforme se conclui dos arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP), sendo necessária, apenas, a colheita de elementos que indiquem a autoria e materialidade do delito (JATAHY, 2009; VASCONCELOS, 2013).

Corroborando o entendimento acerca da legitimidade constitucional da investigação direta do MP regulamentada na LC n. 75/1993, Jatahy cita o constitucionalista Clèmerson Mérlin Clêver, o qual defende que:

[...] a legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A lei complementar 75/93 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia se

---

mente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação; b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade; VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei. § 1º Os órgãos do Ministério Público da União devem zelar pela observância dos princípios e competências da Instituição, bem como pelo livre exercício de suas funções.

deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar (CLÈVER, 2000, p. 13, apud JATAHY, 2009, p. 280).

De igual modo, Calabrich (2008, p. 115), um dos maiores estudiosos sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, defende a possibilidade de investigação direta pelo *Parquet* a partir da regulamentação do art. 129, IX, da CR pela LC n. 75/1993 e Lei n. 8.625/1993, afirmando:

[...] da exegese da LC 75/93 e da Lei 8.625/93, legitima-se o MP para realização de um amplo conjunto de medidas de natureza investigatória, a exemplo da inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos públicos ou provados. Veja-se, aliás, que com relação aos documentos e informações requisitados, nos termos da lei, sequer poderá ser levantado óbice referente à sigilosidade dos dados.

Da mesma forma, Lima (2007) defende que a LC n. 75/1993 outorga ao Ministério Público diversos instrumentos que o legitimam a proceder investigações para formar sua *opinio delicti* sobre o fato.

Streck e Feldens (2006) refutam a alegação da ausência de autorização legal da investigação ministerial, uma vez que a LC n. 75/1993 é a providência legal prevista na cláusula de abertura do art. 129, IX, da CR. Da leitura dos seus ensinamentos se destacam as seguintes palavras:

Concretiza-se legislativamente, pois, e com a carga de eficácia avigorada própria das leis complementares, o desiderato constitucional. No que concerne ao real objeto de nosso tema, o dispositivo foi cristalino, assentando caber ao Ministério Público, “nos procedimentos de sua competência” (art. 8º, caput), “realizar inspeções e diligências investigatórias” (inciso V) (STRECK; FELDENS, 2006, p. 80).

Streck e Feldens (2006, p. 81) defendem que é “nítida a relação meio-fim exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º,

V, da LC 75/93, congruente à dicção do art. 26 da Lei 8.265/93) e constitucional (art. 129, I, da CRFB)”, o que legitima ao MP a realização de investigações criminais diretas.

Por fim, os mestres fazem análise hermenêutica acerca da possibilidade de investigação direta a cargo do Ministério Público e criticam posicionamentos com base em análises rasas e pontuais da Constituição da República, ensinando que:

[...] o processo interpretativo não se faz por partes, ou em “fatias”, problemática que Galadamer analisa com maestria em seu *Wahrheit und Methode*. Interpretar é aplicar, pois. Para interpretar, necessitamos, primeiro, compreender; e, para compreender, necessitamos de uma pré-compreensão, que está baseada na nossa historicidade, na nossa facticidade, enfim, na nossa condição-de-ser-no-mundo. Interpretamos, assim, a partir de nossos pré-juízos, a partir de uma determinada tradição. [...] Dessa arte, as expressões “realizar diligências investigatórias” não podem, jamais, significar o seu oposto. Ou seja, não pode significar que o Ministério Público “não” tem esse poder. O texto jurídico “realizar diligências investigatórias” contém uma norma mínima, que é a de investigar, significado que se pode atribuir a partir da tradição jurídico linguística. Cai por terra, assim, e por quaisquer de suas fontes, o primeiro argumento, no sentido da falta de legitimação constitucional, bem assim de habilitação legal expressa, à realização de “diligências investigatórias” pelo Ministério Público. Tal atividade, parece-nos evidente, não se encontra e nem se faz unicamente possível no âmbito de um inquérito policial (STRECK; FELDEN, 2006, p. 84-85, 87).

Não bastassem todos os argumentos acima, o CNMP regulamentou a investigação criminal do MP mediante a Resolução n. 13, de 2.10.2006<sup>6</sup>, o que afasta quaisquer questionamentos quanto ao seu regramento. Aliás, as disposições da referida resolução são mais claras e benéficas ao investigado do que os procedimentos do inquérito policial.

---

6 Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e o art. 26 da Lei n. 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências.

### 3.4 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento remansoso acerca da legitimação ativa do MP para a coleta de elementos de prova sobre a materialidade do crime e a elucidação de sua autoria<sup>7</sup>.

De há muito o STJ já advogava a possibilidade de investigação criminal direta pelo *Parquet*, afirmando que inexistente incompatibilidade entre o exercício da investigação e a propositura da ação penal, o que afasta a alegação de violação da imparcialidade do membro do MP.

Veja-se a ementa do RHC n. 3.586/PA, de relatoria do min. José Cândido de Carvalho Filho:

PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. IMPEDIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. I- A ATUAÇÃO DO PROMOTOR NA FASE INVESTIGATORIA - PRÉ-PROCESSUAL - NÃO O INCOMPATIBILIZA PARA O EXERCÍCIO DA CORRESPONDENTE AÇÃO PENAL. II- NÃO CAUSA NULIDADE O FATO DO PROMOTOR, PARA FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI, COLHER PRELIMINARMENTE AS PROVAS NECESSÁRIAS PARA AÇÃO PENAL. III- RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Como se pode ver, trata-se de julgado do ano de 1994, o que demonstra que o STJ possui entendimento cristalizado ao longo

---

7 *PODERES. INVESTIGAÇÃO. MP.* A Turma deu provimento ao recurso por entender, entre outras questões, que o Ministério Público possui legitimidade para proceder à coleta de elementos de convicção no intuito de elucidar a materialidade do crime e os indícios da autoria. Proceder à referida colheita é um consectário lógico da própria função do Parquet de promover, com exclusividade, a ação penal. A polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. O art. 4º, parágrafo único, do CP não excluiu a competência de outras autoridades administrativas ao definir a competência da polícia judiciária. Assim, no caso, é possível ao órgão ministerial oferecer denúncias lastreadas nos procedimentos investigatórios realizados pela Procuradoria de Justiça de combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais. Precedentes citados do STF: RE 468.523-SC, DJe 19.2.2010; do STJ: HC 12.704-DF, DJ 18.11.2002; HC 24.493-MG, DJ 17.11.2003, e HC 18.060-PR, DJ 26.8.2002. REsp 1.020.777-MG, rel. min. Laurita Vaz, julgado em 17.2.2011 (Informativo n. 463, de 14 a 18 de fevereiro de 2011). [grifo nosso]

dos anos, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, que deu ao Ministério Público, como consequência lógica da sua natureza, o poder investigatório criminal.

Aliás, o STJ pacificou o entendimento na Súmula n. 234, no sentido de que “a participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Ao contrário do que alguns alardeiam, o verbete do entendimento sumulado pelo STJ não diz respeito apenas ao acompanhamento do inquérito policial pelo membro do MP, mas a qualquer tipo de procedimento investigatório, de qualquer órgão, inclusive os presididos pelo próprio membro do *Parquet*, conforme se pode comprovar com uma simples consulta aos precedentes utilizados pela Terceira Seção para elaboração da Súmula n. 234: HC n. 9.023/SC, HC n. 7.445/RJ<sup>8</sup>, RHC n. 7.063/PR<sup>9</sup>, RHC n. 6.662/PR, RHC n. 4.074, RHC n. 892/SP.

---

8 PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. ART. 41 DO CPP. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE DO DECRETO. INOCORRÊNCIA. [...] *A participação de membro do Parquet na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per se, impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.* [...] *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, aí, indeferido. (HC 9023/SC, rel. min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 8.6.1999, DJ 1º.7.1999, p. 190). [grifo nosso]

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VALIDADE. ORDEM DENEGADA. I. São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento de denúncia. II. Ordem que se denega. (HC 7445/RJ, rel. min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 1º.12.1998, DJ 1º.2.1999, p. 218). [grifo nosso]

9 PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FATOS TÍPICOS. “HABEAS CORPUS”. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. [...] - *O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito policial para investigar a*

De acordo com o entendimento pacífico do STJ, o Ministério Público possui legitimidade para a instauração de procedimento investigatório criminal por autorização constitucional (art. 129, VI e VIII, CR) e regulamentação pela Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 8º, V e VII, LC n. 75/1993).

Nesse sentido são os julgamentos do n. *RHC n. 892/SP*, de 21.11.1990, rel. min. José Dantas; *RHC n. 8.106/DF*, de 3.4.2001, e *HC n. 12.685/MA*, de 3.4.2001, ambos do rel. min. Gilson Dipp; *HC n. 18.060/PR*, de 7.2.2002, rel. min. Jorge Scartezzini; *HC n. 37.693/SC*, de 26.10.2004, rel. min. Felix Fischer; *HC n. 35.592/PE*, de 17.5.2005, e *RHC n. 18.257/PE*, de 25.9.2007, de relatoria do min. Hamilton Carvalhido; *HC n. 190.917/SP*, de 15.3.2011, rel. min. Celso Limongi (des. convocado); *HC n. 149.005/SP*, de 22.11.2011, rel. min. Marco Aurélio Bellizze; *RMS n. 29.289/SP*, de 4.9.2012, *RHC n. 26.063/SP*, de 20.9.2012, *HC n. 149.715/CE*, de 25.9.2012, todos de relatoria da min. Maria Thereza de Assis Moura; *REsp n. 331.788/DF*, de 24.6.2003, *REsp n. 331.788/DF*, de 24.6.2003, *HC n. 30.832/PB*, de 18.3.2004, *RHC n. 18.845/DF*, de 12.12.2007, *HC n. 97.821/PR*, de 15.12.2009, *HC n. 94.129/RJ*, de 23.2.2010, *HC n. 118.829/BA*, de 26.6.2010, *REsp n. 945.556/MG*, de 26.10.2010, *REsp n. 1.020.777/MG*, de 17.2.2011, *HC n. 185.485/DF*, de 13.9.2011, *HC n. 151.415/SC*, de 22.11.2011, *HC n. 166.004/SP*, de 14.8.2012, *HC n. 195.901/DF*, de 4.9.2012, todos de relatoria da min. Laurita Vaz.

Inconteste, portanto, a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a legitimação ativa do Ministério Público para instruir procedimento de investigação criminal, por ser consectário lógico do *dominus litis*, com o fim de colher os elementos de convicção para

---

*prática de atos abusivos, susceptíveis de causar lesão a tais interesses coletivos. - A instauração de tal procedimento não provoca qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção, revelando-se, por isso, impróprio o uso do “habeas corpus” para coibir eventuais irregularidades a ele atribuídas. - Recurso ordinário desprovido. (RHC 7063/PR, rel. min. VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 26.8.1998, DJ 14.12.1998, p. 302). [grifo nosso]*

formar a sua *opinio delicti* para a propositura da ação penal, com base nos claros termos trazidos pela LC n. 75/1993<sup>10</sup>.

### 3.5 O entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Pleno do STF ainda não solucionou a controvérsia em tela, mas há entendimentos individuais proferidos por Turmas da Corte, tendo como posição majoritária a sua admissão.

O poder investigatório criminal do Ministério Público foi reconhecido e admitido em diversos julgados do Pretório Excelso sob o entendimento dos poderes implícitos outorgados pelo exercício da titularidade da ação penal e a inexistência de monopólio da investigação criminal pela Polícia<sup>11</sup>.

---

10 *A legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinio delicti decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993). Precedentes. 4. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal, possuindo o Ministério Público legitimidade para determinar diligências investigatórias. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedente. 5. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública – proceder à realização de diligências investigatórias pertinentes ao respectivo âmbito de atuação, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria [...] 6. Ordem denegada. (HC 195901/DF, rel. min. LAURITAVAZ, STJ – QUINTA TURMA, julgado em 4.9.2012, DJE: 17.9.2012). [grifo nosso]*

11 [...] PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. [...] 5. *A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. [...].* 6. *É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. [...].* 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. *Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins,*

Cumpra-se citar as palavras do eminente ministro Ayres Britto no julgamento do HC n. 97.969, a respeito da promoção de diligências investigatórias diretas pelo Ministério Público:

*Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/1988). Tanto que a CR habilitou o Ministério Público a sair em*

---

*dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. [...] 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RE 468523, rel. min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJE de 18.2.2010). [grifo nosso]*

*HABEAS CORPUS [...] VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, [...] - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS [...] OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL [...] “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. [...] É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “dominus litis” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “opinio delicti”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. [...] (HC 94173, rel. min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27.10.2009, DJE de 26.11.2009). [grifo nosso]*

defesa da ordem jurídica. Pelo que *é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas*. Noutros termos: *não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Ainda, como precedentes favoráveis à investigação criminal pelo *Parquet* podem ser citados os seguintes julgamentos: *ADI n. 1517*, de 30.4.1997, rel. min. Maurício Corrêa; *HC n. 93.224*, de 13.5.2008, rel. min. Eros Grau; *HC n. 94.278*, de 25.9.2008, rel. min. Menezes Direito; *HC n. 83.463*, de 16.3.2004, rel. min. Carlos Velloso; *HC n. 75.769*, de 30.9.1997, rel. min. Octavio Gallotti; *MS n. 21.729*, de 5.10.1995, rel. p/ o ac. min. Nêri da Silveira; *HC n. 89.398*, de 20.9.2007, rel. min. Cármen Lúcia; *HC n. 93.930*, de 7.12.2010, *HC n. 84.965*, de 13.12.2011, *HC n. 91.613*, de 15.5.2012, todos de relatoria do min. Gilmar Mendes; *HC n. 96.638*, de 2.12.2010, rel. min. Ricardo Lewandowski; *RE n. 535.478*, de 28.10.2008, *HC n. 91.661*, de 10.3.2009, *RE n. 468523*, de 1º.12.2009, todos de relatoria da min. Ellen Gracie; *HC n. 84.367*, de 9.11.2004, *HC n. 84.404*, de 29.3.2005, e *HC n. 97.969*, de 1º.2.2011, de relatoria do min. Ayres Britto; *Inq. n. 2.041*, de 30.9.2003, *HC n. 85.419*, de 20.10.2009, *HC n. 89.837*, de 20.10.2009, *HC n. 87.610*, de 27.10.2009, *HC n. 90.099*, de 27.10.2009, *HC n. 94.173*, de 27.10.2009, todos de relatoria do min. Celso de Mello.

De forma frontalmente oposta à condução da investigação criminal do Ministério Público foi o entendimento no RHC n. 81.236, julgado de relatoria do ministro Nelson Jobim, contra ato do MP no exercício do controle externo da atividade policial, que requisitou que um delegado de polícia comparecesse a fim de ser ouvido em procedimento investigatório:

A CF dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). *A norma constitucional não contemplou a possibilidade do*

*Parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial* Precedentes (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Do mesmo modo, contra a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público existem os seguintes precedentes: *RE n. 233.072*, de 18.5.1999, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim; *RE n. 205.473*, de 15.12.1998, rel. min. Carlos Velloso; e *HC n. 85.172*, de 22.2.2005, rel. min. Marco Aurélio.

O Plenário da Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da questão, que se encontra pendente de julgamento no RE n. 593.727-5/MG, inicialmente de relatoria do min. Cezar Peluso, hoje substituído pelo min. Teori Zavaski.

Em setembro de 2012, Calabrich fez compilação e análise dos votos proferidos no STF e identificou possível “placar” do entendimento a ser firmado no Plenário do STF em 6 a 1 a favor da investigação criminal pelo Ministério Público, ainda que em casos excepcionais<sup>12</sup>.

## **4 Conclusão**

A Constituição da República alçou o Ministério Público à condição de instituição permanente, incumbindo-a da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

---

<sup>12</sup> “O placar está em 6 a 1, favoráveis à investigação pelo Ministério Público (ao menos para determinados crimes). Dos atuais 11 ministros do STF, 4 ministros não votaram: Teori Zavaski, José Antônio Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber”. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: estado atual do debate pelo Supremo Tribunal Federal. Revista Omnes*, Brasília, n. 1, 2011). Disponível em: <[http://www.anpr.org.br/revistaomnes/?page\\_id=102](http://www.anpr.org.br/revistaomnes/?page_id=102)>. Acesso em: 16 nov. 2013.

O texto constitucional não outorgou expressamente a investigação criminal por parte do Ministério Público, mas uma análise sistemática e teleológica da Constituição permite constatar a sua legitimidade, mormente a partir da Teoria dos Poderes Implícitos.

Do exame dos ensinamentos doutrinários, em cotejo com a interpretação da Constituição da República e normas infraconstitucionais, em especial a LC n. 75/1993, a doutrina que tem mais consistência com a missão institucional do Ministério Público é a que admite a sua investigação criminal.

Como função mais tradicional do Ministério Público – desde tempos remotos na origem da Instituição – está a de acusador público. Nessa vereda, a Constituição da República, no art. 129, incisos I e VII, elencou, entre as funções do MP, a promoção privativa da ação penal e controle externo da atividade policial.

Entre as funções de atuação do MP, a CR, no art. 129, incisos VI, VIII e IX, conferiu a de expedição de “notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”, a de “requisitar diligências investigatórias”, além de estabelecer cláusula aberta para o exercício de “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

As disposições que regem o Ministério Público têm nítido caráter vanguardista, visando combater o abuso de poder, a criminalidade organizada na Administração Pública e o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados aos cidadãos, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Já era assente, no momento da redemocratização do País, que a Polícia é um verdadeiro Estado dentro do Estado e, por isso, o constituinte viu a necessidade de que uma Instituição exercesse não só a fiscalização do ordenamento jurídico como um todo, mas

especificamente um controle externo da atividade policial, por ser instituição armada que lida diretamente com a população.

Esse controle foi dado ao Ministério Público por meio do inciso VII do art. 129. A intenção da Constituição foi dar ao MP a possibilidade de investigar o Executivo e a Polícia, pois não existia nenhuma outra instituição para exercer essa missão, e ninguém melhor do que o destinatário da investigação criminal e titular da ação penal para exercê-la.

Discussões à parte, a investigação criminal do Ministério Público é uma realidade nacional e se mostra extremamente necessária, seja do ponto de vista constitucional e legal, seja a partir do cenário social e político vivido no país. Aliás, diante dos constantes casos de corrupção institucionalizada na Administração Pública, a investigação do Ministério Público é mais que legítima, é necessária.

Na Suprema Corte, há intensa discussão sobre o tema, com julgados favoráveis e contrários em entendimentos individuais nas Turmas, mas o Pleno ainda não se posicionou, estando pendente de julgamento o RE n. 593.727/MG após pedido de vista dos autos pelo ministro Marco Aurélio.

Qualquer que seja o veredicto do Plenário do Pretório Excelso, a legitimidade ativa do Ministério Público para conduzir investigações criminais mostra-se inafastável da sua finalidade e funções constitucionais, resultantes de interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República e das disposições da Lei Complementar n. 75/1993.

Observe-se que a LC n. 75/1993 (arts. 6º, 7º e 8º), em consonância com a finalidade da Instituição e o permissivo contido na cláusula de abertura do art. 129, IX, da CF, traz disposições que concedem legitimidade ativa para o Ministério Público conduzir diretamente investigações criminais.

Ademais, certo é que a Polícia não detém o monopólio da investigação criminal, pois o que dispõe o art. 144, § 1º, IV, da CR é tão somente a exclusividade da Polícia Federal na função de polícia judiciária da União, em nítido objetivo de afastar as demais (Rodoviária e Ferroviária Federais, Cíveis e Militares) dessa mesma função.

Se ao particular é permitido investigar, por qual razão o Ministério Público deveria ser disso impedido? Aliás, como seria possível o controle externo da atividade policial se for negado ao *Parquet* o exercício da investigação criminal e da coleta de provas?

Sem menoscar a importância dos entendimentos contrários, o fato é que não se deixa de perceber que algumas posições em defesa do monopólio da investigação criminal pela Polícia se revestem de cunho corporativista. É notório que não existe, no sistema constitucional vigente, a defendida exclusividade da Polícia para a investigação de infrações penais.

Além disso, como é sabido por todos, o inquérito policial não é imprescindível para o oferecimento da denúncia, bastando que o órgão do Ministério Público esteja de posse dos elementos de convicção que levem à materialidade do delito e aos indícios de sua autoria, o que decorre de expressa previsão do CPP (arts. 4º, parágrafo único; 12; 27; 39, § 5º; 46, § 1º), que data do longínquo ano de 1941.

Por não estar concentrado nas mãos da Polícia, o único titular constitucional da ação penal pública não pode ter sua precípua função sob dependência da atuação policial, sem que possa, por si mesmo, colher elementos para formar a sua *opinio delicti*, ou seja, o órgão de persecução penal pode coletar provas e realizar investigações para formar o seu entendimento sobre o fato delituoso.

Por todo exposto, conclui-se pela legitimação ativa do Ministério Público para a condução de procedimento investigatório criminal, por decorrência do exercício da titularidade da ação

penal, do controle externo da atividade policial, da fiscalização dos Poderes constituídos, principalmente o Executivo e Legislativo, da função de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência dominante sobre o tema.

## Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Código de Processo Penal*: Decreto-Lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei Orgânica do Ministério Público da União*. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 13*, de 2 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmpp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-13>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Habeas Corpus n. 3.586. Relator: Ministro José Candido Carvalho

Filho. Pará, 5 de maio de 1994. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 13517, 30 maio 1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97.969. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 1º fev. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Habeas Corpus n. 81.326. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 6 maio 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 1º ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Investigação criminal pelo Ministério Público: estado atual do debate pelo Supremo Tribunal Federal*. *Revista Omnes*, Brasília, n. 1, 2011. Disponível em: <[http://www.anpr.org.br/revistaomnes/?page\\_id=102](http://www.anpr.org.br/revistaomnes/?page_id=102)>. Acesso em: 16 nov. 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4. ed., rev., atual. e acr. Rio de Janeiro: 2007.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# Direito Comparado

# Las intervenciones de las comunicaciones en el derecho español. Alcance y valoración de la noticia anónima. Cooperación judicial internacional. Información de inteligencia

Javier Ignacio Reyes López

Magistrado de instrucción español.

**Resumen:** El presente trabajo versa sobre la importancia de las intervenciones telefónicas como una de las herramientas más empleadas en la lucha contra cualquier tipo de delincuencia, destacando en su aplicación el respeto de la legislación española con las normas internacionales y la más moderna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, se incide en la valoración de la noticia confidencial como elemento probatorio que legitima una intervención de las comunicaciones, en la cooperación judicial internacional como paso necesario en la lucha contra la criminalidad global y, por último, en la eficacia y validez jurídica de la colaboración policial entre las fuerzas de seguridad de distintos países.

**Palabras clave:** Derecho fundamental. Secreto. Exclusividad jurisdiccional. Motivación. Confidencia. Cooperación internacional. Colaboración policial. Inteligencia.

## 1 Las intervenciones de las comunicaciones en el derecho español

El artículo 18.3 de la Constitución Española de 1978, publicado en la sección dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, señala que “se garantiza el secreto de las comu-

nicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

En relación con el secreto de las comunicaciones, la doctrina jurisprudencial<sup>1</sup> parte de su caracterización como un derecho fundamental y puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, por lo que trasciende de una mera garantía de la libertad individual, para constituirse en un medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales<sup>2</sup>.

El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad<sup>3</sup>, pero este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar con las debidas garantías, su limitación<sup>4</sup>. Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que

- 1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17º, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8º, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art 7º, constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 10, 2º, y garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.).
- 2 La protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) núm. 367/2001, de 22 de marzo, y núm. 1377/1999, de 8 de febrero.
- 3 Sentencia del Tribunal Constitucional (SSTC) núm. 70/2002, de 3 de abril, y núm. 114/1984, de 29 de noviembre.
- 4 Esta limitación aparece prevista en el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (C.E.D.H.).

constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial.

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del juez instructor como juez de garantías, ya que, lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de esta manera en la investigación penal, que debe ser impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede en ningún caso adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales sin la intervención imparcial del juez, que, en el ejercicio de esa función constitucional, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales<sup>5</sup>.

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado porque en otros ordenamientos no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, o porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia<sup>6</sup>. Aún así, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca porque se contempla en un solo precepto, el 578 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que carece de la cali-

---

5 SSTS núm. 248/2012, de 12 de abril.

6 SSTS núm. 635/2012, 17 de julio.

dad y precisión necesarias, por lo que debe complementarse por la doctrina jurisprudencial<sup>7</sup>, pero en cualquier caso, esta insuficiente cobertura legal no predetermina genéricamente la irregularidad de las intervenciones, pues la jurisprudencia que lo desarrolla es muy minuciosa y garantista.

Esa doctrina<sup>8</sup> exige que para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica, sea necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su necesidad, excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y ejecución.

Además del requisito de la proporcionalidad exigible en cualquier medida limitativa de un derecho fundamental, debe hacerse especial hincapié en la motivación judicial, porque constituye una exigencia inexcusable para justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención telefónica, pero en el momento inicial del procedimiento penal en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada precisamente para

---

7 Las insuficiencias de nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por el TS como por el TC (SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero, 184/2003, de 23 de octubre, 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH (SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España, y de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras contra España).

8 Estos son los elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998; caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003 etc).

profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios<sup>9</sup>. Esos indicios, que deben servir de base a una intervención telefónica, han de ser entendidos no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar y de la relación que tiene con él, la persona que va a resultar directamente afectada por la medida, debiendo proporcionar una base real de la que pueda inferirse que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse<sup>10</sup>.

De esta doctrina puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita, a) con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad, b) los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y su conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, c) la fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia Policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido ni cuál ha sido su resultado, y d) el número o números

---

9 En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones, deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender en la práctica, exclusivamente, de la voluntad del investigador sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (SSTS núm. 1363/2011, de 15 de diciembre, núm. 635/2012, de 17 de julio, y núm. 301/2013, de 18 de abril).

10 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 15 de junio de 1992, caso Ludí.

de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

## **2 Alcance y valoración de la noticia anónima**

En el Derecho español, desde la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1149/1997, de 26 de septiembre, se excluye la utilización de informaciones procedentes de fuentes anónimas como indicio directo y único para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, porque estas informaciones deben dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad y, sólo si se confirman por otros medios, puede solicitarse la intervención.

La Policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente, porque podría provocar venganzas y represalias contra los terceros informantes, a la vez que privaría a la Policía de un medio de investigación legítimo y valioso, al desalentar cualquier propósito colaborador de la ciudadanía en la lucha contra la delincuencia<sup>11</sup>.

Una información confidencial en la que permanezca anónima la fuente no constituye nunca una base suficiente por sí sola para acordar una intervención telefónica, puesto que el juez al decidir no puede hacer dejación de las funciones que le atribuye la Constitución para ser él quien pondere la suficiencia de los indicios haciéndolas descansar en el puro criterio policial, porque, si el juez no tiene posibilidad de acceder a la fuente, carece de un elemento imprescindible para decidir<sup>12</sup>.

---

11 SSTS núm. 121/2010, de 12 de febrero, núm. 834/2009, de 29 de julio.

12 Como señala la SSTS núm. 658/2012, de 13 de julio, el juicio sobre la fiabilidad de la fuente no puede estar exclusivamente en manos de la Policía.

Un anónimo no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar al menos, en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión. Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limite a justificar la petición en alusión a “fuentes o noticias confidenciales”. Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que vendrán referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Sentado lo anterior, la confidencia puede cumplir una doble función: ser el desencadenante de la investigación y además un dato complementario de una base indiciaria plural<sup>13</sup>, de modo que la ecuación quedaría como sigue: confidencia, investigación añadida y constatación objetiva<sup>14</sup>.

---

13 SSTS núm. 658/2012, de 13 de julio, y núm. 834/2009, de 29 de julio.

14 A modo de ejemplo de esta ecuación, la SSTS de 11 de noviembre de 2013, señala que “[...] eso es lo realizado en el caso actual. La fuerza policial hace gestiones para constatar la titularidad de la empresa de carga aérea, con terminal en el aeropuerto de Bogotá comprobando y proporcionando al Instructor los datos precisos de la empresa. Seguidamente constata la realización por el sospechoso de viajes a España, realizándose seguimientos policiales y comprobando en un primer viaje que conecta aquí con una persona que se considera, según informaciones recibidas, representante de la organización en España y con otra persona a la que le constan antecedentes policiales por tráfico de droga. En un segundo viaje, en octubre de 2008, también es objeto el recurrente de vigilancia, comprobando que contacta con una representante de otra compañía de carga aérea, que la Brigada de Estupefacientes considera sospechosa de actividades ilegales por su falta de transparencia, reseñando que en su sede y domicilio social ni siquiera figura placa ni distintivo alguno que la identifique. Asimismo entra en contacto con otra persona con antecedentes por contrabando, especialista en temas aduaneros y logísticos. De este

### 3 Cooperación judicial internacional

Cuando se trata de analizar intervenciones obtenidas a través de cooperación internacional es fundamental conocer la norma procesal que rige la ejecución de la diligencia solicitada.

La regla tradicional en cooperación internacional es la ejecución de las diligencias solicitadas conforme a la norma procesal del país de ejecución (*lex loci*). Esta misma regla es la que contiene la mayoría de los convenios bilaterales en materia de asistencia judicial en materia penal (*v. gr.* art. 5.3 del Convenio con EEUU de conformidad con el Acuerdo de Asistencia Judicial UE/EEUU que bilateralmente con España se firmó y ratificó el 17 de Diciembre de 2004; art. 7 del Convenio de Cooperación Jurídica y Asistencia Judicial entre España y Brasil, de 22 de Mayo de 2006; el art. 10 del Convenio de Asistencia Jurídica Mutua con los EE UU mexicanos, de 29 de Septiembre de 2006). En el ámbito europeo, el art. 3.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal del Consejo de Europa, de 20 de Abril de 1959, dispone que la parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos. El art. 4 del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la UE, de 29 de Mayo de 2000, introdujo la posibilidad de solicitar el respeto a determinadas formalidades de la *lex fori* al disponer que, en los

---

conjunto indiciario deduce la referida Brigada que el sospechoso, a través de los referidos contactos, ha dispuesto una red de recursos que abarca todos los aspectos necesarios para asegurar la llegada de grandes alijos de droga a España por vía aérea, puesto que domina la salida desde Sudamérica, las aeronaves que pueden realizar el transporte y los contactos para asegurar el paso de la Aduana en España. Este conjunto indiciario ha de estimarse suficiente pues, como ya hemos señalado, constituye doctrina jurisprudencial consolidada que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada [...]”.

casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a *los* principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido.

El Tribunal Supremo español ha declarado reiteradamente<sup>15</sup> que las pruebas obtenidas en el extranjero conforme a sus propias normas son válidas en España, a partir de tres principios generales: 1) que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde se obtuvo no debe ser sometida al tamiz de su conformidad con las normas españolas; 2) quedaría abierta la posibilidad de valorar si esas pruebas fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención<sup>16</sup>; 3) en el ámbito europeo, el Tribunal Supremo español ha añadido un criterio general de confianza en las garantías comunes vigentes en el espacio judicial europeo<sup>17</sup>; y 4) la ausencia de garantías en relación con los actos practicados en el extranjero debe ser probada por quien lo alega<sup>18</sup>.

---

15 Sigue así el TS la norma básica contenida en el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 del Consejo de Europa.

16 En este caso, corresponde a quien lo alega la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y por tanto de la ilegalidad y nulidad de esta prueba.

17 La STS núm. 340/2000 de 3 de marzo mantiene que es misión del TS “la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal Sentenciador se ha practicado con todas las garantías, así como el cumplimiento de las normas en cuanto a la incorporación a la causa de pruebas practicadas en el extranjero por el cauce de una comisión rogatoria, sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de las pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado”. En este sentido, la SSTS núm. 1142/2005, de 20 de septiembre, mantiene la validez de unas comisiones rogatorias ejecutas en Portugal afirmando que “[...] no procede por el Juez español someter al contraste de la legislación española las actuaciones efectuadas vía comisión rogatoria en otro país, según su propia legislación [...]”.

18 SSTC núm. 155/2001.

## 4 Información de inteligencia

En el ámbito de la cooperación penal internacional, en el que nos enfrentamos con los graves riesgos generados por la criminalidad organizada transnacional y en el que España tiene asumidas notorias obligaciones adaptadas a un mundo en el que la criminalidad está globalizada<sup>19</sup>, no pueden imponerse las reglas propias determinadas por problemas legislativos internos a los servicios policiales internacionales en sus investigaciones, por lo que ha de respetarse el ordenamiento interno de cada país, siempre que a su vez respete las reglas mínimas establecidas por los tratados internacionales<sup>20</sup>. Generalmente esta fuente de prueba se denomina información de inteligencia.

De la misma manera que no es posible ni exigible imponer a otros sistemas judiciales la autorización judicial de las escuchas, tampoco lo es imponer a servicios policiales que no trabajan así, como sucede con la DEA o NCA por ejemplo, las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para los servicios policiales españoles. En consecuencia, la exigencia de que el servicio policial español que interesa la escucha proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica necesariamente que también deba proporcionar obligatoriamente, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento. Cuando las fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales españoles procedan de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio juez instructor en función de: 1º) los datos objetivos

---

19 Véase el preámbulo de la Convención de Naciones sobre Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000.

20 SSTS núm. 635/2012, 17 de julio.

existentes y su concreción, 2º) los cauces oficiales de recepción y verificación de la información, 3º) las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación, 4º) la verosimilitud de la información y 5º) sus propias normas de experiencia.

Si concurren esos requisitos, no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos en tal sentido, porque no hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas, irregulares y vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario<sup>21</sup>. Esto supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia en tanto no se prueba su culpabilidad, a los jueces y tribunales en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la constitución y a las leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que en el derecho a la presunción de inocencia ni el principio “*in dubio pro reo*”, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos<sup>22</sup>.

En el ámbito de espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos en otros policías

---

21 Entre otras, SSTS núm. 85/2011, de 7 de febrero; núm. 362/2011, de 6 de mayo; núm. 628/2010, de 1 de julio; núm. 406/2010, de 11 de mayo; y núm. 6/2010, de 27 de enero.

22 Insiste la STS núm. 456/2013, de 9 de junio, que “[...] en línea de principio, proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional ( art. 117.1 CE). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blind a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales. También lo es, y la experiencia se encarga cada día de recordarlo, que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías [...]”.

o jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados conforme a su propia legislación. Es evidente que el ordenamiento jurídico interno de cada país ahonda sus raíces en sus propias tradiciones jurídicas y que pueden coexistir diferencias notables entre las diversas regulaciones nacionales respecto de las materias o procedimientos de obtención de pruebas. Incluso determinadas diligencias inherentes en un país se reservan a la propia autorización judicial (por ejemplo secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio etc.), otros países pueden llevarlas a cabo el Fiscal, Ministerio del Interior, o incluso la Policía. Estas simples diferencias no suponen óbice para que se les reconozca el mismo valor que tendrían en la propia normativa nacional del Estado requerido y tampoco pueden establecerse diferencias en relación con la autoridad que decreta la medida injerente<sup>23</sup>.

En el ámbito judicial internacional más allá del ámbito europeo, no sería descabellado pensar en la perfecta asimilación y corrección a los cánones de legalidad anteriormente citados, de las legislaciones de aquellos países que han suscrito textos internacionales de alcance mundial, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o la Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, y que se constituyan como estados democráticos que proclamen la dignidad de la persona como uno de los derechos fundamentales y un pilar insoslayable del estado de derecho.

Precisamente y a modo de corolario, esta última consideración, y así figura en numerosas exposiciones de motivos de acuerdos y convenios<sup>24</sup>, ha servido para la firma de tratados internacionales

---

23 En este sentido, debe observarse el art. 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20.4.59, porque permite que toda parte contratante pueda aclarar, conforme a su ordenamiento jurídico interno, que autoridades nacionales deberán ser consideradas como autoridades judiciales a los efectos del Convenio.

24 Comienza diciendo el convenio de cooperación jurídica y asistencial entre España y Brasil de 2006 señala que “[...] Considerando los lazos de amistad y cooperación

bilaterales entre España y muchos países de nuestro entorno como mecanismo necesario para la lucha contra la delincuencia organizada, con notables resultados en cuanto a la eficacia de la colaboración jurídicopolicial internacional, ampliando las miras sobre el alcance del delito para lograr sancionar con el Derecho Penal los efectos perniciosos de la infracción penal en toda su extensión.

## 5 Conclusiones

a) Las intervenciones de las comunicaciones son el arma estrella en la lucha contra el crimen organizado, avalando el T.E.D.H. su uso dentro de ciertos límites.

b) Precisamente y por vía jurisprudencial, se han ido adecuando a los parámetros de legalidad constitucional el acceso al procedimiento de noticias confidenciales o anónimas.

c) En materia de cooperación judicial internacional, el Tribunal Supremo Español ha perfilado la mutua colaboración y reconocimiento, como la piedra angular del sistema.

d) Se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con total normalidad y bajo ciertas condiciones la llamada información de inteligencia, basada en la colaboración policial entre instituciones públicas de distintos países.

---

que los unen; estimando que la lucha contra la delincuencia requiere de la actuación conjunta de los Estados, reconociendo que la lucha contra la delincuencia es una responsabilidad compartida de la comunidad internacional, conscientes de que es necesario el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación jurídica y asistencia judicial en materia penal, para evitar el incremento de las actividades delictivas, deseosos de promover acciones de control y represión del delito en todas sus manifestaciones a través de la coordinación de acciones y ejecución de programas concretos, en observancia de las normas constitucionales, legales y administrativas de sus Estados, así como el respeto a los principios de Derecho Internacional, en especial de soberanía, integridad territorial y no intervención y tomando en consideración las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre la materia, que vinculen a las Partes [...].”

**Emenda Constitucional n. 45/2004:  
retrospectiva e análise**

# Implicações da repercussão geral no processo penal

Cristiane Ferreira Gomes Ramos

Técnica Administrativa na Procuradoria Regional da República da 3ª Região. Especialista em Direito Público pela Anhanguera Educacional.

**Resumo:** O estudo apresenta alguns aspectos importantes acerca da exigência da demonstração formal da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário no Direito Processual Penal brasileiro. O ponto de partida será a análise dos princípios gerais aplicáveis à matéria, destacando-se algumas particularidades relativas ao processo penal, as quais se justificam em razão da indisponibilidade do direito à liberdade e da persecução penal pelo Estado. Com base nesses fundamentos, estudaremos em detalhes a repercussão geral, por meio da investigação dos antecedentes históricos, da análise de questões conceituais e procedimentais do instituto bem como dos precedentes judiciais nacionais. Pretende-se demonstrar, assim, que a repercussão geral é útil à racionalização do trabalho do Poder Judiciário e, se apreciada com a devida cautela, tem mais benefícios do que riscos a oferecer à segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Processo penal. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

**Abstract:** This study presents some important aspects about the requirement of formal demonstration of general repercussion, as assumption of admissibility of extraordinary appeal, in Brazilian Criminal Procedural Law. The starting point is the analysis of general principles applicable to the matter, pointing out some peculiarities relating to Criminal Proceedings, which are justified because of the unavailability of the right to freedom and of the criminal prosecution by the State. Based on these fundamentals, we will study in detail the general repercussion, by investigating

the historical background, analysis of conceptual and procedural of the institute, and the national legal precedents. We intend to demonstrate, therefore, that the general repercussion is useful for streamlining the work of the Judiciary and, if it was considered with due caution, it has more benefits than risks to offer to legal security.

**Keywords:** Criminal process. Extraordinary appeal. General repercussion.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Princípios aplicáveis em matéria penal. 3 O recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal. 4 Breve histórico. 5 A exigência da demonstração formal da repercussão geral. 6 Conceito de repercussão geral. 7 Procedimento para a análise da repercussão geral. 8 Efeitos da decisão que reconhece, ou não, a repercussão geral. 9 A proposta jurisprudencial brasileira. 10 Conclusão.

## 1 Introdução

A exigência do pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, segue orientação do modelo do direito consuetudinário, ou *common law*, em que se atribui destacada importância aos precedentes judiciais como fontes do direito e à instituição de tribunais constitucionais.

O instituto visa racionalizar o trabalho do Poder Judiciário, de modo que apenas as questões constitucionais relevantes – transcendentais aos interesses subjetivos da causa – sejam analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) via recurso extraordinário.

A nova sistemática contribui, ainda, para a celeridade processual e para a uniformização dos julgados, o que confere maior segurança jurídica às partes envolvidas na lide e, também, à sociedade.

Por outro lado, como a ausência desse requisito importa na inadmissão do recurso extraordinário, tal análise há de ser cri-

teriosamente realizada, sob pena de que graves distorções acerca da aplicação do Direito Constitucional federal sejam excluídas da apreciação pelo STF.

No caso do Direito Processual Penal, em que se discute o direito à liberdade em contraposição ao da segurança pública – em regra, indisponíveis –, tal realidade mostra-se ainda mais delicada.

De início, convém lembrarmos alguns princípios aplicáveis ao processo e ao Direito Penal que mais diretamente influenciam o objeto do estudo, os quais oferecerão bons recursos para a melhor compreensão da jurisprudência produzida até o momento.

## **2 Princípios aplicáveis em matéria penal**

Os princípios podem ser definidos como “[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2002, p. 304–305). Alguns princípios têm aplicação restrita a determinado ramo do direito.

As raízes do Direito Processual, em geral, estão intimamente relacionadas ao Direito Constitucional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 53). Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 47) chegam a ver no processo “[...] um *instrumento a serviço da paz social*”.

José Afonso da Silva salienta que o Brasil foi o primeiro Estado a introduzir regras garantistas em sua Constituição, uma vez que o fez na Constituição do Império, de 1824, anterior à Constituição da Bélgica, de 1931, à qual se tem dado a primazia (2008, p. 167).

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/1988), estão contidas a estrutura do Poder Judiciário, as garantias da magistratura e do devido processo legal (*due process of law*)

bem como os princípios que visam assegurar o acesso à ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 53).

Acerca da necessidade de se proporcionar meios para a revisão das decisões judiciais, Capez afirma, em interessante síntese, que “os recursos estão fundados na necessidade psicológica do vencido, na falibilidade humana e no combate ao arbítrio” (2009, p. 674).

O recurso é, assim, um instrumento à disposição do interessado para que possa questionar o acerto de uma decisão judicial que lhe foi desfavorável. Essa previsão tem por escopo conferir maior segurança em relação à atividade jurisdicional.

No sistema processual penal brasileiro, as decisões judiciais podem ser combatidas, ainda, pela via das ações autônomas de impugnação.

Os recursos distinguem-se das ações de impugnação na medida em que o recurso não instaura uma relação processual nova, mas apenas prossegue uma já existente, enquanto que a ação de impugnação configura o exercício de uma nova ação (BONFIM, 2009, p. 617). Conforme Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (2009, p. 27), essa distinção é válida mesmo em relação ao *habeas corpus* e à revisão criminal, erroneamente inseridos no Título II – “Dos Recursos em Geral” – do Código de Processo Penal.

Os recursos dependem de ato voluntário do recorrente. Dessa característica, infere-se ser o ato de interposição um ônus processual que, se não for praticado oportunamente, importará na consolidação dos efeitos da decisão, ressalvada a possibilidade de utilização, a qualquer tempo, das ações de impugnação. (GOMES FILHO; GRINOVER; SCARANCE FERNANDES, 2009, p. 28).

No que tange à tutela do processo, em geral, verifica-se a existência de um conjunto de garantias que, reunidas, são chamadas de *devido processo legal*. Essa ideia remonta ao art. 39 da Magna Carta,

outorgada por João Sem-Terra em 1215, e encontra-se consagrada entre nós, atualmente, no art. 5º, LIV, da CF/1988 (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 86).

José Afonso da Silva, na esteira das lições deixadas por Ruy Barbosa (2008, p. 354), esclarece que o direito reflete os bens e vantagens conferidos pela norma, e as garantias, os respectivos instrumentos assecuratórios.

Entre os desdobramentos do direito a um processo justo, Marinoni e Mitidiero (2008, p. 11-12) mencionam os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, ao juiz natural, à paridade de armas, ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à publicidade do processo, à motivação das decisões judiciais e ao processo com duração razoável.

Com relação à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988), também chamada de inafastabilidade do Poder Judiciário, sua aplicação no Direito Processual Penal é bastante significativa, pois, no dizer de Tourinho Filho (2009, p. 7), “o Estado somente poderá infligir pena ao violador da norma penal após a comprovação de sua responsabilidade (por meio do processo) e mediante decisão do órgão jurisdicional”.

Por garantia do juiz natural entende-se a restrição dos órgãos jurisdicionais àqueles instituídos pela Constituição Federal, desde que pré-constituídos em relação ao fato que devam julgar (art. 5º, XXXVII, da CF/1988) e obedecidas as regras de competência (inciso LIII) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 58).

A igualdade jurídica, esculpida no *caput* do art. 5º da CF/1988, quando é transposta para o Direito Processual, assume dois aspectos: deve ser dispensado tratamento igualitário àqueles que se encontrarem na mesma posição jurídica no processo, bem como deve ser conferida igualdade de armas – *par conditio* – às partes adversas (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 50 e 52).

O inciso LV do art. 5º da CF/1988 assegura aos litigantes e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de garantias que, embora sejam complementares, não se confundem.

O contraditório baseia-se no princípio da audiência bilateral – *audiatur et altera pars* –, segundo o qual o magistrado deve manter-se equidistante das partes e oferecer-lhes a possibilidade de exporem suas razões e apresentarem suas provas. É expresso por Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 61) na máxima: “ouvindo uma [parte], não pode deixar de ouvir a outra”. Compõe-se, portanto, de dois elementos: informação e reação (2007, p. 63).

Há autores que diferenciam a audiência bilateral do contraditório. A audiência bilateral representaria uma simples oportunidade de conhecimento dos atos praticados para eventual manifestação; por sua vez, o contraditório deveria ser efetivo, isto é, haveria a atribuição do caráter de ônus ou de dever ao direito de defesa, até para fins de aplicação ou não dos efeitos da revelia, respectivamente, conforme a natureza do direito controvertido (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 63-64).

Admite-se, ainda, em situações excepcionais, o contraditório diferido.

No que respeita à ampla defesa no processo penal, é indispensável a defesa técnica (art. 261 do CPP), sob pena de nulidade (art. 564, III, *c*, do CPP). O réu tem o direito de escolher um defensor de sua confiança, mas, se não constituir, o juiz nomear-lhe-á um, sem prejuízo da obrigação de pagar os honorários, caso o réu possua recursos financeiros para tanto (art. 263 e parágrafo único do CPP). Por sua vez, o direito à autodefesa é disponível pelo réu, que pode optar pelo silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/1988).

O direito à prova, como observa Scarance Fernandes (2005, p. 77), está ligado aos direitos de ação e de defesa, pois, “[d]e nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo duas postulações

se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas alegações”.

São inadmissíveis, contudo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF/1988). Acerca da questão, Capez explica que é vedada a utilização tanto de provas ilícitas, obtidas mediante a violação de normas de direito material, quanto de provas ilegítimas, que são aquelas que, em sua produção, feriram normas processuais (2009, p. 39). Tais provas deverão ser desentranhadas dos autos (art. 157 do CPP).

É de se ressaltar que, no processo penal, o juiz não pode se contentar com a verdade formal, sendo-lhe facultado determinar, de ofício, a produção das provas necessárias à elucidação da verdade dos fatos (art. 156, II, do CPP). Todavia, nessa hipótese, estará impedido de julgar (art. 252, II, do CPP), ante o afastamento do modelo acusatório, adotado no direito brasileiro (CAPEZ, 2009, p. 32).

A publicidade dos atos processuais está enunciada no art. 5º, LX, da CF/1988 e objetiva proporcionar a transparência da atividade jurisdicional, por meio da possibilidade de fiscalização pelas partes e pela comunidade. Encontra ressalvas no direito à intimidade e no interesse social (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 71-72), além do escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º, do CPP).

O dever de motivar as decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988) visa possibilitar a impugnação para fins de reforma e, mais do que isso, a aferição concreta da imparcialidade do magistrado e da legalidade e justiça das decisões, tendo, portanto, função política (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 74).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no item 1 de seu art. 8º, dispõe que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]” [grifo nosso]. Referida norma de

Direito Internacional foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 678, de 6.11.1992, e, por força do § 2º do art. 5º da CF/1988, complementou as regras do devido processo legal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 91).

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, tornou explícito no texto constitucional o princípio da celeridade processual, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/1988 (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 92).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 94) sugerem três critérios para a determinação da duração razoável do processo: “[...] a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional”.

Ainda consoante lição dos referidos autores, a cláusula do devido processo legal [...] *“também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertido”* [grifo nosso] (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 88). Para Scarance Fernandes (2005, p.64), a influência que o direito material exerce sobre o Direito Processual justifica-se em razão do caráter instrumental do processo.

Marinoni (2008, p. 112-113) assevera, com rigor, que a sobreposição do poder estatal aos particulares somente é legítima se o magistrado analisar o caso concreto em conformidade com a lei, com a realidade social e com a Constituição. Agindo dessa forma, a pacificação social exsurge como consequência da atividade jurisdicional, que consiste em dar efetiva tutela às necessidades dos direitos materiais.

Embora se tenha que o Direito Processual, assim como a Jurisdição, seja uno, haja vista a identidade dos conceitos fundamentais aplicáveis aos diversos ramos, é certo que o Direito Processual Penal apresenta peculiaridades em relação às demais

disciplinas processuais, pois o bem jurídico tutelado por meio dele é, em regra, indisponível (TOURINHO FILHO, 2009, p. 14-15).

Assim, o processo penal é marcado pelo estado de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/1988), e pelo *favor rei*, que impõe a adoção da interpretação mais benéfica ao réu, caso haja dúvida. Corolário disso é a valoração da prova dúbia em favor do réu e a análise da necessidade de prisão processual segundo o paradigma acima referido. Importante mencionar, ainda, que alguns recursos e ações impugnativas são previstos apenas para a defesa, como, por exemplo, os embargos infringentes e a revisão criminal (CAPEZ, 2009, p. 39).

Segundo afirmação otimista de Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 50), “[s]entem-se progressos também em sede pretoriana, com juízes e tribunais gradativamente conscientizados dos valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal e necessidade de tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso à *ordem jurídica justa*”.

### **3 O recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal**

Após a Proclamação da República, adotou-se a forma federativa de Estado, diante da qual foi instituída a divisão do Poder Judiciário em federal e estadual (CORTÊS, 2007, p. 247). De acordo com José Afonso da Silva, a forma de garantir a autoridade do direito federal, em face dos eventuais erros cometidos pelas justiças estaduais, teria sido encontrada no *writ of error* norte-americano (2008, p. 248).

Assim, o recurso extraordinário, inspirado no *Judiciary act*, de 1789, apareceu em nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, em 1890, por meio do Decreto n. 848, que criou o Supremo Tribunal Federal e atribuiu-lhe a competência para julgar esse recurso, então inominado (CAPEZ, 2009, p. 779).

O recurso em questão foi recepcionado pela Constituição de 1891, mantido pelas constituições subsequentes e recebeu a denominação de *extraordinário* pela Constituição de 1934, embora já fosse designado dessa forma pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) desde 1891 (CAPEZ, 2009, p. 779).

O recurso extraordinário, até a Constituição de 1988, era mais abrangente e versava, além das matérias constitucionais, sobre questões federais infraconstitucionais, competência esta que é atribuída, atualmente, ao Superior Tribunal de Justiça (CAPEZ, 2009, p. 779).

Para Marinoni e Mitidiero (2008, p. 11-12), a Corte Suprema possui função dúplice, pois é o órgão que se responsabiliza pela guarda dos valores em que se funda a sociedade brasileira (função axiológica), os quais se encontram expressos na Constituição, bem como contribui para a unidade do Direito no Estado brasileiro (função unificadora).

Lamy lembra que, assim como as outras instituições democráticas continuam a amadurecer, no sentido de adaptar a estrutura do Estado às necessidades sociais, o STF também possui um importante papel, que vai além do julgamento dos interesses meramente subjetivos das partes, sendo que “[...] a repercussão geral poderá contribuir para a seletividade de seus julgamentos, valorizando o interesse de toda a sociedade em detrimento da pretensão individual muitas vezes puramente lotérica das partes” (2005, p. 178).

Os dados estatísticos divulgados pelo STF revelam que, na última década, o número de recursos extraordinários e de agravos de instrumento distribuídos anualmente a essa Corte vinham atingindo números alarmantes, até que, em 2007, quando foi instituída a exigência da demonstração formal de repercussão geral, houve significativa redução do volume desses recursos, senão vejamos: 106.997 (2003); 65.478 (2004); 74.174 (2005); 110.716 (2006);

106.617 (2007); 59.314 (2008); 32.649 (2009); 31.536 (2010); 20.918 (2011); 12.240 (2012); e, até 10 de julho de 2013, 3.736<sup>1</sup>.

Diante disso, tem-se admitido que “[...] a adoção de um mecanismo de filtragem recursal encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 18).

O julgamento conjunto dos chamados recursos repetitivos também contribui para o deslinde mais célere desses recursos.

Há quem entenda, todavia, que a decisão em bloco seria uma burla de princípios constitucionais (FONSECA, 2008, p. 225).

#### **4 Breve histórico**

A exigência de repercussão geral da questão debatida, para que o recurso extraordinário seja conhecido, inspira-se no *writ of certiorari*, do direito norte-americano, que somente permite que os casos em que seja reconhecida a existência de *sufficient public importance* tenham o recurso apreciado pela Suprema Corte (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 20).

Dessa forma, o *writ of certiorari* obriga o recorrente a expor brevemente as razões pelas quais a discussão de sua causa interessa a toda a sociedade, pela aplicabilidade da respectiva solução aos casos semelhantes, que tenderão a se repetir. A discussão não pode se restringir, portanto, ao mero reexame de provas ou, mesmo, da aplicação do direito. A aceitação do pedido de *certiorari* depende do voto de, no mínimo, quatro dos nove *Justices* (minoridade qualificada), e o recurso será julgado pelo Plenário da Suprema Corte (FONSECA, 2008, p. 211).

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

Diferentemente do que ocorre em relação à repercussão geral, o julgamento do *writ of certiorari* é secreto, discricionário e não fundamentado. A Suprema Corte anuncia, no início do ano judiciário, quais os casos que irá julgar, presumindo-se a rejeição de todos os demais (FONSECA, 2008, p. 225).

Apesar da intensa crítica ao poder que o *writ of certiorari* conferiu aos *laws clerks*, (que são os assessores dos *Justices*) – uma vez que estes deixam de ler a grande maioria das petições de *certiorari*, para simplesmente acolher os resumos e a seleção prévia realizada por aqueles –, questiona-se se, na prática, não é o mesmo que ocorre no Brasil (FONSECA, 2008, p. 212-213).

A repercussão geral é frequentemente comparada pela doutrina, ainda, à arguição de relevância, que perdurou entre nós até a promulgação da CF/1988.

O art. 119, § 1º, da Constituição de 1969, dispunha que o STF deveria considerar a relevância da questão federal na análise do recurso extraordinário. A arguição de relevância da questão federal sofreu diversas modificações no RISTF e foi introduzida na Lei Maior por meio da EC n. 7, de 13.4.1977. De início, o RISTF indicava as restrições ao cabimento do recurso extraordinário e, a partir da Emenda Regimental n. 2, de 4.12.1985, passou a enumerar as hipóteses de cabimento, sendo a arguição de relevância da questão federal uma abertura para os casos que não se enquadrassem em tais hipóteses (NERY JUNIOR, 2004, p. 98-100).

A relevância da questão federal era arguida em tópico próprio do recuso extraordinário e, se o presidente do tribunal *a quo* indeferisse o processamento do recurso por incabível, deveria ser interposto agravo de instrumento para o exame da arguição de relevância (NERY JUNIOR, 2004, p. 103).

Era possível que a arguição de relevância fosse acolhida e, ainda assim, o recurso extraordinário não fosse conhecido, pela

ausência de algum outro pressuposto de admissibilidade (NERY JUNIOR, 2004, p. 104).

Há quem chegue a equiparar a repercussão geral da questão constitucional à relevância da questão federal, devido ao fato de ambos os institutos consistirem em espécies de triagem dos recursos (TOURINHO FILHO, 2009, p. 866).

No entanto, esses dois institutos diferem quanto à função, ao conceito e à formalidade processual. A arguição de relevância visava possibilitar o conhecimento de um recurso extraordinário para o qual não havia previsão; para tanto, levava-se em consideração a relevância da questão posta em debate. Tal juízo de valor era realizado em sessão secreta. Com a atual sistemática, visa-se a exclusão de todos os recursos em que não se vislumbre a existência de repercussão geral; pelo novo requisito, além de relevante, a questão também deve ser transcendente aos interesses subjetivos da causa. Diante do dever expresso de serem públicas e motivadas todas as decisões judiciais, não há mais lugar para sessões secretas (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 30-31).

Para Cortês (2007), as restrições legislativas e jurisprudenciais ao uso do recurso extraordinário reafirmam a sua importância, inclusive histórica, elevando o STF à condição de Corte Constitucional. Isso porque as restrições ao cabimento desse recurso demonstram a importância crescente de o STF ater-se às questões constitucionais efetivamente importantes (p. 247). Todavia, o autor reconhece que a competência originária e a de apreciação de recursos ordinários (incisos I e II do art. 102 da CF/1988), ainda extensa, retira-lhe, em parte, o referido *status* (p. 249).

Entende-se acertada a instituição da repercussão geral da controvérsia constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pois tem o condão de conciliar o interesse das partes na celeridade processual e o da Justiça em examinar apenas as questões imprescindíveis à sociedade brasileira (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 17-18).

## 5 A exigência da demonstração formal da repercussão geral

A exigência da repercussão geral para a interposição de recurso extraordinário foi introduzida no atual sistema processual brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, *nos termos da lei*, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [grifo nosso]

Conforme se pode extrair da redação do referido dispositivo constitucional, trata-se de norma de eficácia limitada, que, de acordo com definição dada por Lenza (2007, p. 137-138), “são aquelas normas que, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”.

Somente em 2006, com a edição da Lei n. 11.418, foi regulamentada a análise da repercussão geral. Os arts. 543-A e 543-B, acrescidos ao Código de Processo Civil (CPC), definiram o conceito de repercussão geral e o procedimento para a sua análise.

Contudo, foi a partir de 3 de maio de 2007, quando entrou em vigor a Emenda ao RISTF n. 21, de 4.4.2007, que se passou a exigir a preliminar formal de repercussão geral, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (QO no AI n. 664.567).

Da doutrina de César Antonio da Silva (2008, p. 199), verifica-se que há quem sustente não haver regulamentação para a demonstração de repercussão geral em processo penal, pois as modificações trazidas pela Lei n. 11.418, de 2006, não teriam aplicação fora do âmbito do CPC. Todavia, ante o risco de não conhe-

cimento do recurso, admite-se ser mais prudente obedecer esse requisito mesmo em matéria penal.

Em caso paradigmático (STF, AI-QO n. 664.567/RS, Plenário, rel. min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 18.6.2007, *DJ* 6 set. 2007), chegou-se à conclusão de que nem todo recurso criminal tem repercussão geral, uma vez que a liberdade é tutelada por meio de *habeas corpus*. Após a Emenda Regimental n. 21, de 2007, a jurisprudência tem sido pacífica quanto a ser imprescindível a demonstração formal e fundamentada da repercussão geral, inclusive em matéria penal.

Nesse sentido, podemos mencionar, a título de exemplo, os seguintes julgados, que revelam ter sido mantido o referido entendimento ao longo do tempo: STF, AI-AgR n. 707545/PR, 1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. 12.8.2008, *DJ* 19.9.2008; STF, AI-AgR n. 703374/PR, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie, j. 14.10.2008, *DJ* 7.11.2008; STF, AI-AgR n. 705218/GO, 1ª Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5.5.2009, *DJ* 5.6.2009; STF, RE-ED n. 601692/PR, 1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. 22.9.2009, *DJ* 23.10.2009; STF, AI n. 795666 AgR/SC, 1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. 17.8.2010, *DJe* 8.11.2010; STF, AI n. 724545 AgR/PR, 1ª Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2.12.2010, *DJe* 31.1.2011; STF, AI n. 822554 AgR/RJ, 2ª Turma, rel. min. Ayres Britto, j. 22.3.2011, *DJe* 2.6.2011; STF, AI n. 797944 AgR-ED/SP, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, j. 4.10.2011, *DJe* 19.10.2011; STF, AI n. 807142 AgR/MG, 1ª Turma, rel. min. Dias Toffoli, j. 19.6.2012, *DJe* 15.8.2012; STF, ARE n. 666581 ED/MG, 1ª Turma, rel. min. Rosa Weber, j. 18.12.2012, *DJe* 19.2.2013; STF, ARE n. 751323/MG, 2ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. 28.5.2013, *DJe* 12.6.2013; STF, ARE n. 676478 AgR/RN, 2ª Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 7.5.2013, *DJe* 23.5.2013.

Conforme inteligência do art. 3º do Código de Processo Penal, não há nada que impeça a aplicação subsidiária das normas

processuais civis ao processo penal, na ausência de disposição específica. É o que ocorre com o pressuposto especial de admissibilidade do recurso extraordinário em apreço.

O projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PL n. 156, de 2009) propõe-se a disciplinar a matéria e, assim, sanar essa falta.

## 6 Conceito de repercussão geral

De acordo com a fórmula adotada pelo Código de Processo Civil, a aferição da repercussão geral deve levar em conta “[...] a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º).

Para Gonçalves (2008, p. 164-165), trata-se de *conceito vago*, que deverá ser integrado pelo julgador, considerando-se o número de pessoas que podem vir a ser afetadas pela decisão, bem como o interesse da coletividade na preservação de determinados valores.

A definição legal de repercussão geral conjuga o binômio *relevância e transcendência*. Não há discricionariedade quanto ao preenchimento desses conceitos, assim como não há quanto à apreciação do recurso extraordinário, uma vez que a existência de tais requisitos esteja devidamente demonstrada (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 33-35).

Em comentário ao art. 543-A, introduzido no CPC pela Lei n. 11.418/2006, Medina, Wambier e Wambier (2007, p. 242) afirmam que “O § 1º do art. 543-A, como se vê, *não definiu, de modo pormenorizado*, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal”.

Haverá repercussão geral do ponto de vista jurídico quando a decisão impugnada versar sobre algum conceito ou instituto jurídico,

que “[...] pudesse significar perigoso e relevante precedente, como a de direito adquirido” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377).

A relevância social poderia estar relacionada aos direitos à educação, à moradia etc., ou seja, aos direitos difusos e coletivos (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377).

Conforme sugere a doutrina, a repercussão econômica estaria presente quando a discussão envolvesse “[...] o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc.” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377).

Nucci (2008, p. 607) faz interessante comentário sobre a possibilidade de prisão preventiva para garantia da ordem econômica, bastante útil ao presente estudo: “Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer”. Consoante se pode extrair da lição de Mirabete (2008, p. 391), a medida excepcional da prisão processual para os delitos dessa natureza justificam-se, desde que atendidos os demais pressupostos, em razão dos efeitos descritos no art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, quais sejam: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”. Como se pode ver, tais condutas atentam contra os próprios fundamentos da República, constantes do art. 1º, IV, da CF/1988.

Por sua vez, a repercussão política poderia emergir, por exemplo, de uma causa cuja decisão pudesse influenciar relações internacionais do Estado (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377).

Não é necessário que a importância da controvérsia se enquadre, simultaneamente, em cada um dos parâmetros estabelecidos pela lei

(econômico, social, político ou jurídico); basta que tenha relevância apenas em um deles (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 37).

Lopes Junior (2009, p. 594) critica a postura tradicional do legislador de estabelecer o diálogo do recurso extraordinário apenas com o processo civil, comparando-a com o uso de roupas velhas e de tamanho inadequado que pertenciam a outra pessoa.

O Projeto de Lei n. 156, de 2009, sugere o acréscimo da violação aos direitos humanos às hipóteses de reconhecida repercussão geral (§§ 1º e 3º do art. 492).

A transcendência da questão constitucional, por sua vez, pode ser qualitativa e quantitativa. Quando a questão debatida ultrapassar o interesse individual do recorrente e revelar-se importante para o desenvolvimento do próprio Direito, será qualitativa; quando a decisão puder alcançar um número considerável de pessoas, ainda que no futuro, será quantitativa. Para Marinoni e Mitidiero (2008, p. 37-38), a violação dos direitos fundamentais, inclusive “[...] aos inerentes ao processo justo, ao nosso devido processo legal [...]”, enquadra-se em ambas as classificações.

Vale lembrar que o devido processo legal vai além da mera declaração de intenções; busca tornar efetiva a tutela jurisdicional, mediante procedimentos adequados (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 10).

Presume-se a existência de repercussão geral quando a decisão combatida for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, § 3º, do CPC) (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 40).

## **7 Procedimento para a análise da repercussão geral**

O primeiro juízo de admissibilidade do recurso extraordinário dá-se perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido (CORTÊS, 2005, p. 547).

O Tribunal *a quo* verifica a presença da preliminar formal de repercussão geral, mas não pode adentrar no mérito da ocorrência ou não de repercussão geral quanto à questão debatida, que é de competência exclusiva do STF.

Marinoni e Mitidiero (2008, p. 45) afirmam que “eventual intromissão indevida, nessa seara, desafia reclamação ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que se mantenha a integridade de sua competência”.

Até a distribuição, o presidente do STF tem a prerrogativa de rejeitar o agravo de instrumento, o recurso extraordinário e outras petições (art. 13, V, “c”, do RISTF), nos casos de inépcia (art. 544 do CPC) ou de manifesta inadmissibilidade (art. 557 do CPC), por decisão monocrática de sua lavra. Esse juízo de admissibilidade será renovado ao relator a quem o recurso venha a ser distribuído.

Sartório e Jorge (2005, p. 186) sustentam que não poderia ser de outra forma, pois se a repercussão geral fosse analisada antes dos demais requisitos, haveria o risco de um dispêndio inútil de tempo e energia, caso não se chegasse a conhecer o recurso no mérito, em razão da ausência de algum outro pressuposto de admissibilidade.

Acerca da dispensa da análise, pelo Pleno, de hipóteses em que já exista decisão sobre a repercussão geral, entende-se aplicável o art. 557 do CPC, pois, do contrário, a rejeição do recurso extraordinário por ausência de demonstração de repercussão geral “[...] dependeria *sempre* de reunião do pleno do STF, o que conduziria a resultado contraproducente” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER; 2005, p. 378). [grifo nosso]

Em comentário ao § 2º do art. 543-A do CPC, Marinoni e Mitidiero (2008, p. 43) afirmam que a imposição de um tópico próprio para a repercussão geral na peça recursal configura mero requisito extrínseco e, por se tratar de exigência de forma, só deve levar ao não conhecimento em caso de efetivo prejuízo.

Da decisão preliminar que negar seguimento ao recurso extraordinário por manifesta inadmissibilidade – seja porque não haja preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, seja porque a matéria alegada esteja em confronto com a jurisprudência a respeito – cabe agravo no prazo de cinco dias (art. 327, § 2º, do RISTF).

Caso entenda pertinente, o Presidente do STF poderá convocar audiência pública para esclarecer questões com suposta repercussão geral.

Está prevista a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* (art. 543-A, § 6º, do CPC), o que contribui para a discussão democrática e plural da Constituição. A decisão que o admite ou não é irrecurável (art. 323, § 2º, do RISTF), e sua participação deve ser subscrita por advogado (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 41-42).

Uma vez distribuído o recurso, se a discussão em torno da existência de repercussão geral sobre determinada matéria for inédita, o relator enviará a cópia de sua manifestação aos demais ministros (art. 323 do RISTF), que se manifestarão no prazo comum de vinte dias (art. 324 do RISTF), tudo eletronicamente.

Critica-se o plenário virtual pela ausência de publicidade e porque impede a ocorrência de debates. Todavia, a fim de contornar esse problema, passou-se a disponibilizar os julgamentos no sítio da Corte na Internet (OLIVEIRA, 2009, p. 261-262).

Segundo entende Fonseca (2008, p. 225), o quorum qualificado de dois terços para a rejeição da repercussão geral criou um procedimento burocratizado, com a remessa do caso para o Plenário e posterior devolução à turma, para julgamento. Entretanto, como se viu, a decisão será tomada mediante julgamento virtual.

A partir da Emenda Regimental n. 42, de 2.12.2010, o art. 323-A do Regimento Interno do STF passou a disciplinar que o

juízo de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também será realizado por meio eletrônico.

Na ausência de manifestações contrárias no prazo, em número suficiente para afastar a existência de repercussão geral – de acordo com o § 3º do art. 102 da CF, dois terços dos membros, o que corresponde a oito votos –, presume-se existente a repercussão geral (§ 1º do art. 324 do RISTF), salvo se o relator declarar que a matéria debatida é infraconstitucional, hipótese em que a ausência de pronunciamento será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral (§ 2º).

O § 4º do art. 543-A do CPC estabelece que, em havendo quatro votos favoráveis, será dispensável o julgamento pelo Plenário. Essa medida homenageia o princípio da celeridade processual e é coerente com o quorum exigido pela Constituição, uma vez que o STF é composto por apenas onze ministros. Ora, ainda que todos os demais membros da Corte fossem contrários, suas manifestações não teriam o condão de declarar a ausência de repercussão geral.

Reconhecida a existência de repercussão geral, o relator julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após o pronunciamento do procurador-geral, se for o caso (art. 325 do RISTF). Uma vez julgado o mérito do recurso extraordinário, opera-se o chamado efeito substitutivo do recurso (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 53).

Do contrário, caso seja negada a existência da repercussão geral, o relator, em decisão irrecorrível (art. 543-A do CPC e art. 326 do RISTF), formalizará e subscreverá a recusa do recurso (art. 325 do RISTF). Essa previsão não afasta a possibilidade de se opor embargos de declaração (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 56).

Para Marinoni e Mitidiero (2008, p. 60), contra o não recebimento equivocado poderia ser impetrado, ainda, mandado de

segurança, não obstante os precedentes da Corte que não admitem esse remédio contra ato de seus ministros, uma vez que a própria Constituição não faz tal restrição.

A decisão do STF sobre a repercussão geral não está vinculada à fundamentação deduzida pela parte em seu recurso (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 44).

Importante lembrar que “a súmula do julgamento constará de ata e será publicada no Diário Oficial, servindo essa publicação como acórdão. A publicização do julgado funciona como condição de eficácia da decisão” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 52).

Se o debate sobre determinada questão constitucional já havia sido proposto por ocasião do julgamento de recurso anterior, sem que houvesse sido admitida a existência de repercussão geral, o recuso será recusado, salvo revisão da tese (art. 327 do RISTF).

Em caso de multiplicidade de recursos com idêntica controvérsia, a repercussão geral será examinada por amostragem, mediante a seleção de um ou mais recursos – quantos bastem – para representar as abordagens argumentativas existentes, sendo possível, inclusive, a designação de audiência pública para a oitiva de entidades de classe, como a OAB, MP etc. (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 61-62).

Inexiste direito subjetivo à escolha do recurso, tampouco a seleção desafia recurso. Já em caso de sobrestamento indevido, é admissível requerer-se ao tribunal de origem a realização do juízo de admissibilidade, cujo eventual indeferimento será agravável de instrumento e, até mesmo, passível de reclamação (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 62-63).

Apreciado o mérito do recurso, aqueles que se encontravam sobrestados serão julgados imediatamente pelos tribunais ou turmas recursais de origem, que poderão declará-los prejudicados ou retratarem-se, conforme a decisão recorrida esteja ou não de acordo com o quanto assentado pelo STF (art. 543-B, § 3º, do CPC).

## 8 Efeitos da decisão que reconhece, ou não, a repercussão geral

De acordo com a doutrina do *stare decisis*, fortemente enraizada no Direito norte-americano, deve-se dar o devido peso ao precedente, de modo que as questões de direito já decididas não podem ser reconsideradas em outros casos, sob pena de ofensa à segurança jurídica (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 22).

Diz-se que a decisão que reconhece, ou não, a ocorrência de repercussão geral gera efeito vinculante, que pode ser horizontal (em relação à própria Corte) ou vertical (em relação aos tribunais e turmas recursais inferiores) (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 24, 54-55).

Fala-se, ainda, que os motivos determinantes da decisão também repercutem para fora do julgado. Essa teoria é de inspiração alemã, do *transgende quinde*, e foi utilizada no julgamento da reclamação 1987 (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 27- 68-69).

Na lição de Marinoni e Mitidiero (2008, p. 73), foi exatamente com esse intuito de esclarecer a *ratio decidendi* que surgiu a súmula vinculante, a fim de expor de forma clara e objetiva algum entendimento inúmeras vezes exarado.

Sartório e Jorge (2005, p. 184) percebem a seguinte relação entre a repercussão geral e a súmula vinculante: “[...] a *repercussão geral* funciona como um fator de diminuição de trabalho *externo* ao julgamento, haja vista que não se toca no mérito do recurso; a súmula, por sua vez, influencia o âmbito *interno*, vinculando a própria decisão *a quo*”.

Uma vez reconhecida a repercussão geral, o STF passa ao julgamento do mérito do recurso extraordinário, operando-se o chamado efeito substitutivo do recurso (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 53).

Por outro lado, se inexistente a repercussão geral, será negado seguimento ao recurso, e não há que se falar em substituição da decisão recorrida. Diz-se que a decisão de não reconhecimento da repercussão geral possui efeito panprocessual, pois seus efeitos alcançam todos os outros recursos sobre controvérsia idêntica (ainda que a fundamentação não o seja), os quais deverão ser liminarmente rejeitados pela presidência do STF ou pelo relator (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 54-55).

## **9 A proposta jurisprudencial brasileira**

O art. 102 da CF confere ao STF a “guarda da Constituição”, o que abarca tanto os valores da sociedade quanto a busca pela unidade do Direito no Estado constitucional (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 14-15).

Sobre quais matérias se pode considerar que ofereçam repercussão geral, Pinto (2008, p. 1.842) afirma o seguinte:

Somente com o passar do tempo e após a catalogação dos casos admitidos pelo STF como possuidores de repercussão geral, conceito jurídico indeterminado, é que poderemos estabelecer referências precisas a respeito do entendimento da Corte do que venha a ser efetivamente tal exigência, para que se possa ter um balizamento seguro a ser utilizado quanto a interposição do Recurso Extraordinário.

Para Marinoni e Mitidiero (2008, p. 36-37), os títulos das matérias tratadas na Constituição trazem “[...] exclusivamente ou não, explicitamente ou não, epígrafes coincidentes com aqueles conceitos que autorizam o conhecimento do recurso extraordinário”, o que passa pela tutela dos direitos e garantias individuais, contida nos arts. 5º a 17.

Em se tratando de Direito Processual Penal, a jurisprudência reconhece, frequentemente, a repercussão geral na análise de direitos e garantias individuais.

No julgamento do RE n. 597133, entendeu-se que a alegada ofensa aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, pela instituição de órgãos fracionários dos tribunais compostos majoritariamente por juízes convocados, apresentava relevância do ponto de vista jurídico, “[...] uma vez que a orientação a ser firmada por esta Corte pacificará a controvérsia existente quanto à matéria em debate e norteará o julgamento de inúmeros processos similares a este” (STF, RE n. 597133, rel. min. Ricardo Levandowski, j. 4.6.2009). Em processo relacionado, o ministro Marco Aurélio alertou que, não obstante o entendimento de que a convocação de magistrados para substituição fosse legítima, no caso, não se tratava de mera substituição, mas sim de uma nova câmara, formada apenas por juízes convocados (STF, HC n. 96821, 1ª Turma, j. 2.6.2009). Diante disso, a turma decidiu afetar o *habeas corpus* a julgamento do Tribunal Pleno.

O ministro Marco Aurélio também admitiu a existência de repercussão geral no RE n. 593443, de sua relatoria. O recurso discutia a possibilidade de a acusação provar os fatos contidos na denúncia durante o curso da ação, que havia sido trancada por ausência de “justa causa” – isto é, pela falta de elementos mínimos de prova para a individualização das condutas imputadas aos corréus –, bem como a impossibilidade de o juiz sentenciar o caso, cuja matéria era de competência do Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio do juiz natural.

A dúvida sobre se a competência para processar e julgar determinadas ações penais era da Justiça Federal ou da Justiça Comum, em virtude de possível interesse da União na causa, também deu ensejo ao reconhecimento da existência de repercussão geral. Foi o que aconteceu em relação ao crime previsto no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990, consistente na publicação de imagens com conteúdo pornográfico que envolviam adolescentes por meio da Internet (STF, RE n. 628624, j. 29.4.2011, rel. min. Marco Aurélio); ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, que tipifica a conduta de violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP), (STF, RE n. 702362, j. 7.9.2012, rel. min. Luiz Fux); aos crimes ambientais de

que trata a Lei n. 9.605/1998, de caráter transnacional (STF, ARE n. 737977, j. 3.5.2013, rel. min. Luiz Fux); e a crimes apurados em decorrência de suposta interceptação de comunicações de informática ou telemática de entes da Administração Pública Federal (STF, RE n. 626531, j. 3.5.2013, rel. min. Luiz Fux).

Semelhantemente, entendeu-se que a manutenção da prerrogativa de foro a magistrado após a sua aposentadoria oferecia repercussão geral (STF, RE n. 642553, j. 1º.7.2011, rel. min. Gilmar Mendes).

Os princípios da presunção de inocência do contraditório e do devido processo legal já motivaram o reconhecimento de repercussão geral, como no caso da citação por hora certa, prevista no art. 362 do CPP (RE n. 635145, j. 9.11.2012, rel. min. Marco Aurélio).

Restou reconhecida, outrossim, a existência de repercussão geral no RE n. 593818, que versava sobre a ofensa do princípio da presunção de não culpabilidade, pela consideração de sentença condenatória extinta há mais de cinco anos como maus antecedentes, na fixação da pena-base (STF, RE n. 593818, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26.2.2009). O relator ministro Joaquim Barbosa reportou-se ao julgamento do RE n. 591054, de relatoria do ministro Marco Aurélio, oportunidade em que foi reconhecida a existência de repercussão geral quanto à consideração de processos em curso como maus antecedentes (STF, j. 23.10.2008. Processos relacionados: HC n. 94680, HC n. 94620).

O mesmo se verificou em relação à imposição de efeitos de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei n. 9.099/1995. O relator ministro Cezar Peluso sustentou que se tratava de “[...] bens jurídicos fundamentais da liberdade e da propriedade e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, de modo que sua decisão produzirá inevitável repercussão de ordem geral”. Para o ministro Marco Aurélio, não havia que se analisar a existência de repercussão geral em agravo de instrumento, exigível apenas em relação ao recurso extraordinário (STF, AI n. 762146, j. 3.9.2009).

A possibilidade de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento das condições estabelecidas na transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), oferece repercussão geral, conforme restou assentado no RE n. 602072, relatado pelo ministro Cezar Peluso. Já havia entendimento sobre a matéria sedimentado na Corte (STF, RE n. 602072, Plenário, j. 19.11.2009, mérito reafirmado).

Por sua vez, a permissão contida no § 5º do art. 82 da Lei n. 9.099/1995 para que o colégio recursal dos juizados especiais criminais faça remissão aos fundamentos adotados na sentença recorrida apresenta repercussão geral e, conforme jurisprudência reafirmada no julgamento do RE n. 635729, não viola a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (STF, j. 30.6.2011, rel. min. Dias Toffoli).

Vencido o relator ministro Ricardo Lewandowski, foi reconhecida a existência de repercussão geral no RE n. 590908 sobre eventual preclusão do direito do Ministério Público de recorrer de decisão de impronúncia, proferida em acolhimento ao pedido aduzido em alegações finais por outro membro do *Parquet*, tendo em vista os princípios da independência funcional, da unidade e da indivisibilidade (STF, j. 4.11.2011).

A extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada” também oferece repercussão geral, em face da ausência de previsão legal. A Corte reafirmou a jurisprudência no sentido de que isso importa na inversão lógica do processo, antecipando-se hipoteticamente a culpa do acusado, que teria subtraída “[...] a possibilidade de provar sua inocência ou a inviabilidade da ação penal” (STF, RE n. 602527, Plenário, 19.11.2009, rel. min. Cezar Peluso, mérito reafirmado).

O direito à prova e os limites ao poder de investigação justificaram, igualmente, o conhecimento do recurso extraordinário, uma vez demonstrada a repercussão geral da questão constitucional posta em debate.

Submetida a questão da validade da gravação ambiental – realizada em audiência judicial por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro – à apreciação da Corte, esta reafirmou que, assim como ocorre com a gravação telefônica, não se pode considerar tal conduta como interceptação. Em voto vencido, o ministro Marco Aurélio entendeu ser o ato contrário à boa-fé e, portanto, inadmissível como meio de prova (STF, RE n. 583937, Plenário, rel. min. Cezar Peluso, j. 19.11.2009, mérito reafirmado).

A validade das provas obtidas mediante invasão de domicílio, sem mandado judicial de busca e apreensão (RE n. 603616, j. 28.5.2010, rel. min. Gilmar Mendes), bem como da audiência de oitiva de testemunhas para a qual o réu preso não foi requisitado a comparecer (STF, RE n. 602543, Plenário, j. 19.11.2009, rel. min. Cezar Peluso, mérito reafirmado no sentido de que não há nulidade, se o réu não manifestou expressamente a intenção de participar da audiência), além da sucessiva renovação, por prazo ilimitado, da interceptação telefônica, por decisão judicial fundamentada, ainda que sucintamente (STF, RE n. 625263, j. 13.6.2013, Min. Gilmar Mendes), também tiveram a repercussão geral conhecida.

Há outros precedentes, ainda, com relação à violação dos direitos à liberdade e à individualização da pena assim como aos efeitos e ao cumprimento desta.

O relator ministro Cezar Peluso, reportando-se ao julgamento iniciado no HC n. 84548, de relatoria do ministro Marco Aurélio, reconheceu que a constitucionalidade, ou não, da investigação criminal realizada pelo Ministério Público transcendia os limites subjetivos da causa e, portanto, apresentava repercussão geral. Isso porque a questão interessava ao direito à liberdade. O ministro Marco Aurélio também se manifestou nesse sentido (STF, RE n. 593727, j. 27.8.2009).

A admissibilidade de liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas, em face de vedação constitucional à concessão de fiança, oferece repercussão geral,

conforme sustentou o relator ministro Marco Aurélio na análise preliminar do RE n. 601384: “Iniludivelmente, o tema está a exigir o crivo do Supremo [...] existe a possibilidade de acolher-se pedido de liberdade provisória tal como fez o Superior Tribunal de Justiça? Melhor dirá o Plenário” (STF, j. 10.9.2009).

Em análise ao pedido de progressão de regime para crime hediondo, antes da Lei n. 11.464, de 2007, o relator ministro Menezes Direito afirmou que a questão possuía relevância para um número considerável de apenados, pelo que propôs o julgamento conjunto dos recursos extraordinários que se identificavam com o caso. Para o ministro Marco Aurélio, a apreciação pelo Supremo se justificava em razão do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (STF, RE n. 579167, j. 3.4.2008. Processo relacionado: RE n. 579416).

A Corte reafirmou ser impossível a fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal apenas pela existência de atenuantes genéricas. Em confirmação de voto, o relator ministro Cezar Peluso mostrou-se receoso em relação ao risco de que “[...] poderíamos passar a um regime em que a discricionariedade judicial conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado, em termos de política criminal [...]”. O ministro Marco Aurélio acrescentou que a adoção desse entendimento, então esposado pelo TJ/RS, estaria “[...] a proclamar, à mercê de atenuante, a pena aquém do piso e talvez, como disse, pudesse chegar também à elevação além do teto, considerada agravante”, o que seria inadmissível (STF, RE n. 597270, j. 26.3.2009, mérito reafirmado).

O RE n. 596152 questionava a aplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 2006, sobre pena cominada com base na Lei n. 6.368, de 1976, sob o argumento de ser inadmissível a combinação das regras mais benignas de duas normas legais. O relator ministro Ricardo Lewandowski entendeu que havia relevância do ponto de vista jurídico e, uma vez que a questão ultrapassava o interesse subjetivo da causa, reco-

nheceu a existência de repercussão geral, no que foi secundado pelo ministro Marco Aurélio (STF, j. 4.6.2009).

Reconheceu-se a presença de repercussão geral no tocante à recepção, ou não, pela Constituição da República, do art. 61, I, do Código Penal, que define como circunstância agravante a reincidência. O relator ministro Cezar Peluso entendeu que a discussão sobre a ocorrência de *bis in idem* “[...] envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional [...]”, pois “[...] tem profundo reflexo no ‘ius libertatis’, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa”, com o que concordou o ministro Marco Aurélio (STF, RE n. 591563, j. 2.10.2008. Processo relacionado: RE n. 453000).

No julgamento do RE n. 638239, de relatoria do ministro Luiz Fux, foi reconhecida a repercussão geral quanto à necessidade de eventual revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante n. 9, em virtude da redação dada ao art. 127 da LEP pela Lei n. 12.433/2011, que possibilitou a revogação de até um terço do tempo remido no caso de falta grave, com o reinício da contagem a partir da data da infração disciplinar (STF, j. 23.9.2011, rel. min. Luiz Fux). No entanto, não foi reafirmada a jurisprudência dominante sobre a matéria e, em 21.3.2013, o relator votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso, após o que o julgamento foi suspenso.

Quanto à medida de segurança, já se afirmou estar presente a repercussão geral na questão da concessão de indulto, nos termos autorizados por decreto (STF, RE n. 628658, j. 4.3.2011, rel. min. Marco Aurélio).

Há repercussão geral em relação à aplicação da penalidade de suspensão da habilitação para dirigir (art. 302 da Lei n. 9.503/1997) a motorista profissional, diante do direito fundamental ao livre exercício de trabalho (RE n. 607107, j. 7.10.2011, rel. min. Joaquim Barbosa, substituído pelo min. Roberto Barroso, nos termos do art. 38 do RISTF).

Ainda em relação à pena, mereceram ter reconhecida a repercussão geral a suspensão dos direitos políticos, em razão de condenação penal transitada em julgado, na hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito (STF, RE 601182, j. 4.3.2011, rel. min. Marco Aurélio); o cumprimento de pena sujeita a regime semiaberto em prisão domiciliar, por falta de vagas em estabelecimento adequado (STF, RE 641320, j. 17.6.2011, rel. min. Gilmar Mendes); e a vedação estabelecida nos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 de que a pena privativa de liberdade seja convertida em pena restritiva de direitos (ARE n. 663261, j. 14.12.2012, rel. min. Luiz Fux, mérito reafirmado).

Pelo relator ministro Cezar Peluso, foi reconhecida a existência de repercussão geral em recurso extraordinário que questionava a recepção, pela Constituição, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, que descreve a conduta de ter em poder instrumentos usualmente empregados na prática de furto, após condenação por delito dessa natureza. Propôs-se a discussão acerca da constitucionalidade da “[...] punição criminal de alguém pelo fato de já ter sido anteriormente condenado e, ainda, a respeito dos limites constitucionais da noção de crime de perigo abstrato [...]”. O voto do ministro Marco Aurélio também foi no sentido de haver repercussão geral (STF, RE n. 583523, j. 2.10.2008).

Sobre a tipificação de determinadas condutas, foi reconhecida a repercussão geral sobre se o porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) era compatível, ou não, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada (RE n. 635659, j. 9.12.2011, rel. min. Gilmar Mendes) e se o agente, ao atribuir-se, em autodefesa, identidade falsa perante autoridade policial, com o fim de omitir antecedentes criminais, cometia o crime configurado no art. 307 do CP, (STF, RE n. 640139, j. 23.9.2011, rel. min. Dias Toffoli, com reafirmação do mérito).

Foi reconhecida a repercussão geral sobre se a Lei n. 11.706/2008, resultante da conversão da Medida Provisória n.

417/2008, que reabriu o prazo para o registro de armas de fogo de uso permitido, importou na extinção da punibilidade do crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), praticado entre 23 de junho de 2005 e 31 de janeiro de 2008 (STF, ARE n. 674610, j. 10.5.2013, rel. min. Luiz Fux. Não tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante sobre a matéria, o mérito será submetido a posterior julgamento).

A regulação da suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP, segundo a prescrição abstrata prevista no art. 109 do CP, apresenta repercussão geral, do ponto de vista jurídico, e ultrapassa o limite subjetivo das partes, conforme decidido no RE n. 600851 (j. 17.6.2011, rel. min. Ricardo Lewandowski).

Outros exemplos de repercussão geral reconhecida podem ser colhidos dos seguintes casos: o pedido de *habeas corpus* para permanecer no território brasileiro por estrangeiro que, após ter praticado fato ensejador de ato expulsório, concebe prole brasileira (STF, RE n. 608898, j. 11.3.2011, rel. min. Marco Aurélio); a exclusão administrativa de policial militar pela prática faltas disciplinares, independentemente do curso de ação penal instaurada em razão da mesma conduta (STF, ARE n. 691306, j. 24.8.2012, rel. min. Cezar Peluso, mérito reafirmado); a exigência de comprovação de uso habitual do bem no cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para o perdimento do bem apreendido (STF, RE n. 638491, j. 3.5.2013, rel. min. Luiz Fux).

Por outro lado, em relação à mera valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, foi afastada pelo ministro Cezar Peluso a ocorrência de repercussão geral. Por se tratar de matéria infraconstitucional, a ofensa à Constituição, quando muito, ocorreria por via reflexa, o que não se admite. O ministro Marco Aurélio concordou com o relator (STF, AI n. 742460, j. 27.8.2009).

Pela mesma razão, considerou-se que a aplicação do princípio da insignificância em caso de posse de substância entorpecente para uso próprio (STF, AI n. 747522, rel. min. Cezar Peluso, j. 27.8.2009), bem como a exigência de avaliação social e psicológica do apenado (exame criminológico) para fins de progressão de regime, conforme alteração dada pela Lei n. 10.792/2003 ao art. 112 da LEP (STF, AI n. 754008, j. 25.9.2009, rel. min. Cezar Peluso), não ofereciam repercussão geral.

Sobre isso, Lopes Junior lembra que os recursos especial e extraordinário, quando cabíveis, devem ser interpostos simultaneamente. O recurso especial será analisado em primeiro lugar e, somente se não restar prejudicado, é que o recurso extraordinário terá o regular processamento (2009, p. 581-582). Por isso, muitos recursos extraordinários fundados em violação de princípio constitucional, com descumprimento direto de normas infraconstitucionais, sequer serão conhecidos (LOPES JUNIOR, 2009, p. 584).

## **10 Conclusão**

A repercussão geral da questão constitucional expressa um novo pressuposto para a admissão do recurso extraordinário. Vislumbra-se, com essa exigência, um grande progresso no que diz respeito à celeridade processual e à segurança jurídica.

O fato de permitir que apenas as questões consideradas relevantes e transcendentais aos interesses subjetivos das partes sejam apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), via recurso extraordinário, viabiliza uma análise mais aprofundada dos casos importantes, cujo teor servirá de paradigma para a solução de outros semelhantes. Isso também contribui para a uniformidade da aplicação do direito.

Devido à redução do número de recursos extraordinários e respectivos agravos de instrumento que chegam até o STF, como

consequência desse filtro, a tendência é que ocorra uma racionalização natural do trabalho dessa egrégia Corte.

As decisões reiteradas acerca de questões que ofereçam repercussão geral podem levar à edição de súmulas, vinculantes inclusive. Por sua vez, eventual desrespeito perpetrado pelos tribunais ao entendimento já sumulado pode vir a demonstrar a existência de repercussão geral. Ambos os institutos são limitadores do acesso ao grau extraordinário de impugnação perante o STF.

O conceito de repercussão geral encontra-se expresso no Código de Processo Civil e, na omissão do Código de Processo Penal, é aplicável ao processo penal. Referido conceito é vago e deverá ser interpretado pela jurisprudência, porém não de modo discricionário. A norma infraconstitucional estabeleceu algumas balizas para que os ministros norteiem as suas decisões.

A violação de princípios, por exemplo, pode fundamentar a alegação de existência da repercussão geral no caso concreto, até porque muitos deles foram erigidos à condição de garantia constitucional.

Todavia, é de se reconhecer que a inexistência de um conceito próprio de repercussão geral, aplicável especificamente à matéria penal, torna mais difícil o enquadramento das questões constitucionais dessa natureza no referido pressuposto, porque a disciplina possui muitas peculiaridades em relação à civil, dentro da qual foi idealizado e tratado. Em geral, apenas do ponto de vista jurídico é que a repercussão geral tem sido reconhecida nesses casos.

Por outro lado, em que pesem as objeções à adoção dessa nova sistemática, em razão do não cabimento do recurso extraordinário para toda e qualquer lide penal, não se vislumbra prejuízo algum para o direito à liberdade, pois sempre haverá a possibilidade de impetração do remédio constitucional denominado *habeas corpus*, em face de constrangimento ou ameaça ao seu exercício.

## Referências

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009

BRASIL. *Estatística: percentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos – 1990 a 2013*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 156, de 2009*. Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Direito processual penal*. ed. customizada – Anhanguera Educacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC n. 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. O cabimento do recurso extraordinário pela alínea “a” do art. 102, III, da Constituição Federal e a “causa de pedir aberta”. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recur-*

*dos cíveis e afins*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 246-256.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O papel do Supremo Tribunal Federal e a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 377.

\_\_\_\_\_. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei 11.418, de 19.12.2006). In: \_\_\_\_\_. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Repercussão geral das questões constitucionais e suas conseqüências para o julgamento do recurso extraordinário*. Dissertação (Mestrado em Direito processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/pesquisar.php>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

PINTO, Nelson Luiz. Comentários ao art. 543-A do Código de Processo Civil. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Cesar Antonio da. *Doutrina dos recursos criminais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# O direito penal do gênero como cláusula pétrea à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004

Joceli Scremin da Rocha

Servidora do Ministério Público Federal. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a abordar o nivelamento da legislação penal do gênero, inserida no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula pétrea, diante dos paradigmas constitucionais e internacionais. De fato, é cada vez mais forte a tendência à incorporação da expressão *gênero* nos instrumentos normativos internacionais e na legislação de vários países. No Brasil, foi introduzida na Convenção de Belém do Pará (Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996), cujos dispositivos, *ex vi*, norteiam o conceito de violência contra a mulher, como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, além de se encontrar hodiernamente destacada nas tipificações do art. 5º e incisos da Lei n. 11.340/2006.

**Palavras-chave:** Gênero. Direito das mulheres. Violência.

**Abstract:** This study intends to approach the leveling of the criminal law of gender, inserted in the Brazilian juridical order, as an entrenched clause, in front of the constitutional and international paradigms. In fact, there is an increasingly strong trend in incorporating the expression *gender* in international legal instruments and legislation of many countries. In Brazil, it was introduced in the Convention of Belém do Pará (Decree 1.973 of August 1<sup>st</sup>, 1996), whose aspects, *ex vi*, guide the concept of violence against women as any act or conduct based on gender, besides being currently detached in typifications of the article 5 and paragraphs of Law 11.340/2006.

**Keywords:** Gender. Right of women. Violence.

**Sumário:** 1 Introdução: gênero. 2 Direito penal do gênero. 3 Paradigmas constitucionais e internacionais da legislação penal de gênero. 4 Das disposições da Convenção de Belém do Pará incorporadas na Constituição Federal. 5 Dos julgamentos realizados por tribunais estrangeiros. 5.1 As decisões como fontes do Direito Internacional. 5.2 Decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. 6 Da legislação de gênero no ordenamento jurídico brasileiro. 7 Considerações finais.

## 1 Introdução: gênero

A terminologia jurídica *gênero* começou a ser utilizada na década de 1980 por feministas americanas e inglesas, trazendo à baila a desigualdade existente entre homens e mulheres, além da existência de relacionamentos familiares marcados por condutas de discriminação e opressão.

Nesse passo, sob o ponto de vista sociológico, pesquisas atuais relatam o predomínio de forte desigualdade entre homens e mulheres, que, infelizmente, tende a aumentar ao se levar em conta os fatores de classe social, raça, etnia, acrescidos, outrossim, por dogmas religiosos, científicos e políticos.

Esclareça-se que a expressão *gênero* surgiu ao se questionarem as diferenças de categorias biológicas entre os sexos e a ideologia social e cultural, ou, mais especificamente, o senso comum de que as mulheres são passivas, emocionais e frágeis.

No tocante ao significado etimológico constante no Dicionário de Direitos Humanos da Escola Superior do Ministério Público da União<sup>1</sup>, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, subprocuradora-geral da República, leciona:

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-pint.php?page=G%C3%AAnero>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

Gênero é uma categoria relacional do feminino e do masculino. Considera as diferenças biológicas entre os sexos, reconhece a desigualdade, mas não admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades de trabalho, na educação e na política. É um modo de pensar que viabiliza a mudança nas relações sociais e, por consequência, nas relações de poder. É um instrumento para entender as relações sociais e, particularmente as relações sociais entre homens e mulheres. Gênero tem a ver com feminismo, mas não é igual ou a mulher ou ao feminismo. As relações de gênero podem ser estudadas a partir da identidade feminina e masculina. Gênero significa relações entre homens e mulheres [...].

Em suma, atentando-se às assertivas expendidas, pode-se afirmar que a expressão *gênero, lato sensu*, e como elemento normativo extrajurídico, encontra-se consubstanciada em comportamentos produzidos relacionalmente entre homens e mulheres no âmbito cultural, social e familiar.

## **2 Direito penal do gênero**

O direito penal do gênero encontra-se firmado no estudo dos tipos penais que possuam elementos centrados em condutas de violência baseadas no gênero, ou seja, em condutas violentas derivadas de relacionamentos existentes entre homens e mulheres e fundadas em um sistema social denominado de patriarcado.

Em outras palavras, os crimes de gênero destinam-se a tipificar condutas de violência praticadas por homens contra mulheres, nas quais, além de covardemente revelarem a dominação social masculina sobre o corpo da mulher, alicerçam relações culturalmente desiguais entre os sexos, fornecendo o caráter ilusório de definição da identidade social do sexo masculino como superior à do feminino<sup>2</sup>.

---

2 Nesse sentido: SILVA JUNIOR, 2006.

### 3 Paradigmas constitucionais e internacionais da legislação penal de gênero

A obrigação estatal de se criarem normas penais destinadas a infirmar e erradicar a violência de gênero encontra-se taxativamente expressa na Constituição Federal, com supedâneo no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Mas não é só. O repúdio à incidência de crimes de gênero, à impunidade, à falta de atenção às vítimas, acrescido pela inércia estatal na criação de leis e medidas políticas preventivas, juntamente com o grau de tolerância social que ainda persiste na prática dessa espécie de violência, com lastro nas normas expressas na Convenção de Belém do Pará, encontram-se implicitamente respaldados no art. 5º, *caput*, § 2º, da Constituição Federal, assim colacionado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. [grifo nosso]

Interpretando-se o dispositivo acima referenciado, há que ressaltar a inexistência de um consenso genérico coligido por juristas e doutrinadores, acerca da incorporação dos efeitos das normas dos tratados e das convenções internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto o entendimento majoritário da doutrina em relação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos é o de que a Carta Magna adotou a corrente monista radical, com a supremacia das normas internacionais sobre as normas de direito interno.

Demais disso, o entendimento colacionado e majoritário da doutrina assevera que normas dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos encontram-se no mesmo grau hierárquico das demais normas constitucionais, com aplicação imediata, e não podem ser revogadas por qualquer lei ordinária posterior<sup>3</sup>.

Assim, as normas internacionais de direitos humanos são consideradas hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais e suficientemente capazes de ab-rogar todas e quaisquer outras normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo interno (PEREIRA, 2006, p. 49).

Em sede jurisprudencial, no entanto, já houve entendimento diverso asseverando que as normas dos tratados e das convenções de direitos humanos não poderiam adquirir a mesma potencialidade jurídica das normas constitucionais, uma vez que, para tal fim, seria necessária sua aprovação por maioria absoluta no Congresso Nacional, posição esta, inclusive, defendida e adotada em algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>.

Daí depreende-se que as normas jurídicas dos tratados internacionais de direitos humanos, considerando-se o entendimento parcial da jurisprudência pátria colacionado em alguns julgados, somente ingressavam no ordenamento jurídico interno equiparadas meramente às leis ordinárias<sup>5</sup>.

---

3 Cf. MAZZUOLLI, 2007b, p. 696.

4 Cite-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 79.870-5, São Paulo, 1ª Turma, rel. min. Moreira Alves, Ementário n. 2009-9, DJ de 20.10.2000.

5 Nesse sentido: SILVA, 2005, p. 178-179.

Com efeito, o § 3º, inserido posteriormente no art. 5º da Constituição Federal, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004, à letra fria da lei, exige a aprovação de um *quorum* qualificado para que os tratados e convenções de Direitos Humanos tornem-se equivalentes às normas constitucionais.

Contudo, a necessidade de aprovação obrigatória por maioria qualificada, de competência exclusiva do Congresso Nacional, para atribuírem-se às normas internacionais o mesmo tratamento dispensando às emendas constitucionais, restringe-se meramente à sua inclusão formal na Carta Política, com base no teor do art. 60, § 2º, da Constituição Federal, nestes termos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros.

Assim, interpretando-se os dispositivos supracitados, conclui-se que as normas internacionais dos tratados e convenções de direitos humanos já ratificados em nosso País eram e continuam sendo material e automaticamente incorporadas na Constituição Federal com o mesmo *status* das demais normas de direitos fundamentais literalmente expressas, independentemente de sua eventual inclusão na Carta Política, com esteio na redação do art. 5º, § 3º.

Portanto, a diferença restringe-se meramente ao fato de que agora é possível proceder-se à inclusão formal, na Carta Magna, das normas enumeradas nos tratados e nas convenções internacionais de Direitos Humanos, e – repise-se – *das normas internacionais que já eram e permanecem incorporadas automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.*

A título de esclarecimento, anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, todos os tratados de Direitos Humanos, antes de serem levados à ratificação do Poder Executivo, foram aprovados apenas por maioria simples, por meio de Decreto Legislativo, com supedâneo no art. 49, I, da Constituição Federal, enumerado a seguir:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Denota-se que a aprovação por maioria simples dos tratados internacionais, por ato do Poder Legislativo, foi o fato que gerou algumas controvérsias jurisprudenciais relacionadas à hierarquia das normas internacionais em nosso direito interno.

Somando-se a isso, as divergências também foram reforçadas pela ausência de um dispositivo constitucional específico que corroborasse a interpretação do § 2º do art. 5º, defendido de forma majoritária pela doutrina.

Assentadas tais questões, depreende-se que a intenção do legislador, *prima facie*, ao inserir o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional n. 45, foi esclarecer as controvérsias de interpretação relacionadas ao nível hierárquico dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

No entanto, a redação equivocada, ao invés de esclarecer, trouxe ainda mais dúvidas, induzindo ao entendimento de que somente as normas dos tratados de Direitos Humanos submetidos à aprovação pelo *quorum*, terão o mesmo valor hierárquico das demais normas constitucionais, o que não é verdade. Como também não é verdade que as normas pertinentes aos tratados

e convenções que foram ratificados pelo Brasil, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, sejam meramente equiparadas às leis infraconstitucionais.

Daí a importância de a interpretação ser feita com parcimônia pelo operador do Direito e de forma teleológica, atentando-se aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), do repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), bem como da punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), todos inscritos na atual Constituição Federal.

Portanto, considerando-se a atual redação da Constituição Federal, com as modificações acrescentadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e adotando-se, outrossim, uma interpretação teleológica e sistemática de todos os dispositivos mencionados, pode-se afirmar que os dispositivos dos tratados e das convenções de Direitos Humanos já ratificados *encontram-se no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais* no ordenamento jurídico pátrio, independentemente de serem submetidos à aprovação do Congresso Nacional, cuja finalidade volta-se meramente à sua inclusão formal no texto constitucional.

Tal interpretação foi feita com brilhantismo pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:

*O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. [...]*

*Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º. Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados*

pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva ‘ex parte civium’ dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente com as normas constitucionais, devem obedecer ao ‘iter’ previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45 [...].

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia de advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade<sup>6</sup>. [grifos no original]

---

6 HC n. 87.585-TO, de 12 de março de 2008. Voto do min. Celso de Mello, p. 25-26. O entendimento de que as normas dos tratados e convenções de Direitos

Nessa vereda, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, pode-se afirmar que agora existem duas classes distintas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos: os denominados *materialmente constitucionais* e aqueles denominados *materialmente e formalmente constitucionais*.

Os tratados materialmente constitucionais são representados pelas normas jurídicas coligidas aos tratados e convenções que foram celebrados, e incorporados ao direito interno, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, incluindo-se, outrossim, as normas jurídicas dos demais tratados que eventualmente foram celebrados e ratificados entre a promulgação da atual Constituição e a superveniência da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Por outro lado, os tratados material e formalmente constitucionais serão representados, especificamente, pelas normas jurídicas dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que vierem a ser celebrados ou aderidos pelo Brasil em data posterior à da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Realce-se, mais uma vez, que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, todos os tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil, independentemente de serem submetidos ao *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais e integram o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2007, p. 72).

---

Humanos ratificadas anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/04 possuem a mesma hierarquia das normas constitucionais e se encontram materialmente incorporadas à Carta Política, com fulcro no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal é questão pactuada pelos doutrinadores. No Supremo Tribunal Federal, inclusive, o mesmo entendimento foi partilhado e ganhou reforço com a posição do min. Celso de Mello (HC n. 87.585-TO). No entanto, no histórico julgamento ocorrido em 3.12.2008, ganhou a tese da supra legalidade dos tratados, com base no entendimento de que as referidas normas encontram-se acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Cf. GOMES, Luiz Flávio. Valor dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. *Carta Forense*, São Paulo, mar. 2009.

Insta observar que eventuais conflitos existentes entre as normas jurídicas dos tratados e convenções de direitos humanos e entre as normas constitucionais pátrias serão facilmente solucionados, considerando-se justamente os pressupostos da teoria monista radical, adotada em nosso país. Nesse sentido, alerta Hans Kelsen (2000, p. 381):

Estamos, portanto, em face de um abuso de uma ou outra construção quando, como frequentes vezes sucede, delas se deduzem soluções que apenas poderão ser adotadas com base no Direito internacional positivo ou no Direito estadual positivo. Assim, os representantes do primado da ordem jurídica internacional afirmam, a partir daí, que o Direito internacional está supra ordenado ao Direito estadual, que aquele é, em face deste, a ordem jurídica mais elevada, que, em consequência, em caso de conflito entre os dois, o Direito Internacional goza de prevalência – quer dizer, o Direito estadual que o contradiga é nulo.

Ora, as normas internacionais dos tratados e convenções de direitos humanos encontram-se em absoluta consonância com os princípios adotados pela ordem constitucional de 1988 e com os mesmos parâmetros relacionados ao bem jurídico tutelado, ou seja, à proteção dos direitos fundamentais. As relações existentes entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional pátrio encontram-se devidamente ajustadas em um sistema unitário.

Nota-se, portanto, que a proteção aos direitos humanos, esculpida nos tratados e convenções internacionais é parte integrante da nova ordem constitucional e não há qualquer razão para atrelar a produção dos seus efeitos jurídicos.

Tal entendimento foi exposto com bastante clareza por Flávia Piovesan (2007, p. 398), exatamente nestes termos:

Ao romper com a sistemática das Cartas Anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacio-

nal. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A partir do momento em que o Brasil se põe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência dos limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, ao modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida. Isto é, a soberania do Estado Brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos.

Com apoio nas considerações acima expendidas, não há como se infirmar a aplicabilidade e a prevalência das normas internacionais consubstanciadas nos tratados e convenções de direitos humanos e nos processos judiciais brasileiros existentes e relacionados à matéria.

Além disso, as decisões proferidas pela Corte Interamericana, ressaltando a inadmissibilidade da violência de gênero praticada contra as mulheres, como se verá mais adiante, também são consideradas fontes de direito e deverão ser integradas no direito pátrio, uma vez que

Não podemos negar o caráter de fonte a estas decisões das organizações internacionais, que não se enquadram nas já estudadas. O que não se pode observar é que a sua denominação de lei internacional não corresponde inteiramente à realidade se houver comparação com a lei do direito interno. Contudo, elas se assemelham no principal ponto: são normas obrigatórias para sujeitos independentemente de sua vontade. Negar que estas decisões sejam fontes do DI é não reconhecer o processo de integração da sociedade internacional. Tais decisões podem ser ainda de âmbito restrito, mas nem por isso deixam de constituir norma de conduta, isto é, direito na sua essência, e cujas violações são normalmente passíveis de sanção (MELLO, 2004, p. 314).

Saliente-se que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), *ex vi*, incorporada internacionalmente à expressão *gênero*, foi ratificada pelo Brasil antes do advento da Emenda

Constitucional n. 45/2004. Isso significa que suas disposições possuem, de plano, o mesmo *status* atribuído às demais normas constitucionais, podendo, portanto, ser consideradas como cláusulas pétreas constitucionais.

No mais, vale destacar que o intérprete do direito, *in casu*, jamais deverá olvidar da importância do objeto jurídico tutelado, optando sempre pelas normas mais favoráveis à pessoa protegida, consubstanciadas na primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno.

#### **4 Das disposições da Convenção de Belém do Pará incorporadas na Constituição Federal**

A ratificação é considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados e das convenções, e um procedimento apto a fornecer segurança jurídica nas relações firmadas entre os entes envolvidos. Todas as matérias integrantes do tratado deverão ser posteriormente apreciadas pelo Chefe de Estado, evitando-se, dessa forma, problemas relacionados à questão do excesso de poderes ou suposta violação das instruções fornecidas aos negociadores.

Ademais, considerando-se que a ratificação envolve primeiramente a participação de representantes do Poder Legislativo e posteriormente a participação do representante do Poder Executivo, eleitos pelo povo, pode-se afirmar que o procedimento colabora para o fortalecimento do regime democrático, ainda que indiretamente. Vale lembrar que o cumprimento das normas jurídicas dos tratados passa a ter caráter obrigatório, após sua ratificação<sup>7</sup>.

---

7 Aponte-se que o termo “tratado” é utilizado para acordos solenes; o termo “convenção” define-se como um tratado direcionado à criação de normas gerais; e “estatuto” é empregado para aqueles tratados coletivos que estabelecem normas para os tribunais internacionais. Na prática, as convenções são habitualmente chamadas

Ressalte-se que já se encontram ratificados no Brasil praticamente todos os tratados internacionais pertencentes ao *sistema global de proteção aos direitos humanos*, e, especificamente em relação à violência contra as mulheres, a *Convenção de Belém do Pará*, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6.6.1994, ratificada pelo Brasil em 27.11.1995 e promulgada pelo Decreto n. 1.979, de 1º.8.1996, merecendo-se destacar os seguintes dispositivos:

#### Artigo 2

Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, moral e psicológica:

- a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- b) que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
- c) que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

[...]

#### Artigo 4

Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Estes direitos compreendem, entre outros:

---

de tratados, o que não está incorreto, uma vez que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 1º, adota essa terminologia.

- a) o direito a que se respeite sua vida;
- b) o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral;
- c) o direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d) o direito a não ser submetida a torturas;
- e) o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família;
- f) o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei;
- g) o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos;

[...]

#### Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

- a) abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;
- b) atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c) incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;
- d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; [...]

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;

g) estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; e

h) adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.

Mas não é só. No plano regional interamericano, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, foi adotada pelo nosso território e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 22.11.1969. Posteriormente, foi aprovada pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo n. 27, de 25.9.1992, e oficialmente promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.1992.

As normas da referida convenção fazem alusão às funções, à competência e ao funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enumerando em seus artigos 29 e 64 as seguintes disposições:

#### Artigo 29

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

*c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;*

*d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. [grifo nosso].*

[...]

#### Artigo 64

1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

[...]

2. A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Frise-se que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais, e a responsabilização criminal dos agentes responsáveis por atos que importem violência de gênero encontram-se destacados pela convenção, especialmente em seus artigos 1º, 2º, 8º e 25, assim colacionados:

#### Artigo 1º Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[...]

#### Artigo 2º Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de

outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

[...]

#### Artigo 8º Garantias judiciais

1.Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

#### Artigo 25 Proteção judicial

*1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. [...]. [grifo nosso]*

Insta esclarecer que a Comissão Interamericana é a única instância internacional juridicamente competente para examinar petições ou comunicações que noticiem a ocorrência de grave violação aos direitos assegurados pelas convenções e pelos tratados de direitos humanos.

No entanto, sua atuação jurisdicional é subsidiária, ou seja, poderá ser eventualmente invocada somente quando o Estado envolvido se mostrar omissivo ou falho em seu dever de respeitar os direitos fundamentais, como ocorreu no caso da violência doméstica sofrida por Maria da Penha que, no ano de 1988, foi denun-

ciada de forma concorrente à Comissão Interamericana pelo CEJIL e pelo CLADEM<sup>8</sup>.

O caso da violência infligida a Maria da Penha foi o primeiro no Brasil em que houve, de fato, a aplicação das disposições expressas na Convenção de Belém do Pará.

Aponte-se que em 7.7.2008 o Estado Brasileiro, em ato solene perante a presença de autoridades federais e do Estado do Ceará, realizou o pedido de desculpas públicas à vítima, reconhecendo a sua responsabilidade e inércia no tocante ao estabelecimento de medidas direcionadas a coibir a violência contra as mulheres e a promover efetivamente o acesso à justiça e ao devido processo legal.

No mais, torna-se indispensável destacar que a repercussão mundial da violência no caso em comento foi o que ensejou a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei n. 11.340/2006, batizada como *Lei Maria da Penha*.

## **5 Dos julgamentos realizados por tribunais estrangeiros**

### **5.1 As decisões como fontes do Direito Internacional**

Como já mencionado anteriormente, as *decisões produzidas pelos tribunais internacionais e pelos tribunais internos também são fontes de Direito*, além dos tratados e convenções internacionais e dos princípios gerais do Direito Internacional, conforme o disposto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assim colacionado:

---

<sup>8</sup> O CEJIL é uma organização não governamental, sem fins lucrativos e de consultoria perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), perante o Conselho Econômico e Social da ONU e perante a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Doutro turno, o CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – destina-se a reger e articular organizações comprometidas a promover a defesa dos direitos das mulheres.

Art. 38. Esta Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional aquelas disputas que sejam cometidas, aplicará: [...]

*d. com sujeição às disposições do art. 49, as decisões judiciais dos juristas mais altamente qualificados de várias nações, como instrumentos subsidiários para a determinação das regras do direito.* [grifo nosso]

Demais disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que regula a atuação administrativa e jurisdicional da Corte Interamericana, foi ratificada em nosso país por meio do Decreto n. 27, de 25.9.1992, e posteriormente promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.1992.

Portanto, não há fundamento legal que possa negar o caráter de fonte de direito no ordenamento jurídico brasileiro às decisões proferidas internacionalmente. Observe-se o seguinte raciocínio.

O Brasil é signatário da Convenção Americana. Algumas decisões proferidas pela Corte, órgão estatutário da Convenção, em relação aos crimes de gênero que foram submetidos à sua jurisdição, rejeitaram totalmente a violação incontestada de vários direitos individuais e a impunidade dos agentes, aventada pela inexistência de uma tutela judicial efetiva para remediar a violência contra as mulheres.

Logo, é certo que os parâmetros adotados nas decisões também seriam adotados pela Corte em crimes desta espécie perpetrados em nosso país.

## 5.2 Decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana desenvolveu jurisprudência totalmente adversa às violações denunciadas que revelaram especificidade de gênero. À guisa de exemplo, merecem destaque as ponderações contidas na sentença proferida no caso penal *Castro vs. Peru*.

Nessa sentença, os dispositivos da Convenção de Belém do Pará foram aplicados de forma inédita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir uma denúncia que apontava violações exponenciais ocorridas contra vários prisioneiros, sobretudo mulheres grávidas, reclusos nos pavilhões do centro de detenção, os quais seriam enviados à prisão de segurança máxima em Chorrillos.

De início, a referida sentença destacou a violência sofrida pelas mulheres gestantes, dispondo que:

as mulheres grávidas que viveram o ataque experimentaram um sofrimento psicológico adicional, uma vez que, além de terem sua própria integridade física lesada, sofreram sentimentos de angústia, desespero e medo pelo perigo que corria a vida de seus filhos<sup>9</sup>.

Não bastante, *in casu*, ficou corroborado nos autos a caracterização da nudez forçada de mulheres como violência sexual, enfatizando a Corte que:

[...] esta nudez forçada teve características especialmente graves para as seis mulheres internas [...] submetidas a este tratamento. Do mesmo modo, durante todo o tempo que permaneceram neste lugar as internas não tinham permissão para se lavar e, em alguns casos, elas tiveram que estar acompanhadas de um guarda armado para utilizar os serviços sanitários, o qual não permitia que fechassem a porta e lhes apontava a arma enquanto faziam suas necessidades fisiológicas [...]

O Tribunal estima que essas mulheres, além de receber um tratamento violador de sua dignidade pessoal, também foram vítimas de violência sexual, uma vez que estiveram despidas e cobertas somente com um lençol, estando rodeadas de homens armados, que aparentemente eram membros das forças de segurança do Estado. O que qualifica este tratamento como violência sexual é que as mulheres foram constantemente observadas por homens. A Corte considera [...] que a violência sexual se configura com ações de natureza sexual cometidas em uma pessoa sem o seu consentimento, que além de

---

9 Cf. CEJIL, ano 2008, n. 30, p. 3.

compreender a invasão física do corpo humano, podem incluir atos que não envolvam penetração ou inclusive qualquer contato físico.

Mas não é só. Com esteio no artigo 2º da Convenção Americana de Tortura, ressaltou a Corte que:

[...] os atos de violência sexual a que foi submetida uma interna sob suposta “inspeção” vaginal dactilar constituíram um estupro que por seus efeitos constitui tortura<sup>10</sup>.

Citem-se ainda as alegações trazidas pela Corte, pertinentes ao Relatório n. 21/2007, do caso Paulina del Carmen Ramirez Jacinto<sup>11</sup>, exatamente nestes termos:

[...] a Convenção de Belém do Pará estabelece que as vítimas de estupro tenham o direito de reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os seus direitos humanos, incluindo os civis, políticos, econômicos, sociais e culturais consagrados nos instrumentos regionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

[...] o pleno gozo dos direitos humanos das mulheres não é possível de alcançar sem um acesso oportuno a serviços integrais de atenção à saúde, assim como informação e educação na matéria. A CIDH também observa que a saúde das vítimas de violência sexual deve ocupar um lugar prioritário nas iniciativas legislativas e nas políticas e programas de saúde dos Estados.

## **6 Da legislação de gênero no ordenamento jurídico brasileiro**

Pode-se afirmar que a Lei n. 11.340/2006, batizada como Lei Maria da Penha, representa, até o presente momento, o maior

---

<sup>10</sup> Ibidem p. 3-4.

<sup>11</sup> Este caso refere-se a uma vítima de 14 (quatorze) anos, considerada taxativamente como vulnerável na redação dada pela atual Lei n. 12.015/2009 do Código Penal Brasileiro, estuprada, mas impedida de submeter-se a um aborto legal pela legislação do México, no Estado de Baja Califórnia.

avanço legislativo brasileiro na esfera penal direcionado a coibir a violência de gênero. A respeito, colham-se os arts. 1º, 5º e 7º da referida lei, transcritos a seguir:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

[...]

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe

prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

[...]

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Em suma, a violência de gênero esculpida na lei em referência, mencionada em seu art. 5º e demais incisos, ressalta as condutas ocorridas em relações de afetividade de homens e mulheres, mas atreladas ao âmbito da unidade doméstica da família, e no contexto do regime patriarcal.

Aponte-se que a tutela jurídica da lei em comento não abrange qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Assim, torna-se necessário destacar que a conduta esteja baseada no gênero.

A ação ou omissão que não for baseada no gênero não possui amparo na Lei Maria da Penha. Portanto, condutas de violência eventualmente ocorridas no âmbito familiar, ou lastreadas em qualquer outra relação íntima de afeto que não estiverem baseadas no gênero, remeterão os operadores de direito à aplicação das tipificações penais comuns inseridas no Código Penal.

Doutro turno, no patriarcado, a violência de gênero contra a mulher também não se restringe meramente ao espaço doméstico

ou familiar. Poderá ocorrer, por exemplo, no trabalho, com o assédio sexual e moral.

No entanto, a Lei n. 11.340/2006 tipificou somente as condutas ocorridas na relação de afetividade e no espaço privado, talvez se atentando ao fato de que os maiores percentuais de atos de violência contra as mulheres ocorrem dentro de seus próprios lares, imputando, por conseguinte, como sujeitos ativos os eventuais maridos, namorados ou companheiros.

No tocante ao conceito legal de violência doméstica e familiar e às considerações acima expendidas, Nucci (2007, p. 1043) assevera:

Aliás, o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial, pois violaria o princípio constitucional da igualdade dos sexos. Não é qualquer espécie de crime que ingressa no cenário da violência doméstica ou familiar, nem mesmo no campo da discriminação da mulher. Um roubo, por exemplo, pode ser cometido por homens e mulheres, em qualquer lugar, não sendo cabível punir o agressor desconhecido, mais gravemente somente porque foi cometido contra mulher, no interior de sua residência. Seria crime particularmente grave se o companheiro, mediante violência ou grave ameaça, subtraísse bens da companheira, inserindo-se, então, na violência doméstica. Logo, há de se ter prudência na análise da expressão violência doméstica e familiar, verificando-se a situação do crime e seus vínculos domésticos ou familiares.

Muito embora existam falhas técnicas e contradições na redação dos dispositivos supracitados, passíveis de críticas e que exigem a adoção de uma interpretação restritiva, em observância aos princípios da legalidade e da taxatividade, no tocante à sua aplicação, também é inegável a existência de previsões salutares enumeradas em outros dispositivos.

Acrescente-se que a aludida lei propiciou alterações relevantes na redação do Código Penal, respectivamente em seus art. 61, II, *f* e art.129, §§ 9º e 11, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II- ter o agente cometido o crime:

[...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, *ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*; [...] [grifo nosso]

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

[...]

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Em que pese a argumentação trazida por doutrinadores de que a Lei Maria da Penha, ao incluir restritivamente a mulher como sujeito passivo, ofenderia o princípio da igualdade, assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, deve-se ponderar que na sociedade patriarcal, em regra, as relações entre homens e mulheres são desiguais e exponencialmente marcadas pela subordinação feminina aos ditames masculinos.

Isso posto, a ampliação de proteção à vítima mulher esculpida na lei buscaria nada mais do que remediar e equilibrar as relações de gênero, ou seja, as relações de convivência entre os sexos.

Enfim, mencione-se que diversas leis foram elaboradas anteriormente à Lei Maria da Penha, a fim de se infirmar a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

À guisa de exemplo, citem-se alguns dispositivos da Lei n. 10.778/2003, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, em situações de violência contra as mulheres que foram atendidas em serviços de saúde públicos ou privados:

Art. 1º Constitui objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, a violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

§ 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica e que:

I - tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;

II - tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e

III - seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Não bastante, destaquem-se as normas presentes na Lei n. 10714/2003, *verbis*:

Art.1º É o Poder Executivo autorizado a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher.

§ 1º O número telefônico mencionado no *caput* deste artigo deverá ser único para todo o País, composto de apenas três dígitos, e de acesso gratuito aos usuários.

§ 2º O serviço de atendimento objeto desta Lei deverá ser operado pelas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher em todo o País, ou, alternativamente, pelas Delegacias da Polícia Civil, nos locais onde não exista tal serviço especializado.

No mais, aponte-se o disposto no art. 216-A do atual Código Penal, acrescentado pela Lei n. 10.224/2001, que tipifica o assédio sexual no trabalho, além da modificação da redação do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1999, sobrevinda pela Lei n. 10.455/2002, que prevê o eventual afastamento e a prisão do agressor:

Art. 216-A Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Art. 1º O parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 69 [...]

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

## 7 Considerações finais

Como se observa, restam ilididas pelas normas internacionais dos tratados e convenções de Direitos Humanos, incluindo-se os dispositivos presentes na Convenção de Belém do Pará, não meramente a violência doméstica ou a violência de gênero mas também a prática de quaisquer outros crimes em face dos direitos fundamentais do indivíduo.

Demais disso, necessário repisar a prevalência do entendimento doutrinário de que os dispositivos enumerados na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – *Convenção de Belém do Pará* – podem ser considerados *cláusulas pétreas*, com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, obtemperadas, outrossim, pelas decisões promulgadas pelo sistema interamericano de direitos humanos.

Interessante notar que, independentemente da interpretação jurisprudencial relacionada à suprallegalidade dos tratados que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal, as normas internacionais da Convenção de Belém do Pará continuam sendo consideradas superiores às demais normas da legislação de gênero brasileiras e representadas por leis ordinárias, mas sem que exista conflito entre ambas no que se refere à incidência dos direitos fundamentais. Isso porque todas as normas profiláticas da legislação de gênero, representadas por leis infraconstitucionais, e que se encontram insertas no ordenamento jurídico pátrio, *prima facie*, estão harmonizadas com os ditames do art. 226, § 8º, da Constituição Federal.

No mais, é de rigor que o reconhecimento formal dos direitos assegurados às mulheres de gozarem uma vida livre da violência esteja, de fato, acompanhado de medidas públicas de gestão aptas a propiciarem o real e efetivo exercício desses direitos.

Para tanto, é imprescindível que os órgãos do sistema interamericano estejam e permaneçam empenhados integralmente no reconhecimento pleno dos direitos humanos das mulheres.

## **Referências**

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Dicionário de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-print.php?page=G%C3%AAnero>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

CEJIL GAZETA. Publicação do Centro pela Justiça e o Direito Internacional. República Federal da Alemanha: Ministério dos Negócios Exteriores, n. 30, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Madras, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal do gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14. nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp=9144>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

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

# A validade das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos no Direito brasileiro

Leonardo Fayad Gnoato

Analista do MPU. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR).

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo analisar a validade jurídica das normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos. Para tanto, estudam-se a incorporação e a validade dos tratados internacionais gerais no Direito brasileiro. Com base nessas premissas, é possível examinar os tratados sobre direitos humanos, bem como seu processo de incorporação, o grau hierárquico em relação às regras constitucionais e, finalmente, a eficácia e a validade dessas normas na ordem jurídica nacional.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Emenda Constitucional n. 45/2004. Direito Internacional. Tratado. Direitos humanos. Incorporação.

**Abstract:** This paper intends to analyze the juridical validity of the rules of international treaties on human rights. Thus, it studies the incorporation and validity of general international treaties on the Brazilian Right. Following these premises, it is possible to examine the treaties on human rights, as well as their incorporation process, their hierarchical status towards constitutional rules and, at last, the efficacy and validity of these rules in the national juridical order.

**Keywords:** Constitutional Law. Constitutional Amendment 45/2004. International Law. Treaty. Human rights. Incorporation.

**Sumário.** 1 Introdução. 2 Incorporação de normas internacionais no Direito brasileiro. 2.1 Validade e aplicabilidade de normas internacionais no ordenamento brasileiro. 3 Incorporação de normas internacionais sobre direitos humanos no Brasil. 3.1 A regra antes da Emenda Constitucional n. 45/2004. 3.2 O advento da regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira. 3.3 A validade das normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas no ordenamento brasileiro. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Ao considerar o consenso global de que as barbáries experimentadas durante a Segunda Guerra Mundial jamais poderão ser repetidas, um dos maiores objetivos jurídicos atuais a ser buscado pela comunidade internacional é o da universalização dos direitos humanos.

No ano em que se decretou o fim da Segunda Grande Guerra, houve uma mobilização internacional que resultou na implementação da Organização das Nações Unidas. Nas palavras de Piovesan e Ikawa (2005, p. 50),

é nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

A Carta das Nações Unidas, que na prática deu as bases para a instituição do órgão em 1945, estabeleceu os alicerces para a implementação de direitos humanos de natureza universal, incluindo, entre outros órgãos, a Corte Internacional de Justiça, na Haia, Holanda<sup>1</sup>. Deste modo, o documento visa afastar o argumento de que o direito humano somente poderá ser garantido se constante expressamente no ordenamento interno ou na competência interna

---

1 Breve histórico da Corte pode ser visto em seu *site* oficial (em inglês): <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

de cada país. A carta, portanto, pautou as premissas ali presentes como ponto de partida para a proteção dos direitos humanos tanto no âmbito internacional, na confecção de novos tratados e pactos internacionais, quanto no direito interno. Neste sentido, foram firmados os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Este processo, consagrado alguns anos depois com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1948, fez com que fosse inaugurada uma nova era do ponto de vista jurídico e humanitário. Firmado, inicialmente, por 45 países, a Declaração é importante regra jurídica supranacional com vistas a estabelecer direitos humanos universalmente respeitados. Embora não seja propriamente um tratado internacional, caracteriza-se, diante da *opinio juris*, como costume internacional (GODINHO, 2006, p. 8-14).

Nesse contexto, “os direitos humanos ganham força sob a égide da Organização das Nações Unidas onde foram produzidos vários tratados internacionais para a proteção dos referidos direitos” (GUERRA, 2008, p. 54).

De acordo com a visão histórica do primeiro grande documento sobre direitos humanos de índole universal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida no âmbito da Revolução Francesa de 1789, “uma *declaração dos direitos do cidadão* não deve ser vista como uma série de leis, mas, sim, de princípios” (SIEYÈS, 2008, p. 53).

Nessa linha de raciocínio, é necessário que as normas internacionais, independentemente de seu tema, tenham a devida eficácia no ordenamento jurídico interno. Assim, as fontes normativas deverão ser incorporadas no direito nacional para terem vigência e, conseqüentemente, efetividade, no plano interno.

Nas palavras de Canotilho (2003, p. 369), a respeito da importância da inserção de normas de Direito Internacional nos ordenamentos internos,

A abertura internacional significa [...] a afirmação do *direito internacional* como direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras como *medida de justiça*, vinculativa da própria ordem jurídica interna. Neste sentido se fala de *amizade para com o direito internacional*, conducente, em último termo, à ideia de *Estado internacionalmente limitado*. A consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como *medidas de justiça* justifica também o apelo ao *princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem* tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados de Direito Internacional. [grifos do autor]

Com a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, abriu-se a possibilidade de equiparação de tratado internacional sobre direitos humanos às emendas constitucionais. Desta forma, o objetivo principal deste artigo é analisar como a nova regra sobre o tema alterou o rito de incorporação das convenções internacionais, bem como a hierarquia, a validade e a eficácia dessas normas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, para melhor compreender de que maneira as normas internacionais de direitos humanos são recepcionadas pelo ordenamento brasileiro, é necessário estudar qual a forma básica para a incorporação das normas de diversas categorias, para depois analisar, especificamente, o caso dos direitos fundamentais, afinal, os direitos humanos mereceram enfoque especial na ordem jurídica, haja vista o fato de os diversos sistemas jurídicos – tanto nacionais quanto internacionais – terem reservado tratamento diferenciado no tocante à incorporação de normas referentes a direitos humanos.

Neste artigo, as diferentes designações para os tratados internacionais (convenção, acordo, documento etc.) serão consideradas sinônimas. Além disso, apesar de parte da doutrina enfatizar direitos do homem no plano internacionalista (*jusnaturalista*) e os direitos fun-

damentais no âmbito interno (mediante limitação temporal e espacial), conforme Canotilho (2003, p. 393) não será realizada tal separação terminológica por escapar do enfoque principal a ser examinado.

## **2 Incorporação de normas internacionais no Direito brasileiro**

Nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, há determinadas cláusulas gerais que auxiliam as autoridades competentes nas questões atinentes aos tratados internacionais. Conforme Rezek (2008, p. 78), é “inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia”, o que não significa, contudo, necessário o consentimento do Estado com o teor de uma norma jurídica internacional.

No Brasil, na ordem constitucional introduzida em 1988, é competência privativa do presidente da República, enquanto chefe do Poder Executivo, manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, conforme art. 84, VII e VIII. Ato contínuo, o inciso I do art. 49 da Constituição pátria determina que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

No procedimento adotado pela República brasileira, exceção feita aos acordos executivos, nos quais não se exige aceitação do Poder Legislativo (conforme MELLO, 2004, v. 1, p. 236-237, e REZEK, 2008, p. 26), a vontade do Executivo somente se aperfeiçoa por decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade jurídica do acordo internacional firmado.

Dessa forma, uma vez concluídas as negociações, o presidente encaminha o tratado recém assinado para aprovação parlamentar. Caso o aprove, o Congresso expede decreto legislativo, que deverá ser publicado no Diário Oficial, contendo o teor do ato internacio-

nal. Por outro lado, em caso de rejeição, encaminha-se *mensagem* informando o Executivo.

Sobre as relativamente frequentes emendas ao tratado apresentadas pelo Congresso, Mello (2004, v. 1, p. 238) aponta a sua impossibilidade, por configurarem uma inconstitucional “interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação”. Ao Congresso somente seria constitucionalmente aceitável formular reserva a determinadas cláusulas do tratado, “desde que cabível [...] dentro dos estritos limites do tratado” (MELLO, 2004, v. 1, p. 238).

Ainda, pode o Congresso reexaminar um tratado não aprovado na mesma legislatura, somente existindo impedimento constitucional para reapreciação na mesma sessão legislativa.

Quanto à fase parlamentar, a Constituição não aponta solução explícita. Entretanto, dentro do Congresso Nacional, é de praxe o tratado ser analisado, ao menos, pelas comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça. A depender do assunto da avença internacional, poderá ser apreciado por outras comissões parlamentares, como a de Direitos Humanos e Minorias<sup>2</sup>. Uma vez aprovado o tratado, é expedido um Decreto Legislativo, assinado pelo presidente do Congresso. Em se tratando de decreto legislativo, não há sanção presidencial, tão somente a permissão ao presidente, no exercício de sua discricionariedade, a ratificar o tratado com as outras partes envolvidas.

Há discussão em doutrina sobre a validade da ratificação imperfeita, ou seja, nos casos em que o tratado internacional foi

---

2 Relação das comissões permanentes da Câmara dos Deputados consta no site <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes>>. Acesso em: 6 dez. 2013. As comissões do Senado Federal podem ser encontradas em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/?4>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

ratificado sem passar pelo crivo parlamentar interno, ou quando a avença entre países contrariar regra de direito constitucional interno. Conforme Mello (2004, v. 1, p. 239-40), o tratado somente seria nulo se a violação do direito interno fosse evidente ou de “disposição clara e não ambígua”, com fundamento na Convenção de Viena sobre direito dos tratados. Entretanto, o acordo internacional que infringir regra interna terá validade no âmbito entre nações, sendo, inclusive, exigível.

Uma vez promulgado o decreto presidencial, a norma internacional terá validade no âmbito jurídico interno. Com a sua publicação, o teor da negociação é materializado, bem como é autorizada a execução do tratado, já que externamente a norma imediatamente se encontrava exigível. A exceção, para Mazzuoli (2001, p. 175), reside nos tratados sobre direitos humanos, os quais terão, em virtude do § 1º do art. 5º da Constituição, aplicação imediata a partir da ratificação.

Portanto, a promulgação pelo presidente da República se presta a confirmar que a avença internacional foi concluída validamente e pode ser exigível juridicamente no direito interno. Inclusive, abre a possibilidade de o tratado ser discutido em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Após ser publicado o decreto executivo no Diário Oficial, fixa-se o início de sua vigência, aplicando-se, conforme o caso, *vacatio legis* especificamente prevista ou a regra geral da Lei de Introdução ao Código Civil.

Em relação à recepção das outras fontes normativas internacionais, tem-se que este processo é mais espontâneo e informal se comparado aos tratados. Considerando que nem mesmo o tratado, instrumento normativo internacional escrito por excelência, dispõe de legislação específica para regular sua inserção no ordenamento jurídico nacional, as demais fontes, mais fragmentadas em sua origem do que as convenções, tampouco foram consagradas com lei que regulamente sua entrada na ordem jurídica nacional.

## 2.1 Validade e aplicabilidade de normas internacionais no ordenamento brasileiro

Conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, documento que serve de base para o estudo das fontes de Direito Internacional, inexistente hierarquia entre as fontes de normas internacionais. Ocorre, efetivamente, conflito de normas no tempo, no espaço e em relação à especificidade.

Dessa forma, quanto às normas de Direito Internacional, excetuando os direitos humanos (que seguem o critério do *jus cogens*), aplica-se, em regra, a sucessão de normas consagrada na teoria geral do Direito, se houver identidade de partes pactuantes.

Assim, prevalecerá, no âmbito internacional, o princípio de a norma mais recente derrogar a mais antiga bem como o de a norma mais específica derrogar a geral. O mesmo ocorre se duas soberanias pactuarem sobre determinado tema, e posteriormente os mesmos países, em conjunto com um terceiro, realizarem novo acordo, derrogando o pacto inicial.

Contudo, se diversos os países pactuantes, prepondera a regra *pacta sunt servanda*, haja vista a inexistência de hierarquia entre diferentes instrumentos normativos em âmbito internacional. Como forma de resolução de conflitos, a Carta da ONU prevê no artigo 103 que, se a disputa jurídica se der em virtude da Carta, ela prevalecerá.

Questões maiores surgem em relação ao conflito entre tratados e normas internas. Por ser matéria de Direito Internacional regulada pelo Direito Interno, há grande divergência entre o entendimento da comunidade internacional, que defende a supremacia da norma internacional, e as ordens jurídicas internas, que veem superioridade da norma interna. Contudo, de acordo com Accioly; Nascimento e Silva; Casella (2009, p. 211), é praticamente consenso dentro do Direito Internacional que lei interna não deve prevalecer sobre tratado.

Ressalte-se que há responsabilidade internacional pelo não cumprimento de cláusulas convencionais, não importando se o tratado foi modificado por lei superveniente no plano interno, conforme artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Assim, se equiparada a lei interna, determinada norma internacional poderá ter dois valores jurídicos diferentes. Para evitar tal “aberração”, deve-se favorecer o entendimento consagrado na Convenção sobre Tratados, em que estes somente poderão ser alterados por instrumento equivalente, jamais modificável por lei interna, sob pena de provocar ilícito internacional.

A discussão é assim sintetizada por Mello (2004, v. 1. p. 124) em prol da supremacia das normas internacionais sobre as normas internas:

O conflito entre Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; o que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: *a)* uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um ‘processo’ de responsabilidade internacional; *b)* uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Uma vez incorporados na ordem jurídica nacional, não importando o grau hierárquico frente às normas locais, fato é que os tratados, enquanto normas de caráter abstrato e geral, se submetem ao controle de constitucionalidade interno. Diante do modelo adotado pela República brasileira, abre-se a possibilidade de controle do decreto legislativo que permite a ratificação do tratado pelo presidente, obstando a recepção do tratado. Ainda, prevê a Constituição, no art. 102, I, *p*, que o Supremo Tribunal Federal pode retardar ou suspender a ratificação de tratados em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Tanto é que o próprio art. 102, III, *b*, estipula que cabe ao STF julgar recurso extraordinário de decisão declaratória da inconstitucionalidade de tratado.

### **3 Incorporação de normas internacionais sobre direitos humanos no Brasil**

Conforme Canotilho (2003, p. 1170), “designam-se por *normas de direitos fundamentais* todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais” [grifo nosso]. A par da diferenciação entre direitos fundamentais, humanos e individuais, fato é que os direitos humanos detêm, por seu caráter diferenciado, regramento específico no que tange à sua incorporação como norma interna.

Costuma-se entender os direitos humanos na ordem constitucional brasileira como pertencentes a três categorias. Enquadram-se, para Ferreira Filho (2008, p. 295-297), os direitos individuais como expressos, implícitos (decorrentes do regime e dos princípios da Constituição) e provenientes de tratados internacionais.

Os direitos fundamentais expressos são aqueles arrolados, principalmente, no art. 5º da Constituição. Por sua vez, os implícitos estão subentendidos no sistema das garantias constitucionais, como o direito à identidade pessoal (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 194).

Finalmente, os advenientes de tratados internacionais, que frequentemente constituem direitos e garantias já implícitos na Constituição, reafirmando-os, de acordo com Ferreira Filho (2008, p. 297). Fazem parte do chamado *bloco de constitucionalidade* e incorporam direitos fundamentais ao sistema da Constituição. No mínimo, ainda conforme Ferreira Filho (2008, p. 297), “o que o tratado pode trazer de importante não é o seu direito [...], mas o seu regime (o modo e as limitações de seu exercício)”.

Considerando que incumbe ao Direito Constitucional analisar as duas primeiras classes de direitos humanos, passar-se-á ao estudo do modo pelo qual os direitos humanos oriundos de tratados internacionais são integrados (incorporados, recepcionados) no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1 A regra antes da Emenda Constitucional n. 45/2004

Diferentemente das constituições anteriores, a Constituição Federal promulgada em 1988 estabelece, no § 2º do art. 5º, que os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional não excluem os direitos que porventura o Brasil venha a aderir mediante tratados internacionais. Desta forma, ainda que indiretamente, os documentos internacionais (em sentido amplo) estipuladores de direitos humanos já recebiam na ordem jurídica nacional o mesmo valor dado aos direitos humanos previstos constitucionalmente, seguindo entendimento de Piovesan (2009, p. 52), tendo eficácia imediata, de acordo com o § 1º do artigo constitucional citado. O mesmo ocorria com os princípios gerais de Direito e os costumes internacionais, que podem prever regras cogentes a todas as soberanias.

Disso decorrem duas conclusões. A primeira, de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, já eram considerados materialmente constitucionais, por tratarem de direitos e garantias fundamentais. E a segunda, de que os tratados internacionais ratificados anteriormente à Constituição de 1988 nela se incorporaram, ao menos materialmente.

À margem do debate acerca do *status* constitucional previsto para os tratados de direitos humanos antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, discussão apresentada por Piovesan (2009, p. 71 e segs.) e Canotilho (2003, p. 820), o modo pelo qual os tratados internacionais eram integrados no ordenamento jurídico nacional era o mesmo, não importando o seu tema. As divergências em doutrina travadas restringem-se, em última análise, portanto, a averiguar a hierarquia das regras oriundas de avenças internacionais sob o ponto de vista normativo.

Efetivamente, o novo § 3º inovou ao estabelecer regime constitucional diferenciado a tratados de direitos humanos, equiparando-os formalmente a emendas à Constituição se seguido o mesmo rito designado pelo artigo 60, § 2º, da Lei Maior, o que será mais detalhadamente analisado a seguir.

### 3.2 O advento da regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira

Com o novo rito constitucionalmente previsto para a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira, parte da doutrina (por todos, veja-se MORAES, 2006, p. 314) considera discricionariedade do Congresso Nacional incorporar o documento *inter nationes* como emenda à Constituição ou como lei ordinária.

Independentemente de haver discricionariedade congressional na classificação do tratado como de *status* de emenda constitucional ou meramente de hierarquia constitucional, fato é que o novo § 3º do art. 5º não demonstra claramente o modo pelo qual os tratados internacionais deverão ser incorporados na ordem jurídica brasileira.

Isso porque o novo dispositivo constitucional não solucionou as dúvidas existentes sobre hierarquia e validade dos tratados de direitos humanos a ele anteriores. O § 3º, pelo contrário, diante de sua confusa redação, pode dar a entender que, somente a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos poderão ter valor de regra constitucional mediante aprovação com *quorum* de emenda à Constituição. Não obstante a redação do anterior § 2º não ter excluído os direitos humanos oriundos de tratados internacionais, como visto acima, não há uniformidade na doutrina em se atribuir, antes da Emenda n. 45, hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por outro lado, em relação aos tratados anteriores à Emenda, “é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional” (REZEK, 2008, p. 103).

Considerando que o rito específico tratado no novo § 3º do art. 5º não pode logicamente significar um decréscimo no sistema jurídico constitucional, tampouco estabelecer reapreciação de tratados já integrados no ordenamento sob o novo procedimento, a Emenda não se aplica aos casos a ela anteriores.

Desse modo, para a convenção internacional sobre direitos humanos ser devidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, incumbe a cada uma das Casas do Congresso realizar duas votações, com o *quorum* de três quintos para aprovação, ou seja, seguir o rito para a elaboração de Emenda à Constituição. Deste modo, terá a norma *status* constitucional, tanto formal quanto materialmente.

Caberá ao Executivo estabelecer o rito do tratado a ser apreciado, ao encaminhar o procedimento pelo qual o documento será analisado: ou seguindo o novo rito, à semelhança das emendas, ou sob o rito anterior. Em não se realizando tal procedimento, o tratado internacional terá, mesmo assim, validade de norma materialmente constitucional, entretanto deixará de adquirir caráter formalmente constitucional.

Com essa proposta de interpretação, evita-se a aplicação do novo dispositivo de maneira anacrônica, restringindo direitos humanos. Afinal, como diz Piovesan (2009, p. 348), de nada adiantaria a Emenda n. 45 ter acrescentado o § 3º ao importantíssimo art. 5º da Constituição com a intenção de criar dois universos jurídicos diversos para o mesmo tema. Dessa maneira, não faz sentido existirem normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos, muitas vezes com o mesmo teor (e.g., uma convenção universal e outra, regional, sobre o mesmo tema), em categorias jurídicas distintas, com peso hierárquico diferenciado, sob pena de inconstitucionalidade do novo dispositivo<sup>3</sup>. A alteração

---

3 Sobre da possibilidade de averiguação da inconstitucionalidade de Emenda pelo STF, veja-se o julgamento da Adin n. 1.946/DF – Pleno – Medida liminar – rel. min. Sydney Sanches. Informativo STF, n. 241.

é a possibilidade de o tratado vir a ser equiparado a uma emenda constitucional, tornando-se regra formalmente constitucional para que se evite a inserção de uma regra materialmente constitucional mediante *quorum* de maioria simples.

### **3.3 A validade das normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas no ordenamento brasileiro**

Diante da constitucionalidade material das normas sobre direitos humanos, em virtude tanto dos §§ 1º a 3º do art. 5º, quanto do inciso III do art. 1º e do inciso II do art. 4º, todos da Constituição, deflui-se que as normas garantidoras de direitos fundamentais oriundas de tratados internacionais se incorporam definitivamente no corpo da Constituição. Nesse sentido, defendendo inclusive o caráter supraconstitucional das normas internacionais (MELLO, 2004, v. 1, p. 836).

Desse modo, os três primeiros parágrafos do art. 5º reafirmam a ideia de superioridade, sob o ponto de vista hierárquico-jurídico, dos direitos humanos sobre as demais categorias de direitos.

Pode-se então concluir que o tema relativo aos direitos fundamentais se encontra no ápice da hierarquia jurídica constitucional. Isso porque os primeiros artigos da CF asseguram aos direitos humanos *status* superior em relação a outros temas. Levando-se em conta que a dignidade da pessoa humana é fundamento tanto da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), quanto dos tratados de direitos humanos, o bem jurídico protegido é o mesmo, sob diferentes enfoques. O fim último da proteção constitucional é a dignidade da pessoa humana, valor assegurado pelos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos. É, por outro lado, a finalidade objetivada pela ONU, desde a sua fundação, por meio de seus documentos principais, “a proteção dos direitos humanos internacionaliza-se e ultrapassa as fronteiras delimitadas pelo direito interno” (GODINHO, 2006, p. 9-10).

Se seguido o rito previsto para as emendas constitucionais, as convenções internacionais sobre direitos humanos terão eficácia constitucional formal. Sendo assim, serão parte intrínseca da Constituição, impassíveis de emenda, caracterizando-se como cláusulas pétreas. E, sendo imutáveis as regras firmadas em tratados sobre direitos humanos, o Estado não poderá denunciá-las unilateralmente, sob pena de retirar, de seu próprio arcabouço jurídico, cláusula pétrea, impossível conforme art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, muito embora em doutrina ainda não se solidifique essa posição (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2009, p. 222).

Os direitos humanos sempre serão interpretados em prol da norma mais favorável à vítima, de forma dinâmica e não restritiva, vinculando todos os níveis de Governo. Eventual discriminação deverá ser realizada legitimamente, por exemplo favorecendo determinada minoria em detrimento de outra.

Em havendo conflito de normas de direitos humanos, portanto, aplica-se a regra que mais favorecer o titular de direito, seja oriunda de tratado internacional, seja de lei interna. Não se adota o critério *lex posteriori derogat lex priori*, previsto em relação às leis ordinárias.

É considerada a primazia da pessoa humana na elaboração das normas, tanto de direito interno quanto as constantes de acordos internacionais. Assim, “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional” (PIOVESAN, 2009, p. 102).

Assim como ocorre em relação aos tratados que não versem sobre direitos humanos, as convenções de direitos fundamentais também se submetem ao controle de constitucionalidade, independentemente da hierarquia na qual suas normas sejam consideradas dentro do ordenamento nacional.

Entretanto, se considerado o caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, é impossível ser discutida a eventual inconstitucionalidade de tratado a ser incorporado no ordenamento nacional, pois norma de hierarquia superior não poderá ser confrontada em face de regra hierarquicamente inferior, ou seja, se o tratado tiver supremacia frente à Constituição, ele não poderá ter sua constitucionalidade debatida. Em virtude disso, posicionam-se os tratados sobre direitos fundamentais no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, materialmente.

Sob o prisma internacional, é inegável a personalidade do indivíduo, ainda que reduzida sua capacidade de postular em juízo internacionalmente, considerando que o Direito foi criado pelo homem para atender às necessidades dos seres humanos, protegendo desde o bem mais supérfluo aos direitos fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, a doutrina internacionalista atribui aos tratados sobre direitos humanos regramento diferenciado do conferido aos tratados que versem sobre outras matérias, como acordos comerciais e aduaneiros, por exemplo. Nas palavras de Mello (2000, p. 203), “os direitos humanos têm [...] um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e devem predominar sempre”. Afinal, “os tratados e instrumentos de proteção se desenvolveram, em suma, como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos” (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 215).

#### **4 Conclusão**

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, tentou-se solucionar a dúvida doutrinária (por conseguinte, jurisprudencial) que ainda existe acerca da hierarquia entre normas internacionais sobre direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que a Emenda da “Reforma do Judiciário” ficou omissa em relação ao tratamento conferido às convenções inter-

nacionais sobre direitos humanos integradas no Direito brasileiro antes de 2004. Com isso, o constituinte derivado não previu de que modo os tratados de direitos fundamentais já ratificados terão validade dentro da hierarquia normativa presente no Brasil<sup>4</sup>.

Disso decorrem algumas complicações práticas, mormente no tocante ao Pacto de San José da Costa Rica, que prevê normas conflitantes com dispositivos constitucionais, por exemplo a vedação da prisão civil por dívida no acordo multilateral e a possibilidade, no Brasil, de prisão do depositário infiel, por meio do inciso LXVII do art. 5º da Constituição<sup>5</sup>.

Tendo-se por princípio a maior efetividade das normas constitucionais bem como a prevalência dos direitos humanos consagrada no art. 4º, II, da própria Constituição, entende Francisco (2005, p. 103) que seria de maior lógica atribuir *status* constitucional aos tratados anteriores à Emenda n. 45/2004, ainda que não incorporados pelo rito trazido pelo § 3º do art. 5º.

Afinal, “as normas de proteção dos direitos da pessoa humana não se exaurem no direito interno do Estado; ao contrário, existem direitos que são incorporados na ordem jurídica interna em razão dos tratados internacionais, fazendo inclusive que ocorra uma transmutação hermenêutica dos direitos fundamentais” (GUERRA, 2008, p. 263).

---

4 Pedro Dallari (2005, p. 95) defende que a inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição foi “contraproducente” aos tratados já ratificados, entendendo improvável, no atual contexto geopolítico, a edição de novos tratados de direitos humanos, pois “investe-se nos dias atuais muito mais no fortalecimento de uma estrutura institucional, inclusive de feição judicial, voltada a garantir a efetividade dos direitos humanos do que na enunciação destes direitos”.

5 Exemplo trazido, entre outros, por Piovesan, 2009, p. 104. Discussão essa travada recentemente no STF, entre outros, no Recurso Extraordinário 466.343 (rel. min. Cesar Peluso), concluindo pela aplicação do disposto no pacto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 21 out. 2009.

Convém citar a severa crítica ao novo dispositivo formulada por Cançado Trindade (2007, p. 209):

[a] bisonha e patética emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004. Esta última outorga *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro (novo artigo 5(3)), tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo *aberto* consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano. Em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de nossos publicistas míopes, tão pouco familiarizados, – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. Os triunfalistas da recente emenda constitucional n. 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no

âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. Em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por estes melancólicos acidentes de percurso.

O mesmo autor afirmava, desde 1991, que é necessário existir maior compatibilidade entre normas internacionais e o direito interno, harmonizando as Constituições com tratados internacionais e tornando mais eficazes os direitos garantidos em ambas as categorias de instrumentos legais.

A Emenda n. 45, por meio do § 3º do art. 5º, foi uma vã tentativa de conciliar os interesses internacionais com os locais, fracassando na resposta aos anseios da comunidade acadêmica internacionalista por não ter sido bem sucedida em seu confuso texto. Surgiram dúvidas, estudadas no decorrer do presente trabalho, em relação à aplicabilidade do § 3º, a quais instrumentos normativos internacionais seriam afetados, a como proceder quanto aos tratados anteriores à Emenda e a qual *status* constitucional seria atribuído às normas de direitos humanos oriundas de convenções internacionais bem como se haveria distinção a depender do rito adotado para a incorporação dessas normas no direito brasileiro.

Finalmente, de forma inclusive a dar maior efetividade à regra constitucional trazida pela Emenda n. 45, conclui-se pelo caráter constitucional, em relação à matéria, dos tratados internacionais de direitos humanos firmados e ratificados pelo Brasil. Em se tratando de aplicação do novo rito, à semelhança do que ocorre com as emendas (*quorum* de três quintos para aprovação), o tratado passa a ser também formalmente constitucional. Os tratados, uma vez ratificados, nunca poderão ser excluídos do ordenamento, pois são cláusulas pétreas diante do art. 60, § 4º, IV, da própria Constituição, que prevê a impossibilidade de proposta de emenda visando a abolir direitos e garantias fundamentais, objeto do acordo internacional. Ainda, uma vez adotado o procedimento previsto no § 3º do art. 5º, a convenção internacional não poderá ser objeto de denúncia.

O primeiro passo desse novo instituto se deu em 10 de julho de 2008, quando o Congresso Nacional aprovou o primeiro (e, até meados de dezembro de 2013, único<sup>6</sup>) tratado internacional com valor de emenda constitucional. O Decreto Legislativo n. 186/2008 aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada em Nova York em 30 de março de 2007, bem como seu protocolo facultativo. Tal Convenção encontra-se devidamente promulgada por meio do Decreto n. 6.949/2009.

Finalmente, considerando que o texto ficou em silêncio quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda n. 45, estes são alçados à hierarquia constitucional, em virtude, também, da impossibilidade prática de revotação desses documentos internacionais no Congresso.

## Referências

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Org., trad. e estudo introdutório de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual do direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo, Saraiva: 1991.

---

<sup>6</sup> Conforme *site* da Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/quadro\\_DEC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/quadro_DEC.htm)>. Acesso em: 6 dez. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.) *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Jornadas de direito internacional público no Itamaraty (2005: Brasília, DF). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. (5<sup>a</sup>. reimpr.). Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Pedro Boholometz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 83-98.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. de Vítor Marques Coelho (2. ed.). 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 99-105.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Coleção para entender*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Direito constitucional didático*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.) *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Jornadas de direito internacional público no Itamaraty (2005: Brasília, DF) . Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 379-412.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Atual. e compl. por WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1 e 2. 15. ed. (ver. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio e Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

\_\_\_\_\_; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) *Constituição e segurança jurídica*. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 47-83.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: Curso Elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

# Responsabilidade civil do Estado pela inobservância do princípio da razoável duração do processo

Regina Wanderley Leite de Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.  
Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade  
Anhanguera-UNIDERP – LFG

**Resumo:** Um grande problema que atormenta os aplicadores do Direito é a morosidade da justiça, que os leva à busca, quase incessante, de um equilíbrio entre tempo e efetividade. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu na ordem jurídica brasileira o princípio da razoável duração do processo, na tentativa de proteger o direito por ele representado – qual seja, a prestação jurisdicional justa – bem como afirmar o compromisso do Estado com os jurisdicionados de busca do aperfeiçoamento da máquina estatal judiciária. A Emenda é, até hoje – passados quase 10 anos –, fonte de inúmeros debates, tendo em vista que a demora na prestação jurisdicional alcançou patamares tão elevados, que se chega a dizer que é uma verdadeira denegação da justiça. Nesse sentido, diante da total inobservância da Constituição Federal, aliada aos danos sofridos, em cada caso concreto, pelas partes, é possível defender a responsabilização do Estado em nome de uma *ordem jurídica justa*.

**Palavras-chave:** Morosidade. Razoável duração do processo. Responsabilidade do Estado.

**Abstract:** A big concern of the executors of the law is the slowness of the justice system, which leads them to an almost incessant search for a balance between time and effectiveness. In this sense, the Constitutional Amendment 45/2004 introduced in the brazilian legal system the principle of the reasonable duration of the process, in attempt to protect the right represented by it,

which means, the fair delivery of the justice and as well declare the commitment of the State with the ones who need to use the system of law in the improvement the state-run machine. The Amendment is, until now – passed almost 10 years –, a source of countless debates, considering that the delay in the installment of justice achieved such high levels that it is possible to say that, in these cases, there is no justice. In this sense, given the complete disrespect for the Constitution, and either because of the damages tolerated by the parts in the process, it is reasonable to defend the responsibility of the State, in the name of a fair legal order.

**Keywords:** Slowness. Reasonable duration of the process. Responsibility of the State.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A Emenda Constitucional n. 45/2004. 3 Razoável duração do processo. 4 O direito de acesso à justiça. 5 A morosidade da justiça. 6 O tempo no processo civil. 7 O embate entre celeridade processual e segurança jurídica. 8 A evolução do princípio no Direito brasileiro. 9 Natureza jurídica. 10 Responsabilidade do Estado pela duração excessiva do processo. 11 Conclusões.

## 1 Introdução

O acesso à justiça é tema dos mais atuais na realidade judiciária brasileira. Isso porque o problema da morosidade e a dificuldade em contorná-lo assumiram contornos significativos, seja em virtude da deficiência tecnológica, material e de pessoal do Judiciário, seja porque o próprio processo traz procedimentos inúteis e protelatórios, seja, por fim, por causa da crescente demanda.

A prestação de uma tutela jurisdicional justa depende não só de que o resultado do processo seja efetivo mas também e, principalmente, de que ele seja prolatado em tempo razoável. A pensar de outro modo, é propalar injustiça, contra a qual não se poderá agir, tendo em vista que é do Estado a função de dizer o direito, sendo vedada a justiça com as próprias mãos. Em outro sentido, significa

dizer que o Estado, como o único detentor da função jurisdicional, deve se estruturar para prover uma justiça justa, célere e efetiva, solucionando os conflitos que se põem, bem como realizando a pacificação social.

Não se pode admitir que, por razões alheias a si, as partes sejam penalizadas com uma justiça tardia. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 45/2004 veio, em boa hora, constitucionalizar o princípio da razoável duração do processo, bem como outros institutos que são nada mais que meios de assegurar a observância desse comando, como, por exemplo, a proibição de férias coletivas.

Essa emenda, que ficou consagrada como introdutora da reforma do Judiciário, demonstrou a preocupação do Estado com a celeridade e a efetividade das demandas bem como o seu comprometimento em alterar a situação, o que, passados quase dez anos, ainda se mostra irrealizável.

É bem verdade que o Estado não pode se manter alheio, inerte ou passivo diante do quadro, ocasionado, principalmente, por sua própria ineficiência. Entretanto, mesmo diante da atividade do Estado a fim de cumprir a Constituição e, mais ainda, quando não se vislumbrar tal atividade, a inobservância do princípio, por ocasionar danos à parte que suporta a espera bem como por descumprir outros mandamentos constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, deve ser reparada, o que significa a responsabilização civil do Estado.

É importante salientar que tal responsabilização não é esperada, pois, em realidade, deseja-se que o processo transcorra em tempo razoável, sem dilações indevidas. Entretanto, há de se mencionar que, desde a promulgação da Emenda Constitucional até a presente data, já transcorreu tempo suficientemente longo para que o princípio fosse realizado em sua plenitude, o que, como de conhecimento dos operadores do Direito, não aconteceu. Nesse sentido é que a responsabilização do Estado se mostra necessária, tendo em vista

que o jurisdicionado, sendo-lhe proibida a autotutela e assegurados os princípios da dignidade da pessoa humana, da inafastabilidade da jurisdição, da razoável duração do processo bem como do devido processo legal, não pode ficar submetido a uma ordem jurídica que lhe cause prejuízo, sem ter a possibilidade de pleitear uma reparação, que, no caso concreto, mostra-se considerável.

Dessa forma, o presente artigo tem por escopo avaliar a possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, passando, para se chegar a tal conclusão, pelo conceito moderno de acesso à justiça, bem como pela própria definição do que seja razoável duração do processo e as implicações de sua inobservância.

## **2 A Emenda Constitucional n. 45/2004**

A Emenda Constitucional n. 45, que ficou conhecida como *Reforma do Judiciário*, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em dezembro de 2004 e repercutiu de modo relevante no processo civil.

O objetivo da Emenda foi proporcionar uma atuação mais eficaz do Judiciário, eliminando certos vícios existentes, *além de coibir a demora na entrega da prestação jurisdicional e combater condutas descompromissadas por parte dos magistrados* (HOTE, 2007, p. 471).

Entre as principais mudanças, pode-se citar a proibição de férias coletivas nos tribunais, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a previsão da criação de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, a distribuição imediata de todo feito ou recurso perante todo e qualquer juízo ou tribunal, a determinação de atos em delegação aos serventuários, de forma a acelerar a tramitação processual nos procedimentos de rotina e sem caráter decisório, a previsão da repercussão geral como critério de admissibilidade do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, a criação de

ouvidorias da Justiça, a previsão, no rol do art. 5º da Constituição Federal, do direito à razoável duração do processo.

### 3 Razoável duração do processo

Considerando o escopo do presente estudo, a mais significativa das mudanças advindas da Emenda, que terminou por reformar o Judiciário, foi o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal<sup>1</sup>. Isso porque a demora na prestação jurisdicional traz efeitos deletérios para a credibilidade do Poder Judiciário e também prejuízos devastadores para as partes e para os jurisdicionados de maneira geral.

Embora tenha admitido, de forma expressa, a duração razoável do processo como direito fundamental, é forçoso reconhecer que a sua previsão isolada poderia, na prática, não gerar as mudanças esperadas. Nessa senda, há de se observar que o princípio veio acompanhado de outras previsões, que buscam garantir, de maneira efetiva, a sua imediata aplicabilidade.

Como medidas para a concessão de uma tutela célere, pode-se mencionar a proibição de férias coletivas, de forma a assegurar a prestação jurisdicional ininterrupta; a delegação de atos de mero expediente aos servidores da Justiça; a previsão de edição de súmulas vinculantes<sup>2</sup>; a determinação de distribuição automática dos processos. Tais previsões demonstram a preocupação do legislador em efetivar o direito fundamental à razoável duração do processo,

---

1 Art. 5º, LXXVIII, CF 1988, *in verbis*: *A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

2 Em relação à edição de súmulas vinculantes, a doutrina diverge no sentido de aceitar ou não. Para os seus defensores, *exempli gratia*, Cândido Rangel Dinamarco (2005), a súmula vinculante possui a capacidade de pacificar, em tempo relativamente breve, a jurisprudência sobre temas relevantes, ligados à ordem constitucional, solucionando o problema do afogamento dos tribunais. Para os que discordam, como Ana Maria Scartezzini, o problema da aplicação das súmulas vinculantes seria a inobservância do contraditório.

de forma a assegurar que a concessão do direito material violado, mediante a resposta jurisdicional, ocorrerá rapidamente e, mais que isso, será efetiva.

Pode-se dizer que a previsão constitucional do princípio da razoável duração do processo veio positivizar o que já vinha sendo defendido pelos estudiosos do Direito e, também, percebido pelos seus aplicadores: a ideia de que não basta garantir o acesso às portas do Judiciário, tendo em vista que elas estão abertas para toda e qualquer pessoa que dele necessite. O relevante, nesse processo, é garantir que toda e qualquer pessoa que procurar a Justiça saia dela, e faça isso com o direito material restaurado. Para tanto, “é de salutar importância que a entrega da tutela jurisdicional seja feita em tempo razoável e amparada pelas garantias fundamentais do processo” (HOTE, 2007, p. 472).

#### **4 O direito de acesso à justiça**

A autotutela foi a primeira forma de resolução de conflitos baseada estritamente na força – submissão do interesse do mais fraco diante da prevalência do interesse do mais forte – e na imposição de uma decisão por um dos contendores. Contudo, o fortalecimento do Estado resultou no monopólio da jurisdição, o que significa dizer o poder-dever de resolver os conflitos, proibindo-se, salvo em casos expressamente autorizados, a justiça “com as próprias mãos”.

A partir do momento em que o Estado toma para si a função judicante, nasce para a sociedade uma pretensão em face do próprio Estado, o direito de ação. A qualquer pessoa, passa a ser assegurado o direito de demandar em juízo. Direito abstrato que resulta numa prestação jurisdicional sem ou com julgamento de mérito pela procedência ou improcedência, a depender da verificação de pressupostos processuais, condições da ação bem como da existência do direito material no caso concreto.

Dessa forma, o direito de ação consiste em uma garantia para o indivíduo. Essa garantia se revela na permissão de acesso ao Judiciário, para que lhe seja dada uma solução para o conflito, em virtude da proibição da autotutela. Para Cappelletti (1988), o direito de acesso à justiça significa o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

No Estado contemporâneo, o direito de acesso à justiça ganhou contornos importantes. Isso em razão da dimensão já apontada – qual seja, a vedação à autotutela – e também do princípio positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, do qual somente a ampla realização possibilita a pacificação e satisfação social.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 ampliou a acepção do princípio, fazendo incluir não só as situações em que existe efetiva lesão mas também aquelas nas quais há apenas e tão somente a ameaça ao direito, de forma a proporcionar à sociedade segurança na instituição.

Ademais, após momentos históricos que pregaram o desrespeito ao princípio<sup>3</sup>, negando-o em determinadas situações, num evidente retrocesso ao direito que já estava posto, o conceito inicial de acesso à justiça foi ampliado. Abandonou-se a concepção clássica de direito de ação como direito de invocar a atividade jurisdicional, passando-se a adotá-lo como o direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Recomposta a ordem democrática e reinserido, no ordenamento brasileiro, o -princípio da inafastabilidade da jurisdição, em sua plenitude, a doutrina começou a entender que o conceito de *acesso à justiça* ia mais além. Não bastava garantir a possibilidade de *apresentação de demandas perante os órgãos do Judiciário*, mas havia que se assegurar o direito ao alcance da *ordem jurídica justa*. Espera-se que o

---

3 Exemplificando, tem-se o período da Ditadura Militar, cujo Ato Institucional n. 5 violentou a garantia do acesso ao Judiciário, ao excluir de sua apreciação os atos praticados com base no art. 5º, § 2º, do referido ato, e ao suprimir a garantia do *habeas corpus* nos casos do seu art. 10.

processo civil cumpra o seu desiderato social, político e jurídico. É necessário pacificar a sociedade, resolvendo os conflitos com lastro no ordenamento, para propiciar às pessoas em conflito exatamente aquilo que pleiteiam (se lhes for devido), e fazendo-o com a rapidez que exige a situação concreta. (BASTOS, 2006, p. 21).

Para o correto entendimento do que seja ordem jurídica justa, é preciso esclarecer que ela se estabelece sobre dois pilares. O primeiro refere-se à efetividade da prestação jurisdicional e o segundo, à duração do processo.

Por tutela jurisdicional efetiva, deve-se entender os meios disponíveis ao jurisdicionado para a obtenção do resultado útil do processo, o que importa em que haja a previsão de instrumentos para que a parte vitoriosa saia do processo da mesma forma que estaria se não precisasse da tutela jurisdicional. É o que a doutrina costuma denominar de *tutela específica*.

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada estivesse proibida. (MARINNONI, 1999 apud BASTOS, 2006, p. 25).

Nesse aspecto, o Código de Processo Civil já traz previsão – art. 461 – capaz de assegurar, *in natura*, o bem da vida pleiteado.

Uma segunda adjetivação se refere à duração do processo.

É sabido que a prestação jurisdicional tardia acarreta sérios prejuízos tanto à credibilidade do Judiciário quanto à própria parte vencedora, que se vê privada do bem jurídico objeto da prestação.

Contudo, é preciso considerar que o processo precisa ser devido, a fim de ser prestada a tutela jurisdicional de forma justa. E processo devido significa o respeito a uma série de garantias – contraditório, ampla defesa – que demandam tempo.

Nada obstante a necessidade da observância a esses mandamentos – devido processo legal –, é preciso compatibilizá-los com o fator tempo, mitigando os danos que o transcurso do tempo acarreta em detrimento do direito demandado.

Assim, para o cumprimento da meta constitucional de uma prestação jurisdicional justa, “impõe-se que o processo judicial se desenrole mediante cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional” (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, s/d, p. 4).

## **5 A morosidade da Justiça**

Entretanto, a realização do direito fundamental previsto na Constituição não se tem mostrado exitosa na atualidade; pelo contrário, em alguns casos tem alcançado *níveis tais que significam verdadeira e própria denegação da justiça* (CAPPELETTI, 1974, apud LARA, 2006).

Não se pode negar que, embora a ciência processual tenha se desenvolvido e ainda continue nesse passo, seu progresso não foi capaz de alterar a realidade dos tribunais brasileiros, restando, em última análise, desatendido o direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

O tema sobre a morosidade da Justiça é amplamente debatido nas searas doutrinária – entre os processualistas –, acadêmica, jurisprudencial e, também, como não poderia deixar de ser, na própria prática forense, pelos operadores do direito.

A discussão toma corpo diante das enormes dificuldades em acelerar o processo, o que ocasiona o desgaste do Poder Judiciário e o seu descrédito perante a sociedade.

É evidente que o direito fundamental à ordem jurídica justa está sendo desatendido, podendo-se citar como causas a demora na resolução dos conflitos, o volume crescente de processos, devido

à massificação das demandas, a carência de recursos financeiros, tecnológicos e de material humano bem como a própria estrutura da legislação brasileira, que, em alguns momentos, prevê procedimentos ineficientes e institutos jurídicos de pouca ou nenhuma repercussão prática para o deslinde das causas.

Nesse sentido, é imprescindível que algumas atividades sejam desenvolvidas para tentar minimizar essas causas.

O momento histórico exige uma tomada de posição. É indispensável que se proceda [sic] uma efetiva reestruturação do Poder Judiciário, porque o modelo que temos atualmente não é adequado para propiciar um desenvolvimento social digno. Esta reforma não passa somente por tecnicismos, estatísticas e administração de tempo e de recursos humanos e logísticos, mas envolve um pensar político.

[...] As reformas legislativas e o progresso da ciência processual, portanto, mostram-se insuficientes para remover os entraves à prestação jurisdicional em tempo razoável, sendo necessário repensar o modelo judiciário, projetando-o institucional e culturalmente, a curto, médio e longo prazo. Cuida-se aí de um pensar político. (BASTOS, 2006, p. 21 e 25).

## **6 O tempo no processo civil**

Como visto nos tópicos anteriores, o Estado garante o acesso à justiça, devido, entre outros argumentos, à vedação à autotutela, mas não oferece as condições necessárias e indispensáveis para a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

O principal fator que constitui óbice à efetividade da tutela jurisdicional e é o grande responsável pelo descrédito do Judiciário, pela incerteza jurídica das relações e pelas injustiças das decisões é o tempo. Para Cândido Rangel Dinamarco (2004), o tempo constitui-se fator de corrosão de direitos, sendo, portanto, um dos males,

senão o maior deles, responsável pelo retardamento do reconhecimento e da satisfação desses mesmos direitos.

Especialmente no que se refere à duração, o Estado-Juiz, pelas mais diversas razões, não é capaz de solucionar, dentro de um tempo razoável, as questões que se põem. Tal fato acarreta a inobservância do princípio constitucional mais basilar, o da dignidade da pessoa humana, pois um processo judicial que se prolonga por anos é razão de insegurança para o portador do bom direito, uma vez que proporciona à parte que não tem razão um benefício indevido, instalando-se, por conseguinte, angústia, insegurança e medo, que são incompatíveis com o atual estágio de desenvolvimento e proteção conferido pela Constituição.

## **7 O embate entre celeridade processual e segurança jurídica**

Os princípios da celeridade e da duração razoável do processo devem ser aplicados concomitantemente aos princípios da razoabilidade, de modo que o trâmite do processo não se estenda além do razoável, e tampouco se agilize a ponto de comprometer a ampla defesa e o contraditório, o que provavelmente poderá trazer prejuízos a uma das partes. (BARCELLOS, 2012, p. 12).

A segurança jurídica, representada nas garantias da ampla defesa e do contraditório, é o principal instituto que impede a marcha processual. Como sabido, a Constituição Federal assegura não só o direito de ir a juízo mas também o direito a uma tutela judicial adequada e efetiva.

Assim, a lógica é, para assegurar que a prestação jurisdicional seja justa, do ponto de vista material, o processo precisa observar determinadas garantias – direito à prova e à impugnação das provas da parte adversária, direito de manifestar argumentos, direito de impugnar as decisões judiciais, entre outras –, o que demanda

tempo, além do que necessita o juiz para se convencer da tese. Entretanto, é de observar que, nesse aspecto, não há prejuízo à tutela efetiva, pelo contrário, tem-se uma garantia da estrita observância dos preceitos constitucionais.

O que acarreta dano às partes, aos jurisdicionados e à própria tutela jurisdicional efetiva é a observância dessas garantias em tempo demasiadamente longo, o que efetiva o descumprimento ao princípio da duração razoável do processo. O processo vai desviando seu curso, de forma a observar determinados mandamentos em nome da segurança jurídica, e termina por não garantir a celeridade que se espera de uma tutela jurisdicional.

O processo, dessa forma, em nome da suposta segurança jurídica e da justeza da decisão, transformou-se atualmente em fator de insegurança jurídica, tendo em vista que, para a observância das garantias citadas (e também devido a outros fatores, já mencionados), olvida-se a celeridade que os conflitos impõem.

O grande desafio do processo civil contemporâneo é o equacionamento entre a celeridade processual e a segurança jurídica bem como a resolução dos conflitos, por meio de uma tutela jurisdicional efetiva.

A grande dificuldade do processualista moderno é justamente tentar sistematizar a convivência harmônica entre essas garantias fundamentais do devido processo legal com outro escopo finalístico do processo, ou seja, a efetividade. A efetividade obsta, de certa maneira, à segurança. Não há como idealizar um processo de efeitos imediatos. Essa fugacidade não lhe é peculiar, devendo-se sempre dispor de razoável prazo para a produção de provas necessárias a formar o convencimento do juiz. (MESQUITA, s/d, p. 14).

Há uma contradição entre essas garantias asseguradas pela Constituição Federal para o atingimento da tutela jurisdicional efetiva. Entretanto, a doutrina defende que essa contradição é aparente, “e o que garantirá a aplicação da justiça ao caso concreto, ao

fim e ao cabo, é o equilíbrio entre ambas” (ANNONI, 2003, apud KOEHLER, 2013, p. 33).

Os princípios da segurança jurídica e da razoável duração do processo devem ser aplicados sob a lógica do princípio da razoabilidade, de modo que processo não se alongue por tempo além do razoável, nem se agilize de maneira a comprometer o direito material tutelado. Fernando Fonseca Gajardoni (2003) assevera que celeridade não pode ser confundida com precipitação, e segurança não pode ser confundida com eternização da demanda. “O juiz não pode, a pretexto de julgar em tempo razoável, proferir julgamento sem os elementos probatórios imprescindíveis à elaboração da decisão” (ARRUDA, 2006, apud KOEHLER, 2013, p. 34).

Pode-se concluir o pensamento, afirmando que a tutela jurisdicional efetiva não será necessariamente aquela proferida em menor tempo, mas sim aquela em que convirjam os fatores tempo e segurança jurídica, de forma a compatibilizar as garantias constitucionais do processo justo – devido processo legal – com a menor duração de tempo possível.

Em suma, é mais exato afirmar a existência não de um “duelo” entre segurança jurídica e celeridade, mas sim da busca de um equilíbrio entre ambas. Um combate entre as duas garantias fundamentais não teria vitoriosos. Na relação, por vezes conflituosa, entre a segurança jurídica e a celeridade, afinal, deve prevalecer sempre a razoabilidade, com o fito de atingir-se uma convivência harmônica entre ambas. Com esses ensinamentos em mente, é que se deve partir para a delimitação do sentido e do alcance da expressão “razoável duração do processo”. (KOEHLER, 2013, p. 35).

## **8 A evolução do princípio no Direito brasileiro**

Como visto anteriormente, o princípio da celeridade processual foi positivado como direito fundamental na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45. Entretanto, é de se

observar que, muito antes da Emenda, já se vislumbrava a presença do princípio na ordem jurídica brasileira.

“É de observar que a duração razoável não foi propriamente introduzida em nosso processo pela Emenda Constitucional n. 45. Já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)” (THEODORO JÚNIOR, s/d, p. 10).

Na verdade, alguns doutrinadores entenderam ser imprópria a positivação constitucional do princípio, em razão de este já estar implícito na garantia do devido processo legal e na previsão do princípio da eficiência – art. 37, CF/1988 –, aplicável à Administração Pública.

Ademais, impende ressaltar que a introdução do princípio no ordenamento jurídico brasileiro deu-se, inicialmente, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969, e, posteriormente, pelo Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, muito antes, como se vê, da Emenda n. 45. Ambos foram introduzidos no sistema jurídico brasileiro em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, mas, enquanto corolários da garantia do devido processo legal, já estavam positivados, por força do art. 5º, § 1º, que dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, a grande inovação trazida pela Emenda foi a visibilidade conferida à garantia da celeridade, erigindo a questão do tempo no processo civil a direito fundamental, demonstrando preocupação com a morosidade da Justiça, com a grande insatisfação que toma os jurisdicionados, bem como com a necessidade de que a jurisdição seja prestada, como já exaustivamente defendido neste artigo, de forma célere, efetiva e justa.

## 9 Natureza jurídica

Como dito anteriormente, muito antes de sua positivação constitucional, já se vislumbrava o princípio da celeridade processual no sistema processual pátrio. Isso porque ele é decorrência lógica dos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do impulso oficial, entre outros.

Enquanto decorrência lógica do princípio do devido processo legal, que prega a observância estrita ao procedimento, com vistas a efetivar os direitos fundamentais, inclusive os fundamentais processuais, a celeridade é garantia de que o provimento jurisdicional assegurará o direito material violado de forma efetiva e justa, uma vez que um provimento judicial concedido com atraso impede os anseios da parte e é causa de descontentamento.

Mas a garantia da celeridade também é corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição e, nesse sentido, segundo Luiz Guilherme Marinoni (1993), garante uma tutela adequada à realidade do direito material, isto é, deve igualmente garantir o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial.

Outrossim, também é pressuposto lógico da celeridade o princípio do impulso oficial, do qual decorre a necessidade de o magistrado assumir o controle do processo, “reprimindo eventuais comportamentos incondizentes e velando pelo respeito aos preceitos constitucionais e às garantias processuais” (HOTE, 2007, p. 481).

Pode-se dizer, ademais, que a garantia da celeridade processual advém do princípio do processo sem dilações indevidas, de forma que é possível defender a ideia de que no processo

não há espaço para delongas de atos processuais que pouco ou nenhum efeito produzirão, atrasos do procedimento, [...], dentre outras mazelas, que podem ocasionar o desvirtuamento do que se entende por tempo razoável para o trâmite e julgamento do processo. (HOTE, 207, p. 483).

E, por fim, também é possível defender o argumento, já saindo da esfera processual, de que o princípio da duração razoável do processo decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, como norma guia de todo o ordenamento jurídico.

Contudo, é preciso ressaltar que o direito fundamental em estudo é autônomo, nada obstante a sua decorrência dos princípios supracitados, pois não se confunde nem com a tutela jurisdicional prestada nem com o direito material pleiteado. “Quando se dá o restabelecimento de uma demanda, em caso de paralisação, ou mesmo a entrega da prestação jurisdicional, em caso de retardo, a violação ao direito à duração razoável do feito não é sanada” (NICOLITT, 2006, apud PESSOA; BATISTA NETO, 2012).

A natureza jurídica da razoável duração do processo é de direito fundamental que possui o jurisdicionado em face do Estado.

Ao erigir a garantia da razoável duração do processo ao patamar de direito fundamental, pretendeu o legislador salvaguardar tal prerrogativa dos interesses prejudiciais de qualquer ordem.

Significou, acima de tudo, conferir maior amplitude ao tema por meio do compromisso assumido pelo Poder Público em prol dos jurisdicionados, na busca pelo aperfeiçoamento do modo como é prestada a atividade jurisdicional.

Como já inúmeras vezes tratado, não basta garantir somente o acesso ao Judiciário, é necessário garantir a plena efetivação de direitos reconhecidos em tempo razoável.

Destarte, demonstra a referida modificação, a imprescindível necessidade de se visualizar a sistemática processual sob a perspectiva

constitucional das garantias e liberdades fundamentais do indivíduo. Desta forma, não mais é possível tolerar em um Estado Democrático de Direito, o processo, como Cândido Rangel Dinamarco já afirmou, fonte perene de decepções. (HOTE, 2007, p. 487).

Partindo das premissas expostas, o conceito de razoável duração do processo pode ser encontrado, mas não sem alguma dificuldade. Isso porque, como não existe conceito legal, trata-se de conceito jurídico indeterminado.

Poder-se-ia pensar ser mais fácil estabelecer um prazo dentro do qual o processo deveria estar encerrado, mas trata-se de engano, tendo em vista que a realidade fática é muito mais criativa do que é capaz de pensar o legislador, correndo-se o risco de se criar, com a rigidez própria das ciências exatas, uma injustiça no caso concreto.

Alguns autores chegaram a fazer cálculos (soma de todos os prazos de cada fase do procedimento comum ordinário), a fim de tentar estabelecer um prazo razoável para o deslinde do processo. Entretanto, a maioria esmagadora da doutrina prefere estabelecer esse prazo levando em consideração o caso concreto, de forma a observar as peculiaridades da situação fática posta sob exame.

O núcleo do conceito de razoável duração do processo é, portanto, viabilizar que as partes tenham plena capacidade de trazer seus argumentos, bem como garantir que o juiz tenha condições de analisar as provas num tempo razoável para formar sua convicção. É a busca de um procedimento justo, onde haja igualdade de armas para as partes e aumento de qualidade das decisões em um tempo hábil que não prejudique o jurisdicionado. (RAMOS, 2008, apud PESSOA; BATISTA NETO, 2012, p. 4).

Na prática, não é fácil responder qual seria uma duração razoável para o processo, considerando que razoável duração “não significa automaticamente duração breve do processo, mas sim duração necessária ao deslinde da causa levando-se em consideração todas as suas peculiaridades” (LARA, 2006). Na verdade, o conceito de

duração razoável deve repelir tanto a demora injustificada quanto a rapidez desenfreada, considerando que tanto uma quanto a outra implicam o desrespeito ao acesso à justiça, como direito a receber uma prestação rápida e efetiva.

A definição precisa do que se deve entender por prestação da justiça em um prazo razoável ainda está em construção, mas, por certo, já se pode identificar quando este direito do cidadão não foi respeitado, culminando na demora da prestação jurisdicional, ou seja, em atividade defeituosa do Estado ao dizer o direito, o que enseja responsabilização. (ANNONI, 2003, apud KOEHLER, 2013, p. 89).

Outro ponto que merece destaque é que a implementação exitosa do princípio da celeridade no cotidiano forense passa pela atuação das três esferas de poder. Somente por meio de uma atuação conjunta do Judiciário, Legislativo e Executivo é que será possível efetivar diretrizes para a melhora do problema da morosidade da Justiça.

A doutrina aponta três critérios que podem ser considerados na definição de uma duração razoável, quais sejam, a complexidade do litígio, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional. Somente por meio da análise desses fatores, utilizando-se preponderantemente da razoabilidade, é que se poderá chegar a uma ideia do tempo que seja razoável. Vale ressaltar, mais uma vez, que “o ‘tempo do processo’ é algo casuístico, que dependerá das peculiaridades do caso concreto” (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, s/d, p. 16).

## **10 Responsabilidade do Estado pela duração excessiva do processo**

A partir do momento em que o Estado tomou para si a função de dizer o direito, ele assumiu a tarefa de prover um ordenamento jurídico eficaz. Outrossim, o alargamento do conceito de acesso ao Judiciário implica necessariamente que o Estado-Juiz providencie os mecanismos necessários a uma tutela jurisdicional efetiva.

Contudo, como é de conhecimento da comunidade jurídica e da sociedade em geral, o Estado não tem sido exitoso em sua missão, nada obstante a previsão constitucional do princípio bem como de mecanismos que assegurem a sua efetivação.

É de se mencionar que a inobservância de um prazo razoável para o deslinde do processo implica uma série de danos à parte e à sociedade em geral. Com relação às partes, estas se sentem amealhadas e angustiadas, reféns de um sistema que não podem questionar. Quanto à sociedade, esta se torna desacreditada e impotente, o que termina no enfraquecimento da instituição.

Dessa maneira, o Estado não pode desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. Diferentemente do que ocorria com o sujeito abstrato (sem rosto) do positivismo jurídico clássico, no Estado contemporâneo o cidadão concreto, de carne e osso, não pode ter os seus sentimentos e os seus apelos desprezados por aqueles responsáveis pela administração da justiça. (MARINONI, 2000, apud NUNES, 2010, p. 184).

Nesse sentido é que a morosidade da justiça ganha contornos importantes no que se refere à possibilidade de reparação. Atualmente, a teoria da responsabilidade civil do Estado, na modalidade objetiva, encontra-se amplamente aceita pela academia jurídica, mas algumas considerações precisam ser pontuadas.

Entretanto, inicialmente, é imperioso asseverar que a possibilidade de responsabilização do Estado pelo transcurso de prazo irrazoável do processo não implica um fim em si mesmo, o que significa dizer que é preferível que não haja a reparação, tendo o processo transcorrido em tempo razoável, do que haja o descumprimento da ordem constitucional, com a conseqüente responsabilização do Estado. O que se quer dizer é que o ideal é não haver o descumprimento do mandamento constitucional, pois o ordenamento jurídico é composto pelo dever-ser. Mas no caso da ocorrência da lesão, nasce a possibilidade, diante do dano à parte, de reparação.

Em suma, o escopo do inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna é promover mudanças no sistema jurídico, que levem à prestação da jurisdição em tempo razoável. A condenação do Estado pela lesão a esse direito, por sua vez, possui uma dupla finalidade: 1) ressarcir os prejudicados pela demora indevida; 2) pressionar o Poder Público a efetuar as reformas legislativas e os investimentos estruturais necessários ao aperfeiçoamento da máquina judiciária e, em consequência, a cumprir o seu papel de prover a sociedade com uma justiça mais célere e eficiente. (KOEHLER, 2013, p. 118).

Uma vez verificado que a estrutura do Judiciário foi deficiente, tendo o processo se estendido por tempo indevido, é forçoso reconhecer que o prejudicado terá direito à reparação pelos prejuízos que houver sofrido em razão da morosidade. Entretanto, a responsabilização do Estado obedece a alguns parâmetros, que serão analisados a seguir.

Inicialmente, cumpre observar que a responsabilização estatal será na modalidade objetiva, consoante o art. 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>4</sup>. É importante salientar que a imputação de responsabilidade ao Estado pela inobservância da razoável duração do processo

não diz respeito a qualquer juízo de censura sobre atos decisórios do magistrado. Trata-se, isto sim, de aferir se o serviço de entrega da prestação jurisdicional ao cidadão ocorreu em tempo razoável, ou em outras palavras, se houve falha na prestação do serviço (KOEHLER, 2013, p. 120).

A doutrina, entretanto, diverge a respeito da modalidade da responsabilização, entendendo alguns autores que esta deveria ser subjetiva. O entendimento não pode prosperar. Ora, a prestação jurisdicional é um serviço público, de natureza essencial. Logo, a

---

4 *In expressis litteris*: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

demora na prestação da justiça cai no conceito de serviço defeituoso. Por essa razão, o Poder Público deve responder objetivamente pelos danos oriundos dessa prestação deficiente. E em caso de culpa ou dolo do servidor (sentido lato), abre-se a possibilidade de ação regressiva. O que não pode acontecer é o jurisdicionado assumir os prejuízos.

O Estado é responsável *objetivamente* pela exagerada duração do processo, seja ela oriunda de dolo ou culpa do juiz, ou mesmo da ineficiência estrutural do Poder Judiciário, devendo haver a indenização em qualquer das hipóteses. Portanto, a responsabilização do Estado pela duração anormal do processo enquadra-se nas prescrições do § 6º do artigo 37 da Constituição da República, ou seja, a prestação jurisdicional a destempo caracteriza hipótese de responsabilidade objetiva, independentemente da aferição de culpa do servidor causador do dano ou do ente público a que pertença. (HOFFMAN, 2006, apud KOEHLER, 2013, p. 121).

É preciso esclarecer ainda que a responsabilidade do Estado pela tutela jurisdicional morosa depende da ocorrência de efetivo dano à parte, patrimonial ou extrapatrimonial, de forma ampla. Mais especificamente em relação aos danos não patrimoniais, há doutrina que segue a Corte de Cassação da Itália, no sentido de que as preocupações psíquicas pela duração demorada do processo são presumidas, diante da dificuldade em sua demonstração, entendimento que também é perfilhado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Importante, ainda, esclarecer que não só a parte vencida tem o direito à reparação no caso de prejuízo mas também, se ficar comprovado o dano, a parte vencedora.

Saliente-se, ainda, que a tutela reparatória em virtude da inobservância da razoável duração do processo pode ser de dois tipos: específica e ressarcitória. A tutela específica é cabível enquanto a ação esteja em trâmite e tem por fim garantir o devido andamento processual, quando, por alguma razão ilegítima, obstado pelo Poder Público. A tutela ressarcitória, por sua vez, tem cabi-

mento quando o processo já se encerrou, quando não é mais possível, na prática, assegurar a observância do princípio da duração razoável. Deve, então, a parte prejudicada, demonstrando o dano sofrido, ajuizar nova demanda, com pedido de indenização contra a Fazenda Pública.

Em suma, o direito à duração razoável do processo é ferido tão logo se constate a dilação indevida, sendo desnecessária a demonstração de dolo ou culpa do Estado ou de seus agentes. Contudo, a lesão ao referido direito só gera uma indenização caso a parte pretensamente prejudicada demonstre o dano sofrido. (KOEHLER, 2013, p. 126).

## **11 Conclusões**

Por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi incluído no rol de direitos do art. 5º da Carta Magna o princípio da razoável duração do processo. A inovação é digna de elogios, na medida em que agora consta positivado na Constituição da República dispositivo que assegura a celeridade processual bem como os meios necessários para efetivá-la.

Apesar do importante passo dado pela Emenda, não é fácil, transcorrido quase 10 anos de sua promulgação, visualizar a efetividade do dispositivo, em virtude das mais variadas causas, que vão desde a ausência de infraestrutura do Judiciário até a falta de sistematização do direito processual brasileiro.

Ademais, outro problema que assombra os aplicadores do direito diz respeito ao entendimento do que seria um prazo razoável. Considerando a subjetividade da expressão e a falta de parâmetros para a sua fixação, a doutrina entende ser o melhor juízo o de que não existe um prazo fixo que deva ser entendido como razoável, mas que a razoabilidade da duração do processo deve ser verificada no caso concreto, diante de suas especificidades.

Entretanto, na prática, verifica-se o descumprimento irrazoável do mandamento constitucional, restando irrelevante a discussão acerca da fixação de um prazo razoável, pois a realidade judiciária brasileira é rica em demonstrações de desrespeito à celeridade, de forma acintosa, o que, como já afirmado, é uma verdadeira denegação de justiça.

Nesse passo é que se defende a responsabilização do Estado pela tutela jurisdicional morosa. Atente-se para o fato de que a cultura jurídica nacional não permitia este tipo de responsabilização, sendo assente que o Estado-Juiz somente poderia ser responsável em casos de erro judiciário.

Mas a realidade mostrou situações de completo descaso com os direitos fundamentais dos jurisdicionados, o que provocou uma evolução no pensamento, passando-se a admitir a responsabilização do Estado no caso da prestação jurisdicional tardia.

Qualquer pessoa de bom-senso não pode achar natural que um processo demore anos para ser distribuído perante alguma das Turmas de um tribunal após a interposição de apelação frente a sentença de primeiro grau. Não é fácil para o advogado explicar para seu cliente que, ainda que vitoriosos em primeira instância, terão que aguardar anos para que o processo seja novamente julgado uma vez que a parte contrária ingressou com recurso de apelação que, recebido com efeito devolutivo e suspensivo, impede que qualquer outro ato seja praticado até apreciação da matéria pelo órgão superior competente. (WAGNER JÚNIOR, 2005, p. 14).

Assim, diante dos novos conceitos de acesso à justiça, de dignidade da pessoa humana, de devido processo legal, diante, ademais, do alargamento do rol dos direitos e garantias fundamentais bem como do que se deva entender por prestação jurisdicional justa, o que se sustenta é que o Estado deve ser responsabilizado diante de sua demora na prestação jurisdicional. Pensar de outro

modo é absolutamente ignorar o preceito constitucional que a todos garante a razoável duração do processo.

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da justiça por retardamento da entrega na prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade. (DELGADO apud WAGNER JÚNIOR, 2005, p. 16).

## Referências

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. O direito à duração razoável do processo e a atuação do Poder Judiciário na integração e concretização de preceitos constitucionais. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 16; 2007, Belo Horizonte. Anais eletrônicos. Florianópolis: CONPEDI, 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/zoraide\\_sabaini\\_dos\\_santos\\_amaro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/zoraide_sabaini_dos_santos_amaro.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2013.

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2003.

BARCELLOS, Bruno Lima. *A duração razoável do processo*. Mato Grosso, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art\\_Duracao\\_razoavel\\_processo.PDF](http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Duracao_razoavel_processo.PDF)>. Acesso em: 12 out. 2013.

BASTOS, Antonio Andonias. *O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*.

ção. 2006. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antonioadonias/2013/03/30/o-direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo-e-a-reforma-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 12 out. 2013.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 1, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOTE, Rejane Soares. *A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo*. 2007. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

LARA, Janaína Coelho de. *O prazo impróprio como obstáculo ao cumprimento do princípio da duração razoável do processo elevado a garantia fundamental pela Emenda Constitucional n. 45/2004*. UGE, 2006. Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito. Universidade Gama Filho, Belo Horizonte.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emílio. *Efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo: desafios, possibilidades e perspectivas*. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130420140757.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420140757.pdf)> Acesso em: 12 out. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

———. *A antecipação de tutela*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, n. 17, jul.-set. 2000.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. O princípio fundamental à razoável duração do processo e celeridade de tramitação. *Caderno de Estudos Ciência e Empresa*, Teresina, ano 7, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/O%20PRINC%CDPIO%20FUNDAMENTAL%20C0%20RAZO%20CIVEL%20DURA%20C7%20DO%20PROCESSO%20E%20CELERIDADE%20DE%20TRAMITA%20C7%20C3O.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

MINATEL, Andresa. A razoável duração do processo. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, p. 27-26, jan.-jun. 2008. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-nimep/index.php/direito/article/viewArticle/459>>. Acesso em: 12 out. 2013.

NICOLITT, André Luiz. *A razoável duração do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de processo*, São Paulo, n. 113, 2004.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. *O direito à razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual*. 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1974>>. Acesso em: 12 out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista eletrônica Ânima*, Curitiba, s/d. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/segunda\\_edicao/Humberto\\_Theodoro\\_Junior.pdf](http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2013.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Dever do Estado de indenizar os prejuízos causados pela morosidade no julgamento dos processos*. 21. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 80-87. Material da 5ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – UNIDERP/IBDP/REDE LFG.