

Jurisprudência do STF comentada





Diretor

Desembargador Luis Francisco Aguilar Cortez

Vice-Diretor

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho

Desembargador Dácio Tadeu Viviani Nicolau

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Moacir Andrade Peres

Desembargador Renato Rangel Desinano

Juiz Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa

Coordenadores da obra

Desembargador Décio Luiz José Rodrigues

Juiz Walter Godoy dos Santos Junior

*Décio Luiz José Rodrigues
Walter Godoy dos Santos Junior
(coordenadores)*

Jurisprudência do STF comentada

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Coordenação
Décio Luiz José Rodrigues
Walter Godoy dos Santos Junior

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Diagramação
Nicole de Abreu | Tikinet

Revisão
Lucas Giron | Thiago Silva | Tikinet

Tiragem
525 exemplares

Jurisprudência do STF comentada / Coordenação: Décio Luiz José Rodrigues e
Walter Godoy dos Santos Junior. São Paulo:
Escola Paulista da Magistratura, 2021.

Vários autores.

ISBN 978-65-87080-23-9

1. Direito - coletânea. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Jurisprudência.
4. Comentário.
I. RODRIGUES, Décio Luiz José. II. SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. III. Título.

CDU 347.991(81)(094.9)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB/8 5730



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
CEP 01301-100 - São Paulo - SP
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Prefácio	
<i>Luis Francisco Aguilar Cortez</i>	7
Apresentação	
<i>Décio Luiz José Rodrigues e Walter Godoy dos Santos Junior</i>	9
1. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: substratos materiais à legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal	
<i>Abhner Youssif Mota Arabi</i>	11
2. Inelegibilidades constitucionais	
<i>Daniilo Mansano Barioni</i>	29
3. Anteprojeto da Loman — o novo Estatuto da Magistratura Nacional	
<i>Décio Luiz José Rodrigues e Walter Godoy dos Santos Junior</i>	45
4. Breves comentários sobre a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em matéria penal	
<i>Gláucio Roberto Brittes de Araújo</i>	59
5. Seis anos de “audiências de custódia”: hora de assumirmos responsabilidades	
<i>Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi</i>	83
6. Tendências jurisprudenciais e projetos administrativos do Direito Eleitoral	
<i>Marco Antonio Martin Vargas</i>	95
7. Perspectivas da jurisdição constitucional a partir da Constituição da República de 1988	
<i>Marcos Duque Gadelho Júnior</i>	135
8. Desenvolvimentos recentes do instituto da repercussão geral	
<i>Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro</i>	155
9. Principais precedentes penais e processuais penais da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Interpretação das normas legais pela ótica constitucional. Breve análise	
<i>Paulo Rogério Bonini</i>	173
10. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada e as modificações do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19)	
<i>Rodrigo Capez</i>	193

Prefácio

A Escola Paulista da Magistratura desenvolve, ao lado de sua preciosa função na formação e treinamento dos novos magistrados, inúmeras atividades de estudos jurídicos e aperfeiçoamento profissional.

Destacam-se, entre elas, os núcleos de estudos, integrados por magistrados e magistradas, com o objetivo de aprofundar a análise de temas que permitam aplicação direta na atividade jurisdicional em suas diferentes áreas de atuação. Tais núcleos receberam, com a modalidade a distância, a possibilidade de participação de magistrados de todo o Brasil.

Além dos encontros realizados ao longo do ano, com convidados e debates específicos, as atividades em cada período são concluídas com a seleção e publicação de artigos relevantes, divulgados em obra escrita e digital.

O Núcleo de Estudos em Atualização Jurisprudencial do STF, coordenado com grande brilho e dedicação pelo Desembargador Décio Luiz José Rodrigues e pelo Juiz Walter Godoy dos Santos Júnior, apresenta aqui a conclusão dos seus trabalhos, que permitiu o estudo qualificado de temas enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua competência constitucionalmente atribuída e contou com a presença de convidados ilustres, magistrados e acadêmicos.

Incontestável o incremento das demandas com carga constitucional, a exigir da nossa Suprema Corte grande esforço na interpretação da Constituição Federal, com reflexos imediatos para todo o sistema judicial, a justificar os estudos aqui desenvolvidos nas áreas do Direito Constitucional, Penal, Eleitoral e temas da Magistratura em geral.

Os trabalhos foram elaborados por magistrados com excelente vivência profissional, muitos atuando diretamente nas respectivas áreas escolhidas, aliada à reconhecida profundidade acadêmica, permitindo a difusão do conhecimento jurídico especializado e o aproveitamento desta obra como fonte diária de consulta e pesquisa.

A Escola Paulista da Magistratura agradece e parabeniza a todos que colaboraram para as atividades do Núcleo de Estudos em Atualização Jurisprudencial do STF e para a concretização desta obra, motivo de orgulho para toda a Magistratura.

Des. Luis Francisco Aguilar Cortez
Diretor da Escola Paulista da Magistratura

Apresentação

Conforme reza o artigo 101 da Constituição Federal, complementado por seu parágrafo único, o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Também conhecido como “Pretório Excelso”, o STF é o órgão que analisa, em *ultima ratio*, as mais variadas causas confrontadas com o “dever ser” inserto nas nossas normas constitucionais.

O presente trabalho esmiuçou algumas dessas questões controversas, que dizem respeito a várias áreas da ciência jurídica e abarcam o cotidiano dos operadores do Direito, bem como dos demais cidadãos e pessoas, nacionais e estrangeiras.

Quanto aos direitos fundamentais, há o capítulo denominado “Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: substratos materiais à legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal”, de autoria de Abhner Youssif Mota Arabi, e, quanto ao Direito Eleitoral, Danilo Mansano Barioni abordou as “Inelegibilidades constitucionais” e Marco Antonio Martin Vargas esboçou as “Tendências jurisprudenciais e projetos administrativos do Direito Eleitoral”.

Na área penal, houve preleção sobre “Breves comentários sobre a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em matéria penal”, por Gláucio Roberto Brittes de Araújo, além da referência aos “Principais precedentes penais e processuais penais da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Interpretação das normas legais pela ótica constitucional. Breve análise”, por Paulo Rogério Bonini, não nos olvidando de discorrer sobre “A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada e as modificações do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), conforme nos ensinou Rodrigo Capez, e, quanto às audiências de custódia, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi nos ofereceu aspectos de reflexão sobre “Seis anos de ‘audiências de custódia’: hora de assumirmos responsabilidades”.

Enfocando as “Perspectivas da jurisdição constitucional a partir da Constituição da República de 1988”, Marcos Duque Gadelho Júnior detalhou as principais nuances relativas à matéria e, com os “Desenvolvimentos recentes do instituto da repercussão geral”, Mário Augusto Figueiredo de

Lacerda Guerreiro nos brindou e nós, coordenadores da série de palestras/aulas, Décio Luiz José Rodrigues e Walter Godoy dos Santos Junior, também participamos, focando o tema “Anteprojeto da Loman – o novo Estatuto da Magistratura Nacional”.

Agradecemos a participação de todos os palestrantes/professores/operadores do Direito, em especial o desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, diretor da Escola Paulista da Magistratura, sem ajuda de quem o evento não seria realizado, na pessoa de quem cumprimentamos toda a composição da Diretoria e Conselho desta Escola, bem como todos os funcionários dos mais variados departamentos e setores da “nossa” Escola.

E sempre *ad referendum* dos doutos.

Des. Décio Luiz José Rodrigues
Juiz Walter Godoy dos Santos Junior

Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: substratos materiais à legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal¹

*Abhner Youssif Mota Arabi*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Historicamente, o Constitucionalismo, após a afirmação de Revoluções como a Americana e a Francesa a partir do século XVIII, surgiu como um novo modelo jurídico-político que se colocava como alternativa ao então esgotado modelo absolutista. Elevando fundamentos como a separação de poderes, a garantia de direitos e a limitação do poder exercido, passou-se a estabelecer a Constituição como a norma jurídica base de um ordenamento jurídico, organizando a atuação estatal, fixando princípios e valores a serem observados nas relações políticas, sociais e econômicas dentro daquele Estado e servindo como fundamento de validade, ainda que não necessariamente escrita, para as demais normas jurídicas ali existentes. Junto ao constitucionalismo, desenvolveu-se, ao longo do tempo, a jurisdição constitucional, pela qual se desejava proteger e garantir a eficácia e supremacia da Constituição, atribuindo-lhe vigência efetiva e força normativa irradiante.

Durante muito tempo, o grande debate em torno das questões concernentes à jurisdição constitucional deu-se acerca de quem seria o titular de seu exercício. Tal polêmica foi marcada pelo conhecido debate Kelsen × Schmitt, polêmica esta que teve lugar ao final da República de Weimar, em meados do século XX.

¹ O presente texto é baseado na palestra proferida em 13 de março de 2020 perante o Núcleo de Estudos em Atualização Jurisprudencial do STF, da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e corresponde a uma síntese de parte de outra obra do autor: ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

² Atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), Coordenador do Centro de Mediação e Conciliação do STF e mestrando em “Direito, Estado e Constituição” (linha: Constituição e Democracia), pela Universidade de Brasília (UnB)

De um modo breve, costuma-se sintetizar tal debate ao se dizer que Schmitt³ defendia que a função de guarda da Constituição deveria ser atribuída ao chefe do Poder Executivo, na época, o Presidente do Reich. O controle de constitucionalidade, na visão deste autor, deveria ser feito por um órgão político, dotado de legitimidade popular, e que transmitisse tal legitimidade às suas decisões, de modo que judicializar o controle de constitucionalidade seria uma extravagância.

Já Kelsen,⁴ em vias opostas, defendia a tese de que o controle de constitucionalidade deveria ser exercido por meio da existência autônoma de uma jurisdição constitucional, concretizada por um corpo judicial próprio, uma Corte especializada. Partindo da ideia de que os membros desse órgão deveriam ser autônomos e independentes em relação à atuação político-legislativa, já que não se pode ser juiz em causa própria, o autor defendia que o controle não poderia se dar em pilares políticos, devendo ser feito com base em uma análise jurídica cotejada entre normas, não somente entre fato e norma como preconizava Schmitt. Mantendo a teoria de uma pirâmide normativa, sendo em seu ápice a *norma fundamental*, da qual as normas inferiores devem retirar seu fundamento de validade, far-se-ia necessário, então, a existência de um tribunal constitucional que faria um exame de compatibilidade entre o texto editado e a norma superior, evitando que os poderes eminentemente políticos (Executivo e Legislativo) julgassem suas próprias leis.

Passado mais de meio século do fervor de tal debate pode-se afirmar, a partir dos modelos existentes de controle de constitucionalidade mundo afora, que a posição kelseniana restou vencedora. A existência da jurisdição constitucional, e seu exercício por meio de tribunais constitucionais, revela-se fato difundido em diversos países atualmente, mesmo em alguns de histórica supremacia parlamentar, entendendo-se a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade como imprescindível para o êxito de regimes constitucionais democráticos.

Nesse sentido, diz-se que hoje o conceito de jurisdição constitucional se prende à necessidade de uma instância que exerça suas atribuições na solução de conflitos constitucionais da forma mais neutra e imparcial possível, de modo autônomo e independente do jogo político. Diz-se, assim, que

³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

o embate Kelsen × Schmitt foi superado neste aspecto, no sentido de que quase não se fala mais, nos atuais debates, quanto ao tema em questão, isto é, em atribuir ao chefe do Executivo o papel de guardião da Constituição.

Entretanto, tal debate pode ser retomado quando lhe for atribuído outro viés, que talvez se possa dizer menos formal e mais substancial: quais os limites da ação dos tribunais constitucionais? Em quais campos podem eles agir legitimamente, e em quais não? De onde advém essa legitimidade? A partir dessa perspectiva – já há muito discutida, mas ainda não exaurida –, em lugar de se questionar sobre a existência em si mesma da jurisdição constitucional, passa-se a refletir acerca da legitimidade do exercício de tal poder e de seus limites e fundamentos. Surge, assim, o debate da legitimação das cortes constitucionais, tendo em vista que estas não são corpos democráticos, eletivos ou representativos, não obstante suas decisões afetem diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem.

A discussão quanto à legitimidade dos tribunais constitucionais ganhou força ultimamente e, no exemplo brasileiro, se volta principalmente contra o Supremo Tribunal Federal, em razão do grande número de decisões proferidas por esta Corte sobre assuntos não apenas jurídicos, mas de forte caráter político e muitas vezes moral, os quais dividem a população enquanto corpo eleitoral e que, não raras vezes, contrariam os interesses políticos e sociais de sua maioria. É nesse contexto que começa a ser questionada a legitimidade de tais órgãos judiciais: quando se passa a decidir no âmbito do Judiciário questões que inicialmente se imagina como sendo de caráter proeminentemente Legislativo (o qual se expressa por meio de um processo deliberativo entre representantes democraticamente eleitos e escolhidos pelo corpo social), questionando-se a legitimidade dessa sua atuação. Até que ponto tal interferência é legítima, e até que limite pode se dar sem ameaças ao regime democrático e ao equilíbrio institucional da divisão de competências entre os Poderes são pontos a serem debatidos dentro desse quadro.

É dentro dessa perspectiva na qual tem se desenvolvido a democracia brasileira que, por vezes, se estabelece uma tensão institucional entre os Poderes da República: o exercício da jurisdição constitucional estaria sendo *ativista*, projetando-se sobre assuntos tipicamente políticos e invadindo esferas de competência do Poder Legislativo enquanto órgão de representação política popular. Em razão da atuação

fundamental que tem tido o Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da democracia brasileira, desempenhando papel de suma importância na afirmação de direitos fundamentais e garantias individuais aos sujeitos constitucionais⁵, é que tanto se cobra e se questiona a atuação desta Corte. É inevitável, porém, que se acabe propondo ao Tribunal assuntos controversos em nossa sociedade e de aparências políticas⁶.

Entretanto, não fosse a atuação do STF, pergunta-se: a que ponto estaria, por exemplo, a tutela jurídica dos direitos fundamentais daqueles que por vezes compõem as minorias legislativas? Uma vez provocado, já que o Poder Judiciário não atua de ofício, pode a Corte constitucional se negar a prestar a tutela jurisdicional a alguém que se insurge contra a impossibilidade concreta de exercício de um direito fundamental?

É dentro desse cenário que o presente trabalho se coloca. Partindo-se da distinção entre a atuação legislativa e judicial, procura-se mostrar a imanente tensão existente entre democracia e constitucionalismo e como teria se dado a ascensão institucional do Judiciário nesse contexto. Com efeito, trata-se de figuras que, embora geralmente andem juntas, não necessariamente se implicam uma na outra, e expressam uma relação de limitação mútua: a democracia, tendo como um de seus princípios cardeais o da majoritariedade, encontra como obstáculo os limites impostos pelo constitucionalismo, tais como os direitos individuais e garantias fundamentais, os quais devem ser garantidos ainda que em oposição às vontades

⁵ Faz-se aqui referência ao conceito de sujeito constitucional empregado por Michel Rosenfeld. Tal conceito recebe um tratamento do autor no sentido de ser uma categoria incompleta, sempre aberta. A definição de *eu constitucional*, segundo o autor, não pode se dar sem levar em consideração o outro, e as pluralidades e diversidades inerentes ao mundo contemporâneo. A definição precisa e completa do sujeito constitucional seria, em verdade, impossível, visto que se trata de uma categoria extremamente dinâmica e mutável, exposta aos imprevisíveis rumos que tomará sua respectiva ordem constitucional. São vários os *eus* constitucionais, e entende-se que é nesse sentido que deve-se dar a proteção dos direitos fundamentais pela atuação do Supremo Tribunal Federal (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003).

⁶ Cita-se, por exemplo, o caso do reconhecimento legal das uniões estáveis homoafetivas como um tipo de entidade familiar. O assunto foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADFP 132 e ADI 4.277, ocasião na qual o Plenário da Corte se manifestou pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar preconizada no art. 1723 do Código Civil, dando nova interpretação ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. Para que se desse tal interpretação, inicialmente contrária à literalidade do texto constitucional, preconizou-se pelos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, entre outros, dando maior eficácia a estes direitos fundamentais, de modo a ampliar a incidência da norma e os sujeitos constitucionais aos quais ela se destina.

da maioria. Por outro lado, já que se vive em um regime democrático, não se pode sempre simplesmente ignorar ou não considerar a vontade popularmente manifestada.

É nesse amplo e complexo quadro de tensão entre democracia e constitucionalismo, entre posições majoritárias e direitos fundamentais, entre Judiciário e Legislativo, que se colocam as presentes discussões.

Diz Zagrebelsky⁷ serem duas as condições de exercício da jurisdição constitucional: uma de caráter formal e outra de aspecto mais político-substancial. A primeira condição reflete um aspecto mais formalista quanto ao exercício da jurisdição constitucional: tendo em vista o crescente lugar que o texto constitucional ocupa em nosso sistema jurídico, sendo importante meio garantidor de direitos e liberdades individuais, faz-se necessária a existência de um controle de constitucionalidade. Sendo a Constituição ocupante de um alto posto em nossa ordem legal, é dela o papel de inspiração, ordenação e direção do ordenamento jurídico, da qual este retira validade. Já a segunda condição possui um teor mais material, envolvendo o pluralismo das forças constitucionais e questões como as que concernem à legitimidade e aos limites do exercício da jurisdição constitucional. Enquanto a primeira condição envolve problemas de ordem institucional, têm-se, na segunda, aspectos mais dinâmicos e axiológicos, oscilando em uma mútua interferência entre Direito e Política, e, por consequência, implicações recíprocas entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A relação entre tais campos se intensifica quando o assunto é a Constituição, uma forte estrutura de ligação entre as duas esferas, que mantém as intensas relações entre o jurídico e o político. Daí ser inevitável que decisões jurídico-constitucionais (como muitas do Supremo Tribunal Federal) afetem a política, do mesmo modo que as decisões políticas afetam o jurídico. Não obstante tais implicações e comunicações, é certo que cada um deles tem suas especificidades e distinções.

Nos sistemas políticos modernos, o Poder Legislativo é, em sua maioria, composto por grandes assembleias; primando-se, durante o decorrer do processo legislativo, pela importância da atividade deliberativa. Essas são compostas e estruturadas de modo a representar da maneira mais substancial possível os inevitáveis e sempre presentes desacordos e

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 14.

pluralismos existentes dentro do corpo social. Nesse contexto é que tal Poder desempenha suas funções, fazendo suas deliberações e tomando suas decisões não de modo a atingir um consenso ou chegar a uma conclusão coletiva sobre qual das posições defendidas é a correta, mas pela aferição, por meio de votos individuais, de qual posição que, no momento, possui um maior apoio entre os membros do corpo deliberativo. Esse é um traço típico da atividade política.⁸

Em comparação com a atuação de um tribunal, emergem alguns pontos dignos de maior atenção, a partir dos quais começam a se colocar muitas das críticas que se costuma fazer à atuação do Judiciário. Também as Cortes são estruturadas de modo a permitir a manifestação de visões rivais e opostas (o Judiciário é uma instituição da controvérsia), mas a diferença está na distinção, incorporada no ambiente judicial, entre as partes litigantes e aquele que está munido do poder de decisão (o órgão julgador). São apresentados os pontos de vista contraditórios, cada um tentando mostrar o equívoco da posição contrária ou o acerto da posição defendida. Então, o julgador, ante tais manifestações, retira-se, reflete e retorna ao caso com uma decisão que se pretende ser imparcial ante as declarações realizadas.

Enquanto as partes, diante de um processo judicial, esperam por um juízo imparcial (e o fazem por exercício de um direito), aqueles que comparecem ante a um comitê legislativo, na teoria dos sistemas representativos, já conheceriam de antemão os compromissos e visões partidárias de seus membros. Ou seja, o corpo legislativo, em tese, explicitamente toma suas decisões com base em critérios partidários; esse já é traço esperado no processo legislativo. O contexto de um tribunal colegiado, de que é exemplo o Supremo Tribunal Federal, talvez possa se aproximar de tal situação no sentido de que muitas vezes já se conhece o caminho pelo qual seguirão os votos de determinados Ministros ante a uma controvérsia particular. Entretanto, tal traço é típico da atividade legislativa; e não deveria, aduzem os críticos, ser componente da imagem de um órgão judicial.⁹

⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁹ Waldron chega a afirmar que “[...] parece tão estúpido – contar cabeças e deixar um único voto marginal decidir questões, quando o que está em jogo é um grande problema de princípio ou algum assunto complexo da política. Isso contrasta com o elaborado processo deliberativo das cortes, nos quais os motivos e razões para uma decisão são incorporados no argumento que aparece em julgamento escrito. Um contraste desse tipo é, por vezes, tomado como base para justificar o *judicial review* nos EUA,

Entretanto, a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário se pauta em princípios distintos, em um contexto de diferenciação entre o caráter majoritário da ação política e a necessidade de proteção das garantias individuais e do direito à diferença das minorias políticas em sede da prestação de tutela jurisdicional. Coloca-se, assim, o debate sobre o caráter contramajoritário do Direito e seu importante papel nas plurais sociedades modernas. Em meio a um quadro de grande multiplicidade e diversidade nas sociedades contemporâneas, é preciso zelar também pelos grupos minoritários, para que estes não acabem sendo vítimas de atos de exclusão social e de intolerância, de modo que se garanta o respeito para com o diferente.

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional e Democrático de Direito ainda é o melhor – senão o único – modo pelo qual sejam garantidos os direitos de tais minorias. Nessas democracias, importante papel tem tido o Judiciário com seu traço contramajoritário e o desenvolvimento, dentro de tal paradigma de Estado, de um modelo jurídico-político capaz de se adequar a diferentes contextos e a distintas realidades étnicas, culturais, regionais e religiosas, o que contribui para uma maior justiça social, bem como para um maior reconhecimento efetivo de camadas da população que, *a priori*, se encontrariam excluídas em muitas das esferas sociais.

Porém, ao mesmo tempo em que se afirma um dos papéis do constitucionalismo, surgiria, então, um problema: colocando fim a tais divergências, e orquestrando os interesses contrastantes em um ambiente de “desacordos”, o Direito acabaria por revelar um traço antidemocrático e nada inclusivo: a solução deve ser aceita, quer seus destinatários concordem, quer não; os sujeitos de direito são obrigados a participar de situações que eventualmente julguem injustas e indesejáveis. Essa característica é compreensível quando se trata de direitos disponíveis ou patrimoniais, mas deve ser repensada nas ocasiões em que as soluções propostas acabam por violar direitos e liberdades individuais. Este traço é notadamente claro no âmbito das cortes constitucionais, em que, por vezes, esta é obrigada a se posicionar e decidir frente a um conflito de princípios constitucionais

e para argumentar a favor de mudanças constitucionais que tornariam a legislação vulnerável a um *judicial review* no Reino Unido e em outros lugares. É certo que tal argumento é geralmente utilizado sem muita atenção para o real comportamento dos tribunais. Alguém preocupado com o procedimento do voto também deveria ser influenciado pelo fato de que os votos de cinco ministros derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, não importando a qualidade ou os argumentos por estes levantados” (p. 26; tradução nossa).

afirmativos de direitos individuais e, desse modo, emerge novamente a questão da legitimidade de sua atuação, já que se coloca de modo contrário a algumas posições politicamente majoritárias. É no conflito que essa situação gera entre os Poderes que se verificou uma ascensão do Poder Judiciário no cenário institucional da democracia brasileira, fenômeno que não possui razão única, sendo multifacetado e fortalecido pelo amplo modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

Nesse contexto, aponta-se a existência de um ativismo judicial,¹⁰ pelo qual o Poder Judiciário estaria deliberadamente exercendo atribuições que não lhe competem.¹¹ Alega-se que, ao decidir questões que afirmam ser merecedoras de um tratamento por um órgão representativo e democraticamente eleito, tal poder estaria invadindo esferas de competência do Poder Legislativo principalmente. Entretanto, o fato de o Supremo tomar decisões de caráter mais ativo deve ser visto não como uma opção política do Judiciário, mas como um fenômeno decorrente do desenho institucional e constitucional assumido pela Constituição brasileira. Os juizes, muitas vezes em razão da inércia e omissão legislativa, têm sido provocados, as questões têm sido levadas ao crivo do Judiciário e este não pode se

¹⁰ TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹¹ Pelos registros que se tem, a expressão *ativismo judicial* foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, por Arthur Meier Schlesinger, um historiador norte-americano, em um artigo que se referia à Suprema Corte americana. O contexto era o período do *New Deal*, situação na qual o referido tribunal ocupou papel central na definição de políticas públicas frente a então recente crise econômica mundial, conhecida como a Crise de 29. Não obstante sejam palavras há muito proferidas, a descrição do historiador acerca da divisão que se deu na Suprema Corte merece ser transcrita, dada a sua ainda atual relevância. Deu-se à época a polarização de dois grupos principais dentro daquela Corte: de um lado os liderados pelos *justices* Hugo Black e Willian Douglas, os quais entendiam ser plenamente possível a interferência do Tribunal em questões de políticas públicas; e, de outro, o bloco dos *justices* Felix Frankfurter e Robert Jackson, os quais discordavam da primeira opinião: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atualização do Legislativo mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada [...]” (SCHLESINGER JUNIOR, 1947, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5. Disponível em: <https://bit.ly/3zybUXm>. Acesso em: 25 maio 2021. p. 1446-1447).

negar a decidir; não há alternativa, diante das situações concretas que se impõem, senão pronunciar-se sobre a controvérsia.

Essa noção de *ativismo judicial*, portanto, corresponde a uma mais intensa e alargada participação do Poder Judiciário em áreas de atuação originária típica dos outros dois Poderes, em razão da inércia e omissão destes, bem como da persecução da concretização dos valores e princípios adotados pelo texto magno. Em se tratando de um Tribunal constitucional, tem-se ainda o desenvolvimento de uma jurisprudência dita progressista, principalmente no que tange aos direitos fundamentais e as garantias individuais.

No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são vários os exemplos de importantes assuntos desses tipos que foram judicializados: a possibilidade da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54); a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388); legitimidade dos programas de ações afirmativas e fixação de quotas sociais e raciais para ingresso em universidades públicas (ADPF 186) e do ProUni (ADI 3.330); as condições de uso de algemas (HC 82.424 e a posterior edição da Súmula vinculante nº 11); a vedação ao nepotismo (ADC 12 e a posterior edição da Súmula vinculante nº 12); a instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105); a importação de pneus usados (ADPF 101); possibilidade de uso ou não do amianto (ADI 3.937); além da possibilidade de existência das uniões estáveis homoafetivas (ADPF 132 e ADI 4.277). O que há de comum nesses casos citados é que em todos eles se percebe um certo afastamento dos Tribunais de sua função mais tradicional de aplicação e interpretação da legislação existente e vigente, aliada a uma conseqüente aproximação de um papel mais ativo, que se assemelha à criação do próprio direito.

Partindo da aludida ideia de que democracia se rege principalmente por uma regra de maioria e que o Constitucionalismo contemporâneo se pauta justamente pela igualdade material de todos, pelo reconhecimento de direitos e inclusão de minorias, logo se percebe de que exsurge o mencionado conflito entre as duas esferas. Exsurge daí, como bem descreve Stephen Holmes,¹² um verdadeiro dilema contramajoritário, evidenciado a partir das discordâncias entre políticas majoritariamente ancoradas e as restrições constitucionalmente impostas.

¹² HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 195-240.

Nessa diferenciação, há que se ter a noção de que a democracia não se restringe ao princípio majoritário, de modo que o exercício de uma jurisdição constitucional tal qual exercida nos moldes brasileiros é plenamente compatível com a existência de uma democracia pautada pela separação de poderes, desde que lhe seja conferida uma conotação menos procedimental e mais substancial. Embora às vezes contramajoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática; revelando-se, em verdade, um reforço à implementação dos ideais e valores que uma democracia pressupõe.

Com efeito, o constitucionalismo surgiu justamente com a intenção de retirar certas matérias das vicissitudes e instabilidades iminentes ao jogo político, separando tais matérias tidas como fundamentais e reservando-as para além do alcance das maiorias e das autoridades por elas investidas. Estabeleceram-se, assim, elementos intocáveis dentro das constituições, de modo que o núcleo essencial de direitos fundamentais e de princípios como a separação de poderes e o federalismo foram estabelecidos, pelo próprio constituinte originário, como matérias não extinguíveis por qualquer maioria parlamentar, sendo sua existência independente de qualquer tipo de votação ou eleição.

As cláusulas pétreas, nesse sentido, representam verdadeiras amarras ao poder constituinte reformador, limitando a atuação do legislador e da sociedade, de um modo mais amplo. O estabelecimento de tais limites mais rígidos, os quais devem ser protegidos também pela atuação jurisdicional, ajuda a evitar que a sociedade, atual e futura, tropece em seus próprios pés.¹³

É claro que, com isso, não se quer limitar a possibilidade de posterior alteração do texto constitucional originário, que ao texto da CF/88, por exemplo, já são mais de cem; já que não pode a sociedade, que muda a cada dia, ficar totalmente presa à visão daqueles que originariamente editaram o texto constitucional, elaborado sem que se pudesse prever situações e circunstâncias que futuramente se colocariam. Por mais importante que seja, nenhuma instituição pode ser considerada imutável; nem qualquer direito, por mais fundamental que seja, pode ser tido como eternamente inalterável.

¹³ Idem.

Não obstante, é possível, na linha do que sustenta John Hart Ely,¹⁴ afirmar que mesmo quando as limitações constitucionais e o exercício de sua guarda pelas cortes constitucionais se contraponham às maiorias democráticas, elas são apenas antimajoritárias, reforçando o regime democrático em seu aspecto substancial, sobretudo quando se volta à afirmação de direitos fundamentais. Nesse sentido, qualquer ato legislativo que ameace os citados núcleos intocáveis das Constituições constitui, em verdade, uma ameaça ao regime democrático, por maior que eventualmente seja seu apoio popular entre as maiorias eleitorais. Assim, ao retirarem vigência e validade de tais normas, as Cortes, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, atuam em reforço ao sistema democrático, embora contrariem o aspecto majoritário, um dos traços fundamentais – porém não o único – de tal regime.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, fixado pelas diretrizes e princípios constitucionais, alguns direitos dos cidadãos emergem, de fato, desde um governo representativo, exercido majoritariamente. Outros, porém, devem ser separados de tal cenário, como uma forma de estabelecer limites à atuação política, possibilitando a um órgão judiciário autônomo a possibilidade de retirar do ordenamento jurídico aquelas leis ou atos normativos que violem tais direitos e princípios constitucionalmente abrigados como não extinguíveis, ainda que estes sejam estabelecidos por normas de status constitucional (emendas constitucionais) e mesmo que possuam amplo apoio majoritário popular. O próprio princípio da separação de poderes, que no início de sua formulação política era visto com uma função de reforço dos poderes, adquiriu, ao longo do tempo, outra função igualmente importante, que é a da própria sustentação da democracia, pela limitação que um poder exerce sobre o outro.

Nesse cenário, é papel irrenunciável das cortes constitucionais, do Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro, a guarda e a defesa da Constituição, como esta mesma bem assegura. Guardar a Constituição é sim zelar para que esta não seja alterada de modo a ofender a si mesma (ou seja, é necessário o controle independente de emendas constitucionais). Guardar a Constituição significa também zelar para que leis e atos normativos infraconstitucionais não venham de encontro ao que ela postula. Entretanto, guardar a Constituição é, precíua e fundamentalmente,

¹⁴ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

assegurar que os princípios, valores e ideais que norteiam a Constituição Federal sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão, no convívio da sociedade. Direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, direito a um meio ambiente equilibrado, à saúde, educação, segurança, cultura, lazer; enfim, todo o extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais enumerados pelo texto constitucional, devem ser guardados pelo STF, mas não só por esse observados. Ou seja: esses direitos são garantias dos cidadãos e não apenas competência privativa de um determinado órgão ou poder, devendo ser observados durante toda a atuação dos órgãos e poderes da República, independentemente de tratar-se de atividade típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Não obstante essas premissas, ao longo da história recente da democracia brasileira, tem-se notado, não raras vezes, o desrespeito por parte do Estado, em especial dos Poderes Executivo e Legislativo, às garantias constitucionais e aos direitos individuais dos cidadãos. Tal desrespeito, quando não se dá de forma explícita e comissiva, revela-se também de forma velada e, principalmente, não por atos praticados pela administração pública, mas justamente por sua omissão e inércia. É precipuamente pela omissão voluntária e consciente dos outros poderes que tem ocorrido o desrespeito ao texto constitucional ao não assegurar as garantias e direitos ali previstos e, muitas vezes, carentes de regulamentação.

Assim, mesmo que se considerasse que, ao regulamentar matérias nas quais são omissos os outros Poderes, o Judiciário estaria exercendo competências que não lhe competem, pelo não exercício das funções, primária e teoricamente, atribuídas a um determinado Poder ou órgão específico, criando-se um certo vácuo de poder, cujo exercício não é facultativo, mas tido por obrigatório dentro do texto constitucional. Esse quadro, principalmente quando envolve questões concernentes ao exercício de direitos individuais, não pode subsistir, sob pena de comprometimento da própria existência do Estado Democrático de Direito.

Foi também diante desse vácuo, e da inconstitucional omissão dos poderes Executivo e principalmente Legislativo, que se deu a ascensão institucional do Poder Judiciário, o qual, pela judicialização dos conflitos, adquiriu papel de maior importância no cenário da democracia brasileira. O exercício de atribuições condicionantes à asseguarção de direitos e de cidadania não pode ser inexistente; inadmite-se, em um Estado Democrático de Direito, tal vázio. Consciente da importância dessas atribuições indispensáveis à democracia e à cidadania, o Judiciário, ante

a negativa de seus titulares primeiros, e dos casos que lhe foram levados, preocupou-se em exercê-las.

Ademais, essa atuação judiciária ativa é de fundamental importância à definição do alcance das normas fundamentais e da amplitude do *sujeito constitucional*,¹⁵ diante da abertura e incompletude inerentes a esse conceito. De fato, sob essa perspectiva, a verdadeira efetividade dos direitos fundamentais só se dá pelo enraizamento do constitucionalismo em todas as dimensões da vida social, não havendo democracia ou soberania popular sem os limites constitucionais estabelecidos às vontades da maioria, nem constitucionalismo sem a devida consideração da legitimidade popular e democrática. Nesse sentido, a atuação firme e independente dos tribunais constitucionais é de extrema relevância à construção da própria identidade constitucional democrática.¹⁶

Desse modo, o exercício da cidadania, que se dá pela concretização de direitos declarados constitucionalmente, não pode continuar a ser deliberadamente condicionado ao voluntarismo do legislador em realizar ou não suas prestações públicas materializadoras de tais direitos. Assim que ascendeu o Judiciário e é em nome desses valores que este tem legitimamente atuado. A atuação dos tribunais reflete, assim, uma constante tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia, categorias que, embora pareçam opostas, constroem-se reciprocamente e se justificam democraticamente dentro de uma acepção material e substancial do regime político vigente.

De outro lado, a atribuição de determinada competência ao Poder Legislativo não representa, por si só, um automático e necessário incremento

¹⁵ ROSENFELD, op. cit.

¹⁶ Nesse sentido, colhe-se a seguinte lição de Michel Rosenfeld, em referência ao cenário institucional dos Estados Unidos: “Assim não é possível que se apreenda um quadro adequado da identidade constitucional com longa corrente de interpretações e elaborações que perpassa dois séculos de decisões da Suprema Corte. No entanto, a legitimidade desse quadro mais amplo foi vigorosamente contestada, por exemplo, pela tentativa de um recente Procurador-geral de minimizar a importância das decisões da Suprema Corte na conformação da identidade constitucional do país, ao proceder a uma distinção entre ‘a Constituição’ e o ‘Direito Constitucional’. Mas mesmo os mais exaltados originalistas, textualistas e puristas não foram capazes de simplesmente repudiar o legado da Suprema Corte (ou não desejaram fazê-lo) em suas tentativas de limpar a identidade constitucional de todos os excessos e impurezas. Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam a destruir a identidade constitucional?” (ROSENFELD, op. cit., p. 19-20).

de legitimidade popular à sua execução. Ademais, mesmo que assim fosse, o controle de constitucionalidade, sendo uma competência bastante afeita à defesa de direitos e garantias fundamentais, muitas vezes atinentes a grupos minoritários, deve se guiar por lógica diversa, a partir de fundamentos de validade próprios de uma lógica deliberativa específica. Há que se separar, quando se trata de direitos e garantias individuais, a soberania popular e a soberania constitucional; esta serve, e deve mesmo servir, como limite àquela. Em uma democracia constitucional, nem tudo pode ser decidido de forma majoritária ou eletiva, sob pena de estarem sob sérios riscos os valores constitucionalmente estipulados pela ordem constitucional vigente.

Destaca-se aqui, uma vez mais, a importância da atuação de uma Corte independente politicamente e que possa, quando necessário, agir de forma contramajoritária. Garante-se, assim, mesmo dentro de uma democracia majoritária, também os direitos fundamentais de minorias, as quais, muitas vezes, possuem baixa representatividade parlamentar, o que dificulta o tratamento de muitas de suas carências e demandas.

Não se nega aqui a ascensão institucional do Poder Judiciário no cenário democrático da República brasileira. De fato, os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm ocupado cada vez mais posto central em nossa democracia, tendo estado mais presente na vida da população. Suas decisões passaram, muitas vezes, a envolver questões de difícil solução e que dividem fortemente a opinião não só dos representantes políticos, mas da própria população em geral. No momento em que o Judiciário começa a ingressar em campos temáticos que envolvem tensas e complicadas discussões de ordem política, moral, ideológica e religiosa, nascem os questionamentos sobre a legitimidade dessas decisões, e até que ponto elas podem chegar.

Não se pode perder de vista, porém, que esse crescimento da importância do Judiciário no cenário democrático nacional não se deu por uma mera conduta voluntária ou invasiva desse Poder. Tal ascendência se deu ante a inobservância das atribuições legais e constitucionais dos outros Poderes.

Desse modo, instaurou-se um plexo de poder não exercido, instituindo um quadro cuja persistência comprometeria a efetividade do texto constitucional e a própria subsistência do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais. Iniciou-se, assim, uma maior judicialização dos conflitos enfrentados cotidianamente em razão de tal omissão, fenômeno pelo qual a própria população – e, por

vezes, os próprios parlamentares e partidos – levava ao crivo do Judiciário as questões que julgava coerentes e os direitos que tinham por violados.

O Judiciário, ante a impossibilidade de negar-se a decidir, e após frustradas tentativas de estabelecimento do diálogo entre os Poderes, começou a proferir decisões que afetavam esferas de poder que inicialmente seriam de competência de outros Poderes. Essa atuação, porém, não é antagonista aos princípios democráticos; mas antes é reforço de sua substancialidade.

Deveras, os Estados atuais somente são materialmente legítimos se garantem a seus cidadãos estabilidade e respeito aos direitos fundamentais, legitimidade esta que não necessariamente exsurge do procedimento democrático formal. Isso porque os novos desafios da democracia passam a surgir, cada vez mais, não de inimigos externos, mas de dentro dela mesma. Assim, a mera validade procedimental conferida pelo processo de representação, pautado essencialmente no princípio majoritário, não mais basta à legitimação democrática, visto que se criou a consciência de que é preciso proteger as minorias das vontades majoritárias, resguardando também os direitos daquelas pela atuação contramajoritária que se atribui ao Judiciário, cujos órgãos são de fundamental importância nesse novo e emergente conceito mais material de democracia.

Desse modo, a mera invocação de apoio da soberania popular, expressa por meio de uma vontade majoritária, não basta à legitimação de um órgão ou de sua atuação. Primeiro porque nem todos são representados pelo Parlamento, e esse fato de haver pessoas sem voz política efetiva afeta a legitimidade substancial do procedimento democrático representativo. Depois, porque a simples aclamação da representação já não é mais suporte à alegação de que esta constitui modo eficaz de viabilizar o autogoverno, tendo em vista a grande dimensão dos atuais corpos populacionais.

Assim, passa-se a falar em um conceito mais material e substancial de democracia, superando a representação como única fonte de legitimação. Separam-se os conceitos de democracia e representação como diferentes, sendo esta, junto ao seu inerente princípio majoritário, necessária àquela como forma de legitimação formal, embora não seja elemento suficiente. É preciso também que uma democracia produza resultados práticos, implicando em uma igual consideração entre os membros de uma comunidade, façam eles parte ou não da maioria. Surgiu, desse modo, a necessidade de formulação de novos mecanismos protetores dos

direitos individuais e fundamentais, ante a insuficiência do procedimento majoritário de representação.

Tão importantes quanto seus aspectos formais, o núcleo principiológico e material principal da democracia deve ser também evidenciado, eis que se revela como de extrema importância para sua própria justificação e legitimidade. Os aspectos formais do significado de uma democracia não podem se sobrepor à sua essência material; não basta a preocupação com a distribuição e divisão dos poderes, sendo importante também a preocupação com os resultados concretos e materiais obtidos.

É nesse sentido que se coloca a atuação das Cortes constitucionais, a qual muitas vezes se revela antimajoritária, mas nem por isso deixa de ser essencialmente democrática. Considerando essa visão mais material, os tribunais constitucionais fortes se mostram, muitas vezes, mais democráticos do que outros órgãos constituídos por meio de eleição. Uma concepção de uma democracia mais forte substancialmente é mais constitucionalmente satisfatória do que uma visão mais restrita e formalmente limitada.

É preciso superar a acepção padrão e tradicional de democracia, pela qual se entenderia que esta se define por um conjunto de regras do jogo eleitoral e político anteriormente definidas, e pela representação, que fundamenta a atuação de partidos políticos e seus candidatos. Nesta visão, o jogo político assim se resume: se as políticas realizadas tiverem repercussão positiva, os políticos e seus partidos serão reeleitos, dando continuidade ao que se vinha fazendo; se não, estes provavelmente não terão bons resultados nas eleições seguintes, abrindo uma chance para os opositoristas. Além disso, somente nos casos em que os políticos violem as regras do jogo ou excedam os poderes imanes aos seus mandatos, abrir-se-ia a possibilidade do *judicial review*, realizado por juízes e tribunais, os quais exigiriam que se desse um passo atrás, atendendo às formatações constitucionais.

Entretanto, os juízes e membros dos Tribunais não são democraticamente eleitos, e devem lidar com a dificuldade contramajoritária em sua atuação, pela qual os políticos, com seus mandatos representativos e majoritários, devem ser contidos por julgamentos antimajoritários, a fim de garantir os direitos de minorias e as próprias instituições democráticas, protegendo-os dos excessos da representação e das puras vontades das maiorias. E, como visto, daqui exsurge a preocupação de que juízes não eleitos estariam usurpando o poder político ao exercer atribuições que, em tese, foram reservadas a instituições democráticas representativas e majoritárias.

Em comparação a esse modelo padrão e mais tradicional de democracia, regimes nos quais o Judiciário possui uma função mais ativa podem parecer antidemocráticos, uma vez que definições políticas estariam advindo de um órgão com restrita *accountability* eleitoral e constantemente fazendo com que os órgãos eletivos e detentores dessa legitimidade formal mudem suas condutas de acordo com a interpretação que se dê à Constituição. Entretanto, uma vez mais se afirma ter, em verdade, um verdadeiro reforço dos princípios materiais de sustentação de uma democracia. Daqui ressaem, por exemplo, os substratos materiais para a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisões que não podem mais ser adiadas, visto que intencionam garantir e concretizar os princípios norteadores da Constituição Federal e muitas vezes ampliá-los, estendendo o alcance da sempre aberta figura do sujeito constitucional, promovendo inclusão e atendendo aos fundamentos substanciais do regime democrático vigente. É claro que com tamanhos poderes e atribuições, deve ser também presente uma maior responsabilidade no exercício destes; necessitando também o Judiciário de uma *accountability* judicial, não estando tal Poder fora do dever de prestar contas e de se sujeitar a controle administrativo, financeiro e disciplinar.¹⁷

Toda essa situação reflete uma constante e inerente tensão entre constitucionalismo e democracia. Esta última, por dar grande importância a posicionamentos de maioria, acaba conflitando com aquele, o qual se pauta em princípios e regras que se pretendem universais, não apenas majoritários, mas garantidos a todo e qualquer cidadão. Nesse sentido é que se faz preciso uma postura contramajoritária das cortes constitucionais, sobretudo pela função essencial que assume para a promoção e concretização dos direitos fundamentais.

Mais do que garantir a prevalência da opinião da maioria, é importante que numa democracia, todos, e não só a maioria, possam participar do jogo democrático, e, nesse sentido, ao garantir direitos também a minorias, não age o Judiciário de forma antidemocrática. Não há como dissociar um regime democrático do conjunto de direitos fundamentais sobre o qual este se estrutura.

¹⁷ Nesse sentido é que, por exemplo, se tem feito importante a atuação de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, que imponham ao Judiciário mecanismos de controle e *accountability* de sua atuação. Sobre o assunto, conferir: ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário. *Caderno Virtual – IDP*, v. 1/2012, n. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3yu2riw>. Acesso em: 26 maio 2021.

É preciso repensar a democracia, é preciso repensar a atuação do Legislativo brasileiro, reforçando tais ideias com o importante papel democrático que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado. Ainda que presentes mecanismos como eleições, representação e a ratificação de maiorias, sem uma igual consideração e respeito aos novos e emergentes participantes do jogo político e democrático, não pode haver legitimidade; não pode haver verdadeira democracia.

Referências bibliográficas

ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário. *Caderno Virtual: IDP*, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em <https://bit.ly/3DtGQKQ>. Acesso em: 26 maio 2021.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1458. Disponível em: <https://bit.ly/38rOcQW>. Acesso em: 25 maio 2021.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.

Inelegibilidades constitucionais

Danilo Mansano Barioni

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

Estes breves apontamentos escritos surgem como resultado da exposição feita na Escola Paulista da Magistratura no dia 23 de julho de 2021, ao ensejo das discussões propostas no 2º Núcleo de Estudos de Atualização Jurisprudencial do STF.

A ideia inicial era tratar das inelegibilidades de uma maneira ampla, mas a dimensão do tema recomendou delimitar a abordagem e, após uma rápida sistematização das condições de elegibilidade e das inelegibilidades previstas na Constituição da República, pontuar alguns casos recentes que efetivamente estejam a reafirmar ou, noutra linha, redimensionar diretrizes já consolidadas, tanto no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, quanto do Supremo Tribunal Federal.

Já aqui, ao falarmos de redimensionamento de diretrizes jurisprudenciais, impõe destacar o peculiar alcance dado ao princípio da anterioridade (ou anualidade) eleitoral, tal como preconizado no art. 16 da Constituição da República, pois abrange não somente as leis que porventura venham alterar o processo eleitoral, mas também as resoluções editadas pelo TSE no exercício do seu reconhecido poder normativo e – **aqui sim algo incomum** – as decisões da Corte Superior Eleitoral, ou da própria Corte Constitucional, que venham representar mudança jurisprudencial nesta específica matéria.

Este é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 637.485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, sob o regime de repercussão geral (tema 564 – 01/08/2012), no qual, entre as teses firmadas, assentou-se que

as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao

caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Recentemente este entendimento vinculante foi reafirmado pelo Ministro Gilmar Mendes ao deferir liminar na ADPF 776, ajuizada pelo Progressistas, suspendendo o entendimento do TSE no julgamento do AgR–RO–EI n. 0608809-63.2018.6.19.0000/RJ no sentido de que

O efeito suspensivo do recurso ordinário eleitoral – nos casos de cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo – é ope legis, conforme preceitua o § 2º do art. 257 do CE, não se estendendo, contudo, à inelegibilidade decorrente da condenação.

O argumento do Partido, acolhido pelo Ministro, é de que o entendimento do TSE sempre foi no sentido de que o Recurso Ordinário previsto no artigo 257, § 2º, do Código Eleitoral (Lei 4737/1965), tinha efeito suspensivo **amplo e automático** quando a decisão questionada acarretasse cassação de registro, afastamento de titular ou perda de mandato eletivo, **inclusive quanto à inelegibilidade**.

Ao passar a entender que tal efeito suspensivo não abrange a inelegibilidade – o que ocorreu somente a partir de novembro de 2020 – modificou substancialmente sua orientação, de modo a ferir a anterioridade eleitoral, não podendo ser aplicado aos casos referentes às eleições municipais de 2020.

2. Capacidade Eleitoral e distinção básica entre as causas de inelegibilidade constitucionais e infraconstitucionais

Feita esta digressão, pertinente para dimensionar o alcance prospectivo de eventuais mudanças jurisprudenciais adiante tratadas, assento que a capacidade eleitoral consiste, em linhas gerais e palavras singelas, na aptidão de votar e ser votado.

A capacidade eleitoral ativa, ou seja, a aptidão para votar, é amplíssima, excetuados apenas os estrangeiros e os conscritos, enquanto durar o serviço militar obrigatório, sendo o voto obrigatório, como regra, e facultativo aos maiores de 16 e maiores de 18, aos maiores de 70 anos e aos analfabetos.

Ao tratarmos dos requisitos de elegibilidade estamos adentrando no âmbito da capacidade eleitoral passiva, vale dizer, do direito de disputar cargos públicos eletivos, direito público-subjetivo que, embora deva ser prestigiado, encontra condicionantes muito maiores do que o direito de votar, justificadas e justificáveis, dada a relevância e natureza dos cargos almejados.

É tratada no art. 14, § 3º, da Constituição da República, exigindo-se: nacionalidade brasileira, exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima.

A plena capacidade eleitoral passiva – segundo a sistemática constitucional em vigor – somente será atingida pelo brasileiro nato, após completar 35 anos de idade, e serão sempre inelegíveis os estrangeiros, analfabetos e os conscritos.

A par destas condições, há restrições à capacidade eleitoral passiva no próprio texto constitucional e em Lei Complementar nele encomendada, nos termos do art. 14, § 9º, regulamentado pela LC 64/1990, com as alterações trazidas pelas Lei 135/2010, apelidada de Lei da Ficha Limpa, sempre com vistas a

proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Como regra, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de candidatura, e aqui surge a distinção fundamental entre as inelegibilidades constitucionais e as inelegibilidades infraconstitucionais ou legais, pois somente as primeiras não precluem, podendo ser arguidas antes ou depois da fase de registro de candidatura, e mesmo depois das eleições, por meio do RCED.

Ou seja, a causa de inelegibilidade infraconstitucional existente à época do registro e não invocada por quaisquer dos legitimados no prazo de impugnação ao registro de candidatura, tampouco reconhecida de ofício pelo magistrado eleitoral (Súmula 45 do TSE) preclui, não podendo mais ser arguida como óbice à capacidade eleitora passiva.

Contudo, sendo ela de índole constitucional, ainda assim poderá ser arguida.

A propósito, a Súmula 47 do Tribunal Superior Eleitoral, interferindo especialmente

a inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra a expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, e que surge até a data do pleito.

Havendo **causa de inelegibilidade prevista na Constituição**, o Ministério Público eleitoral ou qualquer outro legitimado, ainda que não a tenham arguido em sede de impugnação, poderão recorrer da decisão do juiz que o tenha deferido. No caso de causa infraconstitucional, não.

O que aqui estou dizendo não se confunde com o disposto no artigo 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, com redação que passou a vigorar a partir de 2009 com a Lei 12.034, essa regra que consagra diretriz interpretativa, mas raciocínio inverso. Diz o artigo:

as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Chamo atenção para a distinção: estávamos a falar sobre a possibilidade de arguição e conhecimento das hipóteses de inelegibilidade.

Aqui a hipótese é inversa.

Falamos de modificação nas condições fáticas ou jurídicas posteriores ao registro e que **afastam** a hipótese de inelegibilidade PRESENTE à época do registro.

Conforme entendimento firmado pelo TSE “a data da diplomação é o termo final para se conhecer de alteração fática ou jurídica superveniente ao registro de candidatura que afaste a inelegibilidade” (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060008754, Acórdão, minha relatoria, Publicação:

DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 52, Data 23/03/2021; RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060075853, Acórdão, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 18/12/2020).

A literalidade do artigo acima referido levaria à conclusão de que somente as modificações nas situações fáticas ou jurídicas que afastem a inelegibilidade poderiam ser consideradas até a data da diplomação.

A jurisprudência do TSE tem admitido, contudo, que uma vez debatidas nas instâncias ordinárias as causas de inelegibilidade que, no momento da apreciação do registro tenham sido superadas por circunstâncias de fato ou de direito supervenientes, novas alterações poderão ser conhecidas em instância recursal ordinária ou especial, desde que tenham ocorrido até a data da diplomação, ainda que venham acarretar a inelegibilidade, dada a necessidade de prestigiar a razoável duração do processo e a prioridade que se tem para a estabilização das relações eleitorais.

Após a diplomação, não tem sido admitido o conhecimento de quaisquer destas modificações supervenientes.

3. Das inelegibilidades constitucionais

Passo à análise, uma a uma, das causas de inelegibilidade previstas na Constituição, que vêm indicadas a partir do § 4º do artigo 14, que já se apresenta consagrando um truísmo ao dizer inelegíveis os inalistáveis – estrangeiros e conscritos – e os analfabetos.

Aqui não se suscitam debates maiores. A primeira das hipóteses é intuitiva, pois os inalistáveis não podem sequer votar (capacidade eleitoral ativa), não sendo sequer elegíveis.

Os analfabetos, por seu turno, não teriam condições de exercer cargos eletivos de qualquer natureza, seja no legislativo, seja no Executivo, dada a limitação presumível daquele que não sabe ler ou escrever, ainda que de forma precária.

A propósito, o TSE editou as Súmulas 15¹ e 55², a primeira assentando que o exercício de mandato eletivo anterior, por si só, não comprova

¹ “O exercício de mandato eletivo não é circunstância capaz, por si só, de comprovar a condição de alfabetizado do candidato”.

² “A Carteira Nacional de Habilitação gera a presunção da escolaridade necessária ao deferimento do registro de candidatura”.

a condição de alfabetizado do candidato e a segunda assentando a presunção de escolaridade suficiente ao deferimento do registro daquele que possui CNH.

Nos §§ 5º e 6º do artigo 14 a Constituição traz o que passou a ser tratado como inelegibilidade por motivos funcionais, *verbis*:

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997).

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

Com redação determinada pela “emenda da reeleição”, o §5º deixa margem a algumas interpretações divergentes, de modo a acarretar debates intensos, recorrentes e em alguns casos que não se apaziguam.

À técnica nem sempre ideal do legislador, soma-se à criatividade do brasileiro que, especialmente no campo eleitoral, não tem limites.

Nessa linha, não tardou a surgirem os chamados “prefeitos itinerantes” ou “prefeitos profissionais”. Ora, o texto constitucional não veda expressamente, então, o que impediria um “vacionado” de, após dois mandatos de prefeito no município “A”, ao fim do segundo mandato desincompatibilizar-se, transferir seu domicílio eleitoral para o município “B”, e ali continuar a exercer seu ofício?

A jurisprudência do TSE admitia tal proceder, entendendo que a vedação à reeleição se limitaria ao mesmo cargo, no mesmo município.

A partir de dezembro de 2008 houve mudança no entendimento da Corte Eleitoral. No caso paradigma e que acabou por ter RE admitido e julgado sob a sistemática da repercussão geral, o Prefeito do Município de Rio das Flores-RJ, nos períodos 2001-2004 e 2005-2008, transferiu seu domicílio eleitoral e, atendendo às regras quanto à desincompatibilização, candidatou-se ao cargo de Prefeito do Município de Valença-RJ no pleito de 2008.

No RE 637.485/RJ, (Rel. Min. Gilmar Mendes, tema 564, 01/08/2012), o Supremo Tribunal Federal assegurou a diplomação do recorrente no caso concreto, cunhando a tese já referida no sentido de que

as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Mas definiu a questão constitucional, em caráter vinculante, no sentido de a proibição da segunda reeleição, que emerge do art. 14, § 5º, é absoluta e torna inelegível para cargo de mesma natureza quem já tenha exercido dois mandatos consecutivos, ainda que em ente diverso da federação:

(2.1) o art. 14, § 5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso.

Eis a interpretação que, inequivocamente, prestigia o princípio republicano e a alternância de poder, sem desprestigiar a continuidade administrativa, fundamento da introdução da reeleição na sistemática eleitoral brasileira.

No § 6º verifica-se a questão da desincompatibilização imposta aos chefes do Poder Executivo para concorrer a cargo diverso do que ocupam. Ainda que se pudesse imaginar que a razão de ser de um dispositivo com esse teor tenha relação com o próprio fundamento reeleição, qual seja, a continuidade administrativa, parece afrontar a tal ponto a lógica elementar que não se justifica.

A razão de ser da desincompatibilização, esta sim evidente e absolutamente louvável, é prevenir que quem esteja no exercício de cargo público executivo não se valha desta posição para beneficiar-se e obter qualquer vantagem em relação aos demais concorrentes, pois a legislação

eleitoral, de maneira geral, deve sempre ser pensada para prestigiar a igualdade de chances.

Ou bem a regra vale para concorrer a qualquer outro cargo e para a reeleição ao mesmo, ou não deveria valer para nenhum. **A razão de ser da norma, evidentemente, indica que a desincompatibilização deveria ocorrer para qualquer nova postulação.**

Aqui, contudo, não há celeuma, só falta de lógica.

Questão extremante controvertida, doutra parte, e que não encontra acomodação nas Cortes, sendo rediscutida de tempos em tempos, diz respeito aos “Vices”, seja sob a ótica da reeleição, nos casos em que houverem substituído ou sucedido os titulares, seja sob o aspecto da desincompatibilização.

O art. 14, § 5º, da Constituição diz, textualmente, que os titulares de cargo executivo ou quem os “[...] *houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente*”.

O vocábulo “substituído”, como regra, tem sentido unívoco, ideia que aqui me parece reforçada na medida em que vem estampado após conjunção alternativa “ou”, em distinção ao vocábulo “sucedido”, que lhe é anterior.

Pela literalidade do que ali consta, lógico seria intuir que o legislador quis consagrar coisas distintas e abarcar qualquer hipótese de assunção do cargo pelos “vices” para fins de atração da causa de inelegibilidade, tanto a substituição, temporária por natureza, quanto a sucessão, definitiva.

A discussão ganhou maior destaque quando o ex-governador Geraldo Alckmin por duas vezes foi eleito vice-governador na chapa de Mário Covas, assumiu o governo no primeiro mandato, em substituição ao titular, e sucedeu no segundo, com a morte de Mário Covas, lançando candidatura à reeleição no pleito seguinte.

Na ocasião, impugnada a candidatura com base no art. 14, § 5º, tanto o Tribunal Superior Eleitoral, quanto o Supremo Tribunal Federal entenderam por deferir o registro na medida em que não estaria caracterizado o terceiro mandato. Na ementa do RE 366.488-3, de relatoria do Min. Carlos Veloso, ficou assentado que “o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo” (J. 04/10/2005).

Em 2009, analisando questão similar, sob o enfoque do mesmo dispositivo constitucional, o TSE manteve a mesma linha quando do

julgamento do REsp. 245-60/MA, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, assentando que assunção do cargo executivo pelo Vice, em caráter temporário, não configuraria atraindo a inelegibilidade prevista no art. 14, § 5º, da Constituição.

Tanto o TSE quanto o STF, portanto, deram ao dispositivo constitucional leitura diversa da literal.

Atualmente, contudo, ambos os Tribunais vêm entendendo que

o vice que assume o mandato por sucessão ou substituição do titular dentro dos seis meses anteriores ao pleito pode se candidatar ao cargo titular, mas, se for eleito, não poderá ser candidato à reeleição no período seguinte. (REspe 222-32/SC, rel. Min. Henrique Neves da Silva, publicado em sessão de 16/11/2016, grifo nosso)

Para as Eleições 2020, em hipótese bastante similar ao caso dos autos: REspe 0600147-24/GO, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, sessão virtual de 16 a 18/12/2020, com embargos declaratórios julgados na sessão virtual de 5 a 12/3/2021. No mesmo sentido, REspe 0600162-96/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, sessão de 15/12/2020.

Aqui surgem dois elementos antes não considerados: **a)** inclui-se a substituição, antes atenuada, como suficiente à atração da inelegibilidade; **b)** estipula-se que tal óbice decorrente da substituição está vinculado a ter ela ocorrido nos seis meses anteriores ao pleito.

E aí, emerge a questão: De onde surgiu esse prazo de seis meses?

Na Constituição não há. Veja-se que o § 5º não faz menção a prazo qualquer e o § 6º, que trata de desincompatibilização, não de assunção de cargo, sequer toca na questão dos “vices”, referindo-se somente aos titulares dos cargos.

A interpretação que tem prevalecido, ao menos segundo entendo, efetivamente, não encontra respaldo constitucional.

Busca substrato no art. 1º, § 2º, da Lei Complementar nº 64/1990, que dispõem, válida ou invalidamente, vejamos mais tarde, suprimindo lacuna constitucional, o seguinte:

o Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos,

preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular.

Tal questão despertou recente e interessante debate no Tribunal Superior Eleitoral. No julgamento do Arg. Resp. 0600222-82, o Vice-Prefeito do Município de Cachoeira dos Índios/PB, substituiu o prefeito pelo período de nove dias, de 31/08 a 08/09/2016. Elegeu-se prefeito naquele mesmo ano e em 2020 pretendeu disputar a reeleição.

O Min. Luis Felipe Salomão votou por indeferir o registro, entendendo incidente a hipótese de inelegibilidade do art. 14, § 5º da C.F, pois a substituição no ano de 2016 ocorreu dentro dos seis meses que antecederam a primeira eleição.

O Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto divergente, destacando algumas questões que parecem bastante interessantes:

a) O sistema jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica e coerente; b) a função constitucional precípua do vice, é substituir o titular quando houver necessidade, sendo ilógico, quando tal substituição se dá em caráter efêmero e transitório, impor-lhe restrição à capacidade eleitoral passiva; c) não pode a Lei Complementar ser usada para ampliar norma de inelegibilidade expressa na própria Constituição, pois o § 9º do artigo 14 a autoriza a prever **outras** hipóteses de inelegibilidade, não ampliar as já reguladas no texto constitucional;

Concluiu o Ministro, portanto, que a assunção de cargo executivo pelo vice, desde que de modo efêmero e transitório, **independentemente do período em que isto ocorrer**, não atrai a inelegibilidade do artigo 14, § 5º, deferindo, no caso, o registro.

O julgamento foi finalizado por 5x2, no caso concreto, mantida a inelegibilidade, com ressalva do Ministro Mauro Campbell Marques no sentido de que adere ao raciocínio último, mas por implicar virada jurisprudencial o aplicaria somente para as próximas eleições.

O que ficou claro no julgamento foi que a posição que permaneceu majoritária tem como “dogma” não o termo “substituição”, mas o prazo de seis meses.

Tanto é assim que no RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 0600078-27, relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, com acórdão publicado em março último, a Corte Eleitoral reafirmou que

No caso dos autos, o recorrente: (i) na condição de segundo colocado ao cargo de prefeito no Município de Belterra/PA, nas eleições de 2012, assumiu a chefia municipal por 18 (dezoito) dias, de 18 a 19.12.2014 e de 7 a 22.4.2015, em substituição aos titulares afastados por determinação judicial, referente ao mandato de 2013/2016; (ii) foi eleito para o período subsequente, referente ao mandato de 2017/2020; e (iii) foi reeleito em 2020 para o mandato de 2021/2024.

2. A compreensão jurisprudencial estabelecida no TSE é, como regra, no sentido de que: (i) se o vice (ou outro agente na linha sucessória) substitui o titular antes dos 6 (seis) meses que antecedem a eleição, ele pode se candidatar ao cargo de titular e, se eleito, poderá ser candidato à reeleição no pleito futuro; ou (ii) se o vice (ou outro agente na linha sucessória) assume o mandato de titular por sucessão a qualquer tempo ou por substituição dentro dos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, ele poderá se candidatar, mas, se for eleito, não poderá ser candidato à reeleição no período seguinte.

3. Caso concreto em que houve a assunção do cargo de prefeito pelo recorrente, então segundo colocado no pleito, de forma absolutamente efêmera e por força de embate judicial, em dois lapsos temporais que, somados, computaram 18 (dezoito) dias, todos fora do período crítico referente aos 6 (seis) meses que antecederam o pleito de 2016, o que permite a reeleição do recorrente nas eleições de 2020, sem que se configure terceiro mandato vedado pelo art. 14, § 5º, da CRFB.

A interpretação que permanece, portanto, é de que o termo “substituição” não atrai, por si só, a inelegibilidade, quando ocorrer de modo efêmero e temporário, salvo se ocorrer dentro dos seis meses que antecederem as eleições.

O que a posição minoritária inaugurada pelo Min. Alexandre de Moraes reascende, agora, é a discussão sobre poder esta substituição ocorrer a qualquer tempo, e não somente em período distinto dos seis meses que antecederem a reeleição, pois efetivamente os §§ 5º e 6º do artigo 14 da

Constituição são normas de eficácia plena, e ao estatuíres as premissas à reeleição não fazem menção a este prazo. Ainda, ao estabelecerem o prazo de desincompatibilização não incluem os “Vices”, ou quem quer que tenha substituído o prefeito por estar na linha natural de substituição.

Também me parece que o § 9º do art. 14 não torna a LC palco apropriado à ampliação das hipóteses de inelegibilidade já tratadas na constituição, mas tão somente o estabelecimento de outras hipóteses, em campo diverso. Não parece, a par disso, natural ou lógico que alguém que assuma, no exercício de seu dever constitucional, em caráter precário e efêmero, a chefia do executivo, não por sucessão, possa ter tolhido direito constitucional à reeleição.

Certamente esta discussão chegará ao Supremo Tribunal Federal.

Adiante, trata a Constituição do que se classifica como inelegibilidade reflexa, afirmando no § 7º do art. 14 que:

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. (grifo nosso).

Também aqui o que se busca, na linha da moralidade administrativa e dos princípios republicano e democrático, é evitar a perpetuação de um mesmo grupo familiar no poder, estimulando a alternância e desestimulando a utilização da máquina administrativa por quem a controle em benefício de familiares. Evidentemente quando o texto constitucional se refere a cônjuge, aí também estão incluídos companheiros, e isto é pacífico na jurisprudência.

A vedação, em princípio, alcança exclusivamente os familiares dos titulares dos cargos executivos, não dos Vices, salvo em caso de sucessão, quando evidentemente estarão exercendo o mandato por si, valendo aqui o mesmo raciocínio explicitado em relação aos parágrafos anteriores para os casos de substituição, mas aqui o prazo de seis meses está devidamente consagrado na própria Constituição, de modo que mesmo a assunção efêmera pelo vice, dentro do prazo de seis meses, atrairá a inelegibilidade reflexa.

A interpretação textual do que consagrou o legislador constituinte neste dispositivo pode consagrar situações de emblemática injustiça, e isto à luz da linha racional que inspira as inelegibilidades consagradas na própria constituição.

Ora, se o próprio constituinte entendeu desnecessária a inserção dos “vices” no dispositivo que regula a inelegibilidade reflexa é porque não vislumbrou potencial desvirtuamento dos princípios inspiradores da vedação em relação aos familiares deste.

Nessa linha, estes princípios manter-se-iam igualmente hígidos mesmo quando o Vice, no exercício de sua função constitucional precípua, viesse a substituir o titular por um único dia, dois, uma semana, ainda que durante os seis meses anteriores ao pleito.

E aqui reafirmo o raciocínio de que o que deveria ser levado em conta, seja para o fim da inelegibilidade própria ou de inelegibilidade reflexa, não é o período em que se deu a substituição, mas sim o caráter efêmero desta, temporário e transitório.

Não se trata de assunção perene do cargo, como ocorre na sucessão, a possibilitar ao sucessor mal-intencionado o uso do cargo em benefício da candidatura de alguém de seu grupo familiar, mas de simples e, no mais das vezes exígua, passagem temporária.

Há precedentes que assim assentam no TSE, como o Ag. Resp. 8.350/PB, mas a questão está longe de pacificação nesse sentido.

Outra questão, ainda atinente à inelegibilidade reflexa, diz com os efeitos oriundos da separação ou divórcio para fins de afastamento da inelegibilidade reflexa, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a **Súmula Vinculante-STF nº 18, que consagra: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal”**. (grifo nosso).

Dois pontos merecem destaque, dadas as discussões que geraram e têm gerado: eventuais efeitos da separação de fato, o momento de sua ocorrência e o alcance do termo “mandato”.

O texto da Súmula Vinculante não faz referência à separação de fato, mas à dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, efeitos estes que, pelo que dispõe o artigo 1.571 do Código Civil, por ela não seriam alcançados.

O Superior Tribunal de Justiça há muito vem reconhecendo que a separação de fato – evidentemente aquela devidamente comprovada e sobre a qual não paire qualquer pecha de fraude – implica quebra da sociedade conjugal.

O próprio STF, no julgamento do RE n° 446.999/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 28.06.2005, apreciando caso de inelegibilidade reflexa, reconheceu efeitos à separação de fato ocorrida 10 anos antes do primeiro mandato do ex-cônjuge.

No julgamento da Lista Tríplice 0601562-88, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, o TSE afastou a configuração do nepotismo em hipótese na qual a indicada, embora civilmente casada com desembargador do Tribunal de Justiça, estava dele separada de fato há mais de 6 (seis) anos, aprovando o encaminhamento da lista ao Poder Executivo.

E em julgamento finalizado no dia 1° de julho de 2021, ao decidir o REspe n° 0600127-72.2020, proveniente da cidade de Lago do Junco/MA, o Tribunal Superior Eleitoral não somente reconheceu efeitos à separação de fato como evento apto à ruptura da sociedade conjugal, como redimensionou a jurisprudência acerca do tema e deu nova interpretação ao alcance da Súmula Vinculante n° 18.

No caso concreto, a candidata foi casada com o prefeito do Município de Lago do Junco/MA, eleito no pleito de 2012 e reeleito em 2016. O divórcio consensual ocorreu durante o curso do segundo mandato, mas o casal estava separado de fato desde maio de 2016, ou seja, ainda no primeiro mandato do ex-cônjuge. O Tribunal Regional Eleitoral deferiu o registro da candidata e o Min. Edson Fachin, relator, deu provimento ao Recurso Especial por decisão monocrática, afirmando incidir na espécie entendimento consolidado na Corte Eleitoral e a Súmula Vinculante 18.

De fato, até o julgamento do Agravo regimental contra a decisão do Min. Fachin, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral era no sentido de que **“ex-esposa do prefeito reeleito separada de fato no curso do primeiro mandato e divorciada no curso do segundo mandato não poderá candidatar-se ao referido cargo majoritário”** (Cta n° 1463/DF, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 10.12.2007, grifo nosso).

Está a situação fática presente no RE n° 568.596, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 1° .10.2008, que constituiu um dos precedentes à edição da Súmula Vinculante n° 18.

Ao final do julgamento do agravo regimental, prevaleceu o voto divergente do Min. Alexandre de Mores e o TSE acabou por modificar o entendimento até então adotado, passando considerar inaplicável ao caso a Súmula Vinculante 18 por considerar inequívocos os efeitos que a separação de fato efetivamente gera, implicando ruptura da sociedade conjugal, ocorrida ela no curso do “primeiro mandato”, afastando assim a incidência do art. 14, §7°.

Isto porque – entendeu a maioria – a Súmula Vinculante 18 estatui que a dissolução da sociedade conjugal “no curso” do mandato não afasta a inelegibilidade reflexa. Não especifica no curso de “qual mandato”. O dispositivo constitucional evidentemente se refere ao mandato imediatamente anterior ao que o ex-cônjuge pretende concorrer.

E de fato, uma vez reconhecendo-se efeitos à separação de fato devidamente comprovada, em sentido ampliativo ao rol do art. 1.571 do Código Civil, de se reconhecer que a quebra da sociedade conjugal já ocorrera muito antes do divórcio, este sim ocorrido no mandato imediatamente anterior ao que a candidata pretende concorrer.

Um mandato inteiro transcorreu com a sociedade conjugal rompida, de modo que o verbete da Súmula Vinculante não se aplica, posição que prevaleceu por cinco votos a dois, vencidos os Ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso, este último até concordando com a posição, mas entendendo que esta reinterpretação quanto ao alcance da Súmula Vinculante caberia ao STF.

Aqui sobreleva adentrar questão de inequívoca relevância prática, qual seja: na aplicação das Súmulas vinculantes, e mesmo das teses fixadas no âmbito dos recursos com repercussão geral ou repetitivos, a vinculação se dá em relação ao extrato da tese efetivamente firmado, ou deve-se perquirir sobre o teor dos precedentes que a ensejaram, para assim se extrair de um contexto mais amplo a efetiva linha a seguir?

Parece-me que deve prevalecer a aplicação da tese tal como estratificada, único critério objetivo disponível, sob pena de ingressar o intérprete em subjetivismos que tornariam inócua a própria lógica da existência do sistema de precedentes vinculantes.

Ainda que por vezes o alcance do que foi firmado na tese ou verbete de Súmula Vinculante pareça menor do que a análise do caso concreto poderia fazer supor, seria exercício interpretativo incabível distinguir se as Cortes Superiores limitaram o alcance do mandamento vinculante de forma proposital ou não.

É o que fez, no caso comentado, a maioria do Tribunal Superior Eleitoral, em caso paradigmático e que certamente levará à rediscussão do alcance da Súmula 18 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo, o § 8º estabelece que

O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Aqui dois pontos merecem destaque:

a) O art. 142, § 3º, V, da Constituição estabelece que “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”, mas, como se viu, a filiação partidária constitui condição de elegibilidade. A conformação dos dispositivos constitucionais levou ao entendimento de que ao militar na ativa não é exigível a filiação prévia, com antecedência de seis meses, bastando sua escolha em convenção do partido pelo qual pretenda concorrer.

O afastamento deve ocorrer quando o requerimento do registro (consulta 060106664/DF), de forma definitiva para quem tenha menos de dez anos de serviço, ainda que posteriormente não eleito, e mediante agregação, para quem conte com mais de 10 anos, passando à inatividade com a diplomação, ou reassume seu posto, caso não eleito.

Finalmente, pelo § 9º do art. 14 o legislador encomendou Lei Complementar a regular outros casos de inelegibilidade, tendo por norte a preservação da probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, a normalidade e legitimidade das eleições, estabelecendo verdadeira cruzada contra o abuso do poder econômico e político. Como no início adiantamos, regulamentando tal dispositivo foi aprovada a LC 64/90, com valiosas e significativas modificações trazidas pela LC 135/2010.

As numerosas hipóteses descritas na Lei Complementar proporcionariam aqui conteúdo muito mais extenso, e exatamente por isso, a ser desenvolvido em oportunidade diversa.

Anteprojeto da Loman – o novo Estatuto da Magistratura Nacional

*Décio Luiz José Rodrigues*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

*Walter Godoy dos Santos Junior*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A Portaria 47, do Supremo Tribunal Federal, de 18 de fevereiro de 2013, instituiu a Comissão de Estudo e Redação de Anteprojeto de Lei Complementar destinada a dispor sobre o Estatuto da Magistratura.

Composta pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, a referida Comissão teve a missão de recuperar a memória dos trabalhos, com o mesmo propósito realizado por Comissões anteriores e, consolidar, atualizar e propor adaptações à minuta do Anteprojeto de Lei Complementar destinada a dispor sobre o Estatuto da Magistratura, nos termos do art. 93 da Constituição Federal.

A justificativa para a constituição da Comissão foi justamente o lapso temporal decorrido desde a publicação da Lei Complementar 35/1975 e a necessidade de consolidação e de sistematização dos esforços empreendidos para análise do tema e elaboração de projeto de lei para a regulamentação da matéria. Também foram considerados os litígios decorrentes do exame da recepção da Lei Complementar em apreço.

¹ Juiz de Direito aprovado em Concurso Público em 1989, formado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Turma de 1988. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de cursos preparatórios de ingresso às carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público e Procuradoria do Estado) e para ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil. Autor de inúmeras obras jurídicas.

² Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Assessor do Ministro Luiz Fux na Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Foi magistrado instrutor da Presidência do Supremo Tribunal Federal na gestão do Ministro Ricardo Lewandowski. Professor da Escola Paulista da Magistratura e da Universidade Nove de Julho.

Nesse sentido, cumpre salientar que, frequentemente, o Supremo Tribunal Federal cobre lacunas legislativas por meio de seus julgamentos, sobretudo em sede de mandado de injunção, mas permanece em mora no que se refere à apresentação de projeto de lei de sua iniciativa ao Parlamento.

Pois bem, os trabalhos da referida Comissão foram apresentados no segundo semestre de 2014, com um texto que agregou as contribuições dos membros da composição do Supremo Tribunal Federal, assim como de entidades de classe, tribunais e dos demais integrantes da família do Judiciário.

Procurou-se, em linhas gerais, harmonizar o regime jurídico das várias carreiras da Magistratura, comum e especializada, e estabelecer uma disciplina única para o que se convencionou denominar “*Magistratura Nacional*”.

Pontos de atrito entre as Justiças foram retirados do Anteprojeto, permitindo-se assim o engajamento de todos os ramos do Poder Judiciário em um debate produtivo, com ambiente sereno, para que fosse possível apresentar ao Poder Legislativo uma proposta que tivesse a autoridade e a chancela dos magistrados brasileiros.

Com efeito, em seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de setembro de 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou o seguinte:

*[...] buscaremos atingir, na Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, algumas metas, a seguir explicitadas. [...] Do ponto de vista normativo, enviaremos, na próxima Legislatura, ao Congresso Nacional, depois da aprovação pelos nossos pares, o novo Estatuto da Magistratura, assim como projetos de lei que possam superar topicamente certos entraves na prestação jurisdicional, sem prejuízo da imposterável tarefa de atualizar e consolidar o regimento interno da Casa.*³

A partir de então, semanalmente, os Ministros debruçaram-se sobre o texto proposto em sessões administrativas abertas a todos os interessados.

Ao todo, foram apreciados 310 (trezentos e dez) artigos⁴, divididos entre três grandes títulos, que abrigam, por sua vez, diversos capítulos e seções.

³ A íntegra do discurso pode ser obtida em <https://bit.ly/3mOWJWf>.

⁴ Vide a minuta original apresentada na sessão administrativa do dia 17 de dezembro de 2014.

2. Histórico da votação

O quadro abaixo (Quadro 1) condensa as várias etapas de votação do Anteprojeto da Loman, bem como o conteúdo das deliberações havidas ao longo de todo o processo de exame da minuta proposta.

Foram realizadas 16 (dezesseis) sessões administrativas presenciais entre os dias 12 de agosto de 2015 e 17 de agosto de 2016, data em que foi encerrada a votação da matéria no Supremo Tribunal Federal.

Note-se, a propósito, que, após a realização de intensos debates em diversas sessões presenciais, os Ministros decidiram aprovar, por unanimidade, a Resolução STF 577/2016, a fim de que a votação da minuta do anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura fosse, doravante, realizada por meio virtual.

Assim, durante o período compreendido entre os dias 1º e 20 de maio de 2016, os magistrados da Suprema Corte debruçaram-se sobre os capítulos finais do referido anteprojeto, cumprindo-se salientar que o resultado da votação virtual pode ser obtido na íntegra no Processo Administrativo 357.613 e Processo Administrativo SEI 006167/2016.

Concluída a votação virtual, os destaques apresentados na forma do disposto no art. 2º da Resolução acima referida foram submetidos ao crivo dos Ministros em 2 (duas) sessões administrativas presenciais.

Na primeira delas, realizada em 3 de agosto de 2016, o Colegiado decidiu aprovar, por unanimidade, o texto substitutivo sobre o capítulo que trata da matéria disciplinar, sugerido pelo Ministro Dias Toffoli.

Na mesma ocasião, também foi acolhida por votação unânime a proposta do Ministro Edson Fachin para alterar a redação do art. 258, § 2º, que trata das atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

Na segunda sessão administrativa convocada para tratar dos destaques apresentados, realizada no dia 17 de agosto de 2016, os Ministros aprovaram, por unanimidade, a proposta apresentada pelo Presidente, no sentido de que a redação do Anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura, no que diz respeito a direitos, vantagens e prerrogativas, seja inspirada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, com os ajustes necessários às peculiaridades da magistratura.

Por fim, naquela assentada, os Ministros declararam encerrada a fase de votação do referido Anteprojeto e determinaram o encaminhamento do

texto aprovado à Comissão de Redação de que trata os artigos 4º e 5º da Resolução nº 577/2016, para as devidas adaptações.

Quadro 1.

<p>Sessão Administrativa 17.12.2014</p>	<p>“[...] o Presidente distribuiu aos Ministros versão consolidada da minuta de Anteprojeto de Lei Complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura, nos termos do art. 93 da Constituição Federal de 1988. A minuta é resultado de estudo sobre a matéria, e contempla as contribuições trazidas pelas Comissões constituídas por Ministros ao longo do tempo, designadas especialmente para este fim. O tema será apreciado em futura Sessão Administrativa”.</p>
<p>Sessão Administrativa 12.08.2015</p>	<p>“[...] o Presidente informou que submeteu aos pares, no final do ano judiciário de 2014, minuta consolidada de Anteprojeto de Lei Complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura. Observou, para tanto, que não representa projeto pessoal do Presidente do Supremo Tribunal Federal, mas que constitui uma consolidação de todas as propostas que tramitaram no Supremo Tribunal Federal, objeto de estudo há mais 10 anos por Ministros e por comissões especiais formadas para este fim. O Ministro Celso de Mello ressaltou que o Supremo Tribunal Federal cumpriu, tempestivamente, o seu dever constitucional de encaminhar ao Congresso Nacional, ainda em 1992, Projeto de Lei Complementar para instituir o Estatuto da Magistratura, mas que, por conveniência, em face da Emenda Constitucional nº 45, o STF solicitou a devolução do projeto, uma vez que este passou a ser incompatível com a nova ordem Constitucional. Conforme decidido em Sessão Administrativa realizada no dia 6 de agosto de 2015, o Presidente informou que a deliberação sobre a minuta será feita em blocos. Em análise à nova minuta do anteprojeto, portanto, apresentada pelo Presidente, o Colegiado decidiu: a) aprovar, por unanimidade, o art. 1º; b) alterar, por maioria, o art. 2º, posicionando o Conselho Nacional de Justiça na mesma ordem topográfica estabelecida pela Constituição Federal, vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que defendiam a manutenção do CNJ no inciso X da minuta, uma vez que essa ordem distinguia os órgãos jurisdicionais do órgão administrativo – todos integrantes do Poder Judiciário; c) por unanimidade, incluir, no inciso VI e no inciso IX do art. 2º, como órgãos integrantes do Poder Judiciário, as ‘Turmas Recursais’; d) aprovar, por maioria, o texto do art. 3º, vencido o Ministro Marco Aurélio que entende que a idade máxima de 65 anos definida no <i>caput</i>, como requisito para escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, deveria ser de 70 anos, uma vez que a Constituição Federal foi alterada quanto à idade máxima para a aposentadoria compulsória, que passou a ser aos 75 anos de idade; e) por unanimidade, alterar no art. 4º, I, a nomenclatura do título ‘Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais’ para ‘Juizes dos Tribunais Regionais Federais’, para que seja mantida simetria com o texto constitucional. Sobre isso, o Presidente informou que em toda a minuta do anteprojeto, onde constar a nomenclatura ‘desembargador’ no que diz respeito aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Regionais do Trabalho, deverá ser alterada para a nomenclatura ‘juiz’. f) sobre a idade máxima de 65 anos prevista no § 1º do art. 4º como requisito para escolha de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, aprovar, por maioria, o texto apresentado, vencido o Ministro Marco Aurélio que entende que a idade máxima deveria ser de 70 anos, pelos mesmos fundamentos indicados no item ‘d’; g) suprimir, por unanimidade, o § 2º do art. 4º, por conter exigência não prevista na Constituição Federal, ajustando o § 1º, que passa a ser o parágrafo único do artigo. O Presidente informou que o colegiado retornará deliberação sobre o anteprojeto em próxima Sessão Administrativa, devendo retomar a discussão a partir do parágrafo único do art. 5º, ficando o Ministro Dias Toffoli encarregado de elaborar nova redação ao dispositivo”.</p>

<p>Sessão Administrativa 09.09.2015</p>	<p>“[...] O colegiado decidiu: a) por unanimidade, suprimir o parágrafo único do art. 5º e o § 2º do art. 8º, conforme sugestão do Ministro Dias Toffoli; b) aprovar, por unanimidade, o texto dos artigos 6º, 10º e 11º; c) por unanimidade, alterar nos artigos 7º, <i>caput</i>, e 9º, inciso II e parágrafo único, a nomenclatura do título ‘Desembargadores’ para ‘Juizes’, para que seja mantida simetria com o texto constitucional; d) por sugestão do Ministro Teori Zavascki, alterar a redação do art. 7º, inciso II, retirando o termo ‘e seguintes’, de modo que o texto mencione, com precisão, os artigos aos quais se devam fazer referência; e) por unanimidade, suprimir o § 2º do artigo 12. O Presidente informou que o colegiado retornará a deliberar sobre o texto em próxima Sessão Administrativa, devendo o plenário retomar a discussão a partir do § 3º do art. 12. Informou, ainda, que pretende realizar Sessões Administrativas quinzenalmente, para tratar, principalmente, da minuta do Anteprojeto de Lei Complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura. O Plenário acolheu, ainda, por unanimidade, proposta do Ministro Luiz Fux no sentido de que, para facilitar a análise, seja destacado, na minuta, o texto que for mera reprodução de dispositivo constitucional”.</p>
<p>Sessão Administrativa 07.10.2015</p>	<p>“[...] O colegiado decidiu, por unanimidade, aprovar todas as reproduções literais do texto da Constituição Federal inseridas no Anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura, sem prejuízo de eventuais alterações do <i>locus</i> e da redação final dos artigos. Deliberou-se, ainda, dar nova redação ao art. 12, § 4º do referido Anteprojeto, acolhendo-se sugestão apresentada pelo Ministro Dias Toffoli”.</p>
<p>Sessão Administrativa 28.10.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado deliberou: a) que será apresentada nova redação para o § 3º do art. 12, indicando: que os magistrados oriundos da advocacia, inclusive os suplentes, estarão impedidos do exercício dessa profissão, ainda que em área diversa da eleitoral; que recebam subsídios de Ministro do TSE e de Juizes dos TRES, em cada caso; e que o TSE e os TRES fixarão atribuições específicas para os membros suplentes; b) aprovar, à unanimidade, o texto do art. 13 e seus parágrafos, sendo aprovado por maioria o texto do inciso III do parágrafo 1º, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendeu não haver base constitucional para exigência de dez anos de efetiva atividade profissional para advogados candidatos a vaga nos Tribunais Regionais Eleitorais; c) aprovar, por unanimidade, o texto do art. 14; d) aprovar, à unanimidade, o texto do <i>caput</i> e do segundo parágrafo do art. 15; e aprovar, por maioria, o parágrafo primeiro desse artigo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendeu que a idade máxima de 65 anos como requisito para escolha de Ministro do Superior Tribunal Militar deveria ser de 70 anos, uma vez que a Constituição Federal foi alterada quanto à idade máxima para a aposentadoria compulsória, que passou a ser aos 75 anos de idade. O Colegiado decidiu que deverá retomar a discussão a partir do terceiro parágrafo do art. 15 na próxima Sessão Administrativa, já convocada para o dia 4 de novembro de 2015”.</p>
<p>Sessão Administrativa 04.11.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu, por unanimidade, suprimir o parágrafo 3º, e incisos, do artigo 15, bem como os artigos 17, 18 e 19, ficando vencidos, neste último artigo, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Edson Fachin, que votaram pela sua manutenção. Deliberaram, ainda, unanimemente, suprimir o artigo 21 e aprovar os artigos 20 e 22 da minuta do anteprojeto. Finalmente, também por unanimidade, alteraram a redação do artigo 16, <i>caput</i> e parágrafo 4º, e dos artigos 23 e 24 daquela minuta, que, assim, restaram aprovados”.</p>
<p>Sessão Administrativa 11.11.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu: a) aprovar a redação do artigo 21; b) alterar a redação do art. 22, para aumentar para 30 dias o prazo para que o Chefe do Poder Executivo escolha candidato indicado em lista tríplice; c) adiar a deliberação sobre o art. 23, para verificar a redação adotada pelas leis que dispõem sobre o funcionalismo público e com ela guardar simetria; d) acrescentar a expressão ‘observado o quinto constitucional’ ao fim do texto do <i>caput</i> do art. 24; e) transformar os artigos 25, 26 e 27 em parágrafos do art. 24, promovendo-se ajustes redacionais para melhor compreensão, devendo o colegiado voltar a deliberar, em próxima sessão administrativa, a partir do art. 27 – ora transformado em § 3º do art. 24”.</p>

<p>Sessão Administrativa 18.11.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu, tendo por referência a versão da minuta apresentada em mesa: a) aprovar, por unanimidade, a redação do art. 24, §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, e do art. 25, <i>caput</i>; b) alterar, por unanimidade, os §§ 8º e 9º do art. 24, com acréscimo da vacância entre as hipóteses de substituição; c) alterar, por maioria, o § 1º do art. 25, dando a seguinte redação ‘São cargos diretivos o de Presidente, o de Vice-Presidente e o de Corregedor’, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Teori Zavascki, que votaram pela supressão total do dispositivo; d) suprimir, por unanimidade, o § 10 do art. 24 e o art. 27; e) alterar, por unanimidade, a redação do § 2º do art. 25, dando a seguinte redação ‘O Secretário-Geral e o Diretor-Geral serão indicados pelo Presidente do tribunal’; f) suprimir, por maioria, o art. 26, vencidos os Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin, que votaram pela sua manutenção”.</p>
<p>Sessão Administrativa 25.11.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu, por maioria, que o anteprojeto deverá conter dispositivo tratando dos eleitores e dos elegíveis para os cargos diretivos dos tribunais, vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou por excluir o tema do novo Estatuto, uma vez que, ao contrário da Constituição Federal anterior, a atual Carta não remete a disciplina dessa matéria à lei orgânica da magistratura, razão pela qual deveria prevalecer a autonomia administrativa de cada tribunal. Ficou adiado para próxima sessão o debate sobre o art. 26 da versão da minuta apresentada em mesa”.</p>
<p>Sessão Administrativa 02.12.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu aprovar a redação do art. 26, manifestando-se o Ministro Dias Toffoli no sentido de que na próxima sessão poderiam ser feitas alterações redacionais, e vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela supressão do artigo, uma vez que a atual Carta não remete a disciplina dessa matéria à lei orgânica da magistratura, razão pela qual deveria prevalecer a autonomia administrativa de cada tribunal”.</p>
<p>Sessão Administrativa 09.12.2015</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu: a) alterar o art. 26 da minuta apresentada em mesa, dando a seguinte redação ‘Nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais, exceto os Eleitorais, são elegíveis os seus integrantes com, no mínimo, dois anos de jurisdição no Tribunal e que tenham sido indicados pelos magistrados vitalícios de primeiro e segundo grau, em votação majoritária, direta e secreta, para compor lista tríplice, submetida a escrutínio na forma do disposto no art. 25’, vencido o Ministro Marco Aurélio que votou pela supressão do artigo, uma vez que a atual Carta não remete a disciplina dessa matéria à lei orgânica da magistratura, e vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki, que votaram no sentido de que os magistrados de primeiro grau não deveriam ser eleitores para a escolha dos ocupantes dos cargos diretivos dos tribunais. b) aprovar, por maioria, a redação do art. 27, vencido o Ministro Marco Aurélio que votou pela supressão do artigo, uma vez que a atual Carta não remete a disciplina dessa matéria à lei orgânica da magistratura”.</p>

<p>Sessão Administrativa 24.02.2016 Nova sistemática – Votação por Blocos (parte I)</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu: a) aprovar por unanimidade a alteração do art. 28 apresentada pelos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, dando a seguinte redação ‘Os tribunais poderão convocar magistrados de primeiro grau em substituição de membros efetivos, em casos de afastamento ou de vacância do cargo por prazo superior a 30 dias, até o respectivo provimento’; b) alterar, por maioria, a redação do art. 31 conforme proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, que sugeriu fixar o percentual de 25% do número de membros do tribunal como limite máximo de referência para a convocação de juízes substitutos de 2º grau nos tribunais, vencido o Ministro Dias Toffoli que propôs o limite de 30%; c) o Ministro Roberto Barroso, acompanhado pelos demais Ministros, por unanimidade, frisou a importância de previsão de que as Câmaras ou Turmas, em que atuarem magistrados convocados ou juízes substitutos de segundo grau, funcionem com maioria de membros efetivos do tribunal, um dos quais será o Presidente, tal como previsto no art. 32; d) suprimir, por unanimidade, o art. 33, mas com a definição expressa de que ao Conselho Nacional de Justiça caberá deliberar sobre o tema nele tratado, por sugestão do Ministro Edson Fachin; e) alterar, por unanimidade, o art. 34 para a seguinte redação ‘O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e sua Corregedoria, o Conselho da Justiça Federal e sua Corregedoria, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e sua Corregedoria e os Tribunais Superiores poderão convocar, na forma de seus regimentos internos, magistrados de primeira e de segunda instâncias, para fins de auxílio ou de instrução, nos termos e condições definidos pelo Conselho Nacional de Justiça’, conforme sugestão do Ministro Celso de Mello; f) alterar a redação do art. 35 para ‘XI – dispor sobre a organização e funcionamento: a) dos juzizados especiais; e b) dos serviços notariais e de registro’, conforme sugerido pelos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux; g) suprimir a expressão ‘bem como os recursos interpostos por servidores e magistrados de primeiro grau contra a aplicação de penalidades’ do inciso V do art. 36 que passará a compor o art. 35, como inciso XII, por sugestão do Ministro Dias Toffoli, acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros. O Ministro Teori Zavascki sugeriu também acrescentar um novo inciso ao art. 35 dispondo sobre a fiscalização dos serviços notariais e de registro, e, por sugestão dos Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, foi suprimida, no art. 36, §2º, a palavra ‘solidária’, ficando vencido o Ministro Edson Fachin que votou pela manutenção do termo; h) alterar, por unanimidade, a redação do inciso I do art. 37 para ‘a alteração do número de membros dos tribunais inferiores ou de seus próprios membros’, por sugestão dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes; i) o destaque referente ao art. 38 foi considerado superado pelo Ministro Dias Toffoli, por ser, de fato, remissão ao art. 37, já debatido; j) complementar, por unanimidade, o texto dos incisos I e II do art. 39, visto ser cópia fiel do art. 96 da CF de 1988; l) alterar, por unanimidade, a mudança proposta pelo Ministro Gilmar Mendes ao texto do art. 41, que passou a ser ‘É vedada a atribuição de nome de pessoa viva a bem público sob a administração de órgãos do Poder Judiciário aos quais caberá a designação nominal por ato próprio’; m) suprimir, por unanimidade, o art. 43; n) alterar, por unanimidade, o disposto no art. 44, o qual ficou com a seguinte redação ‘Não haverá redistribuição de processos nas hipóteses de afastamento, licença ou férias, ressalvados os casos de designação de juiz convocado para prestar auxílio ou de designação de substituto em segundo grau para assumir provisoriamente o acervo’, por sugestão do Ministro Dias Toffoli; o) alterar, por maioria de votos, o art. 48 para a seguinte redação ‘Será assegurada a manifestação das entidades associativas de magistrados nos assuntos de interesse de seus associados’, por sugestão dos Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, acompanhados pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Celso de Mello e Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki e Rosa Weber, que sugeriram dar liberdade aos Tribunais para regulamentarem tal participação;</p>
---	---

<p>Sessão Administrativa 24.02.2016 Nova sistemática – Votação por Blocos (parte II)</p>	<p>p) acrescentar, por unanimidade, dois parágrafos ao art. 49 ‘§ 1º – Nos feriados e finais de semana, a competência criminal do plantão judiciário de segundo grau para apreciar ações e recursos contra as decisões de primeiro grau se limitará àquelas proferidas no respectivo plantão’ e ‘§ 2º – É vedada, nos finais de semana e feriados, a apreciação, no plantão judiciário de segundo grau, de questões referentes a ações ou recursos anteriormente distribuídos e que já tenham juiz certo no tribunal, salvo a superveniência de fato novo relevante no curso do próprio plantão’, por sugestão do Ministro Dias Toffoli, a fim de evitar que se proponham em plantões judiciais as ações já distribuídas; q) suprimir, por unanimidade, o parágrafo único do art. 50, por sugestão do Ministro Edson Fachin; r) alterar, por unanimidade, a redação do art. 56 para a seguinte ‘Os tribunais assegurarão, na elaboração de suas propostas orçamentárias e de seus planejamentos estratégicos, a participação de serventuários e magistrados de primeiro e segundo graus, indicados pelas respectivas entidades de classe’, por sugestão do Ministro Edson Fachin; s) suprimir, por unanimidade, o termo ‘Distrito Federal’ do art. 58, visto que este ente federativo não dispõe de Poder Judiciário próprio, conforme inciso XIII do art. 21 da CF de 1988, por sugestão do Ministro Celso de Mello; t) acolher, por unanimidade, o destaque apresentado pelo Ministro Dias Toffoli para os arts. 59 e 60, ficando o art. 60 com a seguinte redação: ‘Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais de Justiça dos Estados e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios poderão propor a instituição mediante lei de Fundo Especial de Reparelhamento e Modernização, com a finalidade principal de reaparelhamento e modernização dos serviços e, também, para a assistência à saúde e capacitação dos magistrados’”.</p>
<p>Sessão Administrativa 30.03.2016 (parte I)</p>	<p>“[...] os Ministros decidiram: a) aprovar, por unanimidade, a alteração do inciso III do art. 92, que passou a ter a seguinte redação ‘III – praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com probidade, independência, serenidade e exatidão’, conforme sugestão apresentada pelo Ministro Dias Toffoli; b) aprovar, por unanimidade, a alteração do inciso IV do art. 92, que passou a ter a seguinte redação ‘comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, a audiência ou a sessão e não se ausentar injustificadamente antes de seu término’, conforme proposto pelo Ministro Dias Toffoli; c) aprovar, por unanimidade, a alteração do inciso VII do art. 92, que passou a ter a seguinte redação ‘VII – não manifestar opinião ou juízo depreciativo sobre processos em curso, votos ou decisões de órgãos judiciais, ressalvadas a crítica científica e a praticada no exercício do magistério’, conforme sugestão apresentada pelo Ministro Dias Toffoli; d) aprovar, por unanimidade, a manutenção do inciso XI do art. 92, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli que votaram pela sua supressão; e) suprimir, por maioria, os incisos XII e XIII do art. 92, vencido o Ministro Roberto Barroso, que votou pela manutenção do inciso XII; f) aprovar, por unanimidade, a alteração do inciso IV do art. 93, que passou a ter a seguinte redação ‘exercer o comércio ou participar de sociedade empresarial, inclusive de sociedade de economia mista, exceto como acionista ou cotista’, consoante proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli;</p>

<p>Sessão Administrativa 30.03.2016 (parte II)</p>	<p>g) aprovar, por maioria, a alteração do inciso V do art. 93, que passou a ter a seguinte redação ‘exercer atividade de direção ou de consultoria (de assessoramento ou de suporte técnico), de qualquer natureza ou para qualquer finalidade, em sociedade civil, associação ou fundação, salvo i) cargo não remunerado em associação de classe, comitê gestor de plano de saúde exclusivo de magistrados, cooperativa de magistrados, entidade de apoio a universidades públicas e privadas, centro de estudos e de aperfeiçoamento de magistrados, escola de magistratura, ii) cargo de confiança na administração dos tribunais e em seus órgãos auxiliares e iii) chefias de departamento ou colegiados acadêmicos correlatos em universidades públicas e privadas’, nos termos de propostas apresentadas pelo Presidente e pelo Ministro Dias Toffoli, vencidas as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber; que entenderam que chefia de departamento ou colegiados acadêmicos extrapola à atividade típica de magistério; h) suprimir, por unanimidade, o § 3º do art. 93; i) aprovar, por unanimidade, a inclusão, ao art. 94, dos incisos ‘VIII – cassação de aposentadoria’ e ‘VIII – demissão, no caso de juiz não vitalício’, consoante proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli; j) aprovar, por unanimidade, a alteração ao art. 95, que passou a ter a seguinte redação ‘Observar-se-ão, na definição da penalidade aplicável, fundamentadamente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e profissional, a personalidade do agente, os motivos, a gravidade do fato, suas circunstâncias e consequências, bem como a reincidência’, conforme proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli; k) aprovar, por unanimidade, a alteração do art. 96, que passou a ter a seguinte redação ‘As penalidades consistentes em advertência, censura, remoção, suspensão, disponibilidade ou aposentadoria compulsória serão aplicadas em decisão por voto da maioria absoluta dos membros efetivos do respectivo tribunal pleno, ou órgão especial ou, ainda, do Conselho Nacional de Justiça’, vencidos os Ministro Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que entendem que a competência do Conselho Nacional de Justiça deveria ser subsidiária; l) aprovar, por unanimidade, a alteração do art. 97, que passou a ter a seguinte redação ‘Art. 97. As penalidades de perda do cargo e a cassação da aposentadoria, voluntária ou compulsória, somente serão aplicadas por decisão judicial transitada em julgado em ação específica ou criminal. Parágrafo único: a pena de cassação da aposentadoria será cabível nas mesmas hipóteses em que o magistrado em atividade se sujeitaria à perda de cargo’, conforme proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli; m) aprovar, por unanimidade, a alteração do art. 98, que passou a ter a seguinte redação ‘A suspensão poderá ser de até 60 dias, e a disponibilidade de 90 dias a dois anos, ambas com subsídio proporcional ao tempo de serviço’; n) aprovar, por maioria, a alteração do art. 99, que passou a ter a seguinte redação ‘As penalidades de advertência e de censura não geram reincidência e não poderão ser valoradas negativamente na dosimetria de nova penalidade após o decurso de cinco anos de sua aplicação’, nos termos da proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli, vencido o Ministro Edson Fachin, que apresentou redação diversa, ressalvando a dosimetria de nova sanção. Os demais dispositivos, compreendidos entre o art. 92 e o art. 99, inclusive, sobre os quais não houve discussão, foram considerados aprovados, por unanimidade, pelos Ministros, em sua redação original apresentada em mesa. O Presidente comunicou aos pares que a continuação da deliberação sobre o anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura será feita no Plenário Virtual, conforme Resolução a ser assinada pela Presidência, sem prejuízo de eventual destaque a ser apresentado e deliberado em plenário presencial”.</p>
<p>Sessão Administrativa 20.04.2016 Nova sistemática – Votação Virtual (Resolução nº 577/2016)</p>	<p>“[...] o Secretário de Tecnologia da Informação apresentou, aos Senhores Ministros, o sistema desenvolvido para o processamento, em meio virtual, das propostas e das deliberações sobre o Anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura. Em seguida, o Senhor Presidente levou ao conhecimento dos presentes a minuta de Resolução que disciplinará a votação do anteprojeto por meio virtual”.</p>

<p style="text-align: center;">Sessão Administrativa 03.08.2016</p>	<p>“[...] o Colegiado decidiu: aprovar, por unanimidade, o texto substitutivo sugerido pelo Ministro Dias Toffoli, relativamente aos arts. 123 a 161; quanto ao destaque referente ao Ministro Roberto Barroso, Sua Excelência esclareceu que, efetivamente, não se trata de destaque, mas sim de seu voto sobre a matéria, que formulou desse modo porque, por razão de ordem técnica, não conseguiu votar no sistema informatizado, registrando, inclusive, que não faz nenhuma objeção quanto ao mérito do que foi deliberado; o Ministro Teori Zavascki informou que, relativamente aos destaques a ele vinculados, ocorre a mesma situação apontada pelo Ministro Roberto Barroso, não sendo, efetivamente, caso de destaque, mas sim de voto; por fim, quanto ao destaque apresentado pelo Ministro Edson Fachin, por unanimidade, o Colegiado aprovou alterações sugeridas no parágrafo 2º do art. 258, que trata de atribuições do Conselho Nacional de Justiça”.</p>
<p style="text-align: center;">Sessão Administrativa 17.08.2016</p>	<p>“[...] os Ministros aprovaram, por unanimidade, a proposta apresentada pelo Presidente, no sentido de que a redação do Anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura, no que diz respeito a direitos, vantagens e prerrogativas, seja inspirada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, com os ajustes necessários às peculiaridades da magistratura. O Presidente comunicou que os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki anuíram à proposição. Por fim, inexistentes outras propostas, os Ministros declararam encerrada a fase de votação do referido Anteprojeto e determinaram o encaminhamento do texto aprovado à Comissão de Redação de que trata os artigos 4º e 5º da Resolução nº 577/2016, para as devidas adaptações”.</p>

*Textos extraídos das Atas das Sessões Administrativas

Encerrada a fase de apreciação e votação do Anteprojeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura houve o encaminhamento do texto ao Gabinete do Ministro Luiz Fux, coordenador da Comissão encarregada de revisar e sistematizar a minuta em apreço, com fotocópia de todas as atas das sessões administrativas referidas acima, justamente com os documentos contidos no Processo Administrativo nº 357.613 e Processo Administrativo SEI nº 006167/2016.

3. Principais dispositivos

Dentre os principais pontos do Anteprojeto, deve-se destacar o art. 26, que cuida dos cargos diretivos dos Tribunais, e estabelece que são elegíveis os membros efetivos com, no mínimo, dois anos de jurisdição no tribunal e que tenham sido indicados pelos magistrados vitalícios de primeiro e segundo grau, em votação majoritária, direta e secreta, para compor lista tríplice, submetida a escrutínio apenas dos Desembargadores em uma segunda etapa da eleição.

Outro artigo importante é o 52, que disciplina a gestão orçamentária e financeira dos tribunais determinando que aprovarão, na forma do regimento interno e por maioria absoluta do Pleno ou do órgão especial, a cada quatro anos, o Plano Plurianual de Gestão Financeira e Orçamentária

para os exercícios financeiros seguintes, estabelecendo as diretrizes, os objetivos e as metas administrativas para despesas correntes e programas de duração continuada, observado o planejamento estratégico estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário.

No tocante à remuneração, o art. 84 estabelece que o subsídio mensal dos magistrados, observadas as disposições constitucionais sobre o teto remuneratório, constitui-se exclusivamente de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie, de qualquer origem, ressalvadas as parcelas previstas nesta Lei, nas leis orgânicas do Ministério Público e as de caráter indenizatório asseguradas aos servidores públicos.

Note-se que, pelo artigo em apreço e para os fins do artigo 39, §1º, da Constituição da República, as funções desempenhadas por magistrados envolvem atribuições de extrema complexidade e da mais elevada responsabilidade, assegurando-se o reajustamento periódico dos subsídios para preservá-los, em caráter permanente, o seu valor real.

No capítulo relacionado à aposentadoria dos Magistrados, o art. 166 dispõe que são beneficiários do regime próprio de previdência social dos magistrados os segurados e seus dependentes, na forma dos dispositivos integrantes deste capítulo e, no caso de omissão, na forma da legislação do servidor público federal.

Já o artigo 167 deixa expresso que são segurados em caráter obrigatório os membros da Magistratura de carreira ou os investidos no cargo na forma do artigo 94 da Constituição da República, ativos e inativos, cumprindo-se salientar que aos magistrados é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos magistrados ativos e inativos e dos respectivos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

No tocante à assistência à saúde, o art. 191 assegura aos magistrados assistência médico-hospitalar, extensiva aos inativos, pensionistas e dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação e recuperação da saúde, abrangendo serviços médicos, paramédicos, farmacêuticos, odontológicos, fisioterapêuticos e psicológicos, bem como aparelhos óticos e protéticos.

Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, o art. 2º, § 3º deixa à estreme de dúvida que o Conselho Nacional de Justiça não tem atribuição jurisdicional, e o art. 258, § 1, estabelece que as atribuições do órgão

previstas no Estatuto são taxativas e revestidas de reserva legal, não podendo o Conselho Nacional de Justiça criar novas atribuições por meio de atos internos do Plenário ou de quaisquer de seus órgãos fracionários.

Por outro lado, também ficou expresso que as consultas submetidas ao Conselho Nacional de Justiça não têm caráter normativo ou vinculante e que a atuação administrativa e financeira do Conselho Nacional de Justiça será realizada com observância aos princípios do pacto federativo e da autonomia dos tribunais, preservando-se, ainda, as matérias reservadas a projeto de lei de iniciativa dos tribunais, sem prejuízo da emissão de prévio parecer técnico sobre estas.

De acordo com o texto aprovado, o Conselho Nacional de Justiça deverá garantir aos tribunais a fonte de receita necessária para a implementação de suas deliberações, cumprindo-se salientar que as metas e demais determinações dirigidas aos tribunais serão estabelecidas após a oitiva dos seus respectivos Presidentes, que consultará previamente os respectivos tribunais e magistrados de primeiro grau.

Ficou expresso também que o Conselho Nacional de Justiça é órgão de natureza exclusivamente administrativa, e suas atribuições circunscrevem-se ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da Magistratura, nos limites fixados pela Constituição e por esta Lei, sendo vedado ao Conselho Nacional de Justiça proferir decisões de cunho jurisdicional ou suspender os seus efeitos, exercer controle de constitucionalidade de atos administrativos, bem como deixar de aplicar a lei ao argumento de inconstitucionalidade.

Por fim, o art. 292 estabelece o prazo de seis meses, contado da vigência do Estatuto, para que a União, o Distrito Federal e os Estados adaptem as suas leis de organização judiciária; e o art. 293 concede ao Conselho Nacional de Justiça, ao Superior Tribunal de Justiça e aos demais tribunais o prazo de seis meses, contado da vigência desta Lei, para adotar as providências necessárias para a adaptação dos regimentos internos e Resoluções às disposições do que se contém no Estatuto, revogando-se integralmente a Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.

4. Conclusão

O conteúdo do Anteprojeto aprovado somente poderá ser modificado mediante a realização de sessão administrativa com esta finalidade, uma vez que a Comissão de Redação, constituída por meio da Resolução STF

577/2016, tem por escopo apenas realizar uma revisão geral do texto, podendo, para tanto, sugerir alterações com vistas a eliminar possíveis contradições, obscuridades ou omissões, bem como corrigir eventuais impropriedades gramaticais ou de estilo.

A referida comissão, integrada pelos Ministros Luiz Fux (Presidente), Rosa Weber e Edson Fachin, deverá submeter a minuta devidamente revisada para aprovação final pelo pleno administrativo do STF.

Por fim, deve-se ressaltar que o encaminhamento do Anteprojeto do novo Estatuto da Magistratura – produto de intenso debate como se observa do percurso descrito acima – mostra-se necessário não apenas para purgar a mora do Poder Judiciário com o Poder Legislativo, mas também para evitar que, diante da lacuna, o Supremo Tribunal Federal seja chamado a decidir diversas matérias não cobertas pela Lei Complementar 35/1975, sobretudo as de fundo remuneratório.

A mencionada providência também seria profilática para evitar-se o vício de iniciativa de processos legislativos que tratam do regime jurídico da magistratura, bem como a profusão de atos normativos emitidos pelos Tribunais e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça que extrapolam questões administrativas ou de mera organização interna do Poder Judiciário.

Breves comentários sobre a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em matéria penal

*Gláucio Roberto Brittes de Araújo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Como juiz instrutor do gabinete do abnegado e preclaro Ministro Celso de Mello, tive a grata oportunidade de conhecer mais profundamente sua contribuição inestimável para a construção de sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da sua Segunda Turma, sobretudo na seara penal e processual penal. Entre tantos votos do brilhante jurista e de paradigmas da Corte em temas sensíveis nos últimos anos, gozarão de destaque nessa sede as reflexões sobre critérios essenciais para submissão de novos institutos e inovações legislativas das últimas décadas aos princípios constitucionais mais caros a um Estado Democrático de Direito. Dadas as limitações do espaço para uma retrospectiva mais completa, reportar-me-ei apenas aos mais recentes e polêmicos debates, que repercutiram sobre a aplicação diuturna do direito pátrio por nós magistrados.

Nesse contexto, foram definidos limites e parâmetros, pelo Supremo, para a celebração de colaborações premiadas, aplicação de medidas cautelares e condução coercitiva, releitura dos vereditos do Júri e outras questões processuais sabidamente atuais, à luz do ideal de equilíbrio entre eficiência da Justiça criminal e garantias individuais. Foram enfrentados ainda problemas ínsitos ao Direito Penal, como a compreensão da tipicidade de variegadas formas de preconceito e os parâmetros para concepção mais objetiva do princípio da insignificância na direção da segurança jurídica, conjugando-se tutela penal suficiente de bens jurídicos legítimos e intervenção penal mínima. Mereceriam referência, por fim, alguns aspectos intrigantes de julgamentos em persecuções penais

¹ Doutor em Direito Penal pela USP, mestre em Direito Penal pela PUC-SP, especialista em Direito Público pela EPM e pós-doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra, com linha de pesquisa em processo penal e direitos humanos. Professor de Direito Penal e coordenador adjunto de Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura, coordenador da pós-graduação de processo penal da mesma instituição. Foi juiz instrutor no STF. Parecerista da revista do CNJ. Juiz criminal em SP.

oriundas da Operação Lava Jato, mas que ficarão relegadas para outra oportunidade, dada a incompatibilidade entre o volume das informações e os objetivos dessa primeira síntese de parte da minha exposição no curso de atualização jurisprudencial, organizado pelos brilhantes magistrados Des. Décio Luiz Rodrigues e Juiz Walter Godoy Júnior.

1. Colaboração criminal premiada e limites definidos pelo STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508 impugnava dispositivos legais que conferiam legitimidade à autoridade policial para celebrar acordo de colaboração premiada, mas foi julgada improcedente. Na ocasião, diante da profusão de ajustes que concediam regimes, reduções e outros critérios singulares para cumprimento de pena, sem expressão respaldo legal, sobretudo como forma de estimular delações no bojo da Operação Lava Jato, na ocasião do voto do ministro Celso de Mello, que constou relevante advertência no sentido de que somente poderiam ser ajustados prêmios previstos em lei formal estrita à luz da reserva do Parlamento e da reserva de jurisdição, que confere ao juiz a aplicação das sanções e não ao órgão do Ministério Público. Lembrou-se que doutrinadores renomados, como Canotilho e Brandão, já atentavam para o caráter excepcional do instituto, para a proibição do excesso e para a intangibilidade do núcleo essencial de direitos fundamentais. Assim, o rol de benefícios da Lei nº 12.850/13 foi considerado taxativo, dada ainda a necessidade de não fomentar negociações fora da lei e sem preenchimento dos respectivos requisitos, o que, aliás, acabou sendo albergado pelo legislador, posteriormente, no Pacote Anticrime. O perdão, redução da pena em 2/3 ou substituição por restritivas de direitos caberia até sentença. A abstenção da denúncia estaria reservada para o primeiro colaborador, desde que não fosse líder da organização criminosa, e, após sentença, somente seria possível a redução pela metade da pena ou progressão de regime. Externou-se também a preocupação com a burla ou lesão a direito de terceiro/imputado e com o próprio réu, como no cumprimento imediato de pena ao arrepio do princípio da culpa e da presunção de inocência, transferindo-se poder de definir condenação ao MP e admitindo-se aplicação da pena sem juízo e sem o devido processo legal.

No exercício dessa sindicabilidade, a propósito, o Ministro Lewandowski havia rejeitado a homologação do acordo de colaboração da Pet 7.265/DF, concedendo oportunidade para o MP glosar algumas cláusulas. O ministro Celso de Mello lembrou que a reação social à criminalidade não deve

ser instintiva, irrefletida e arbitrária, mas regulamentada, refletida e essencialmente judicial, mediante persecução com suporte probatório mínimo. O MP e a Polícia, nesse contexto, judiciária exercem funções relevantes, incompatíveis com lide temerária e mera criação mental, bem assim vinculadas a meio preliminares aptos e idôneos à elucidação da autoria e materialidade em um Estado Democrático Direito. O ministro lembrou que já havia delação nas Ordenações Filipinas para falsidade de moeda e crimes de lesa majestade, que, nos anos 1970, foi essencial para a operação Mãos Limpas e que se consagrou juridicamente no artigo 26 da Convenção de Palermo e artigo 37 da de Mérida.

A colaboração, destarte, foi concebida, pela doutrina e jurisprudência mais recentes como instrumento para obter provas, entre outras técnicas de investigação excepcionais (e não como meio de prova), e, concomitantemente, como negócio jurídico processual. Ela não vincularia interesses de terceiro, motivo pelo qual descaberia recurso do imputado contra a homologação, por outro lado, não sustentaria condenações, isoladamente, conforme orientação consolidada desde voto paradigma de Ilmar Galvão, e até recebimentos de denúncia, segundo tendência mais recente revelada em decisões do STF, inclusive na hipótese de delações cruzadas. O Ministro Celso relembrou, na ocasião o escólio de Gustavo Badaró, a existência de uma limitação ao livre convencimento e da técnica de prova negativa. Destacava a preocupação com o impedimento de erros judiciários, como no episódio apresentador de TV Enzo Tortora, na Itália dos anos 1980, e com falsas imputações, o que veio a culminar na previsão do crime do art. 19 da nossa Lei de Organizações Criminosas.

Com efeito, o espaço de consensualidade na seara penal foi ampliado desde os anos 1990, prestigiando-se a autonomia da vontade das partes, o direito premial e o juízo adstrito à delibação na aferição da voluntariedade, regularidade e legalidade do acordo. A concessão efetiva dos prêmios, contudo, ficaria condicionada à eficácia e ao cumprimento fiel das obrigações assumidas pelo colaborador, decorrendo de direito subjetivo oriundo da homologação e vinculante em relação ao futuro julgador, como imposição ético-jurídica, bem assim do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, consoante já assentado em voto do Min. Toffoli no HC 127483/PR. Nesses termos, competência e imposições para a celebração desses acordos, nos limites da lei, recairiam também sobre a Polícia Judiciária, pois a autoridade policial, em regra, presidiria a investigação, enquanto o MP já atuaria como fiscal, sem prejuízo de sua cooperação, e por ter a delação natureza de meio de obtenção de prova, condizente

com as funções daquela instituição de Estado. Outrossim, atentou-se para a observância das garantias individuais e limites no emprego de tal instrumento pela autoridade policial, mormente a restrição ao inquérito, a concessão adstrita a prêmios menores e a efetiva concessão oportuna pelo juiz. Ponderou-se que essa competência não afetaria o direito de ação, as atribuições e prerrogativas do MP. O Ministro Celso destacou ainda a paridade de armas, como dogma do sistema acusatório, e a legitimidade como princípio estrutural do Estado Democrático de Direito. No seu voto discorreu, ademais, sobre a gravidade e peculiaridades dos crimes revelados por *notitia* de potenciais colaboradores, mormente a corrupção impregnada em instituições e partidos como método de degradação da dignidade da atividade política e sobre a captura por organizações criminosas de instituições de Estado contra valores éticos jurídicos e republicanos. Enfim, no aludido julgamento, foram reafirmadas várias diretrizes decisivas para extrair ganhos das colaborações premiadas, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais.

Na opinião de Vinicius Vasconcellos², o Brasil parecia ainda resistir à tendência internacional de expansão e colaboração premiada e negociação na justiça criminal, sobretudo para acordos penais sobre imposição de sanções, sem a necessidade do transcorrer integral do processo penal, com todas as suas garantias tradicionais. Diversamente à transação penal, à suspensão condicional e ao acordo de não persecução penal, que abreviam o procedimento, mas não impõem pena, a colaboração premiada, em regra, mantém a necessidade de processo e tem finalidade exatamente probatória. O autor acrescenta que a prática brasileira, todavia, tem destoado das normativas impostas, como se extraía dos acordos de colaboração da Operação Lava Jato com os acusados: Paulo Roberto Costa (Pet. 5.210 STF), Alberto Youssef (Pet. 5.244 STF), Delcídio do Amaral (Pet. 5.952 STF), José Sérgio Machado (Pet. 6.138 STF)⁹ e Joesley Batista (Pet. 7.003 STF), homologados pelo Supremo Tribunal Federal, e a insere na tendência denominada por Máximo Langer de “administrativização das condenações criminais”. Ressalta a crítica de alguns doutrinadores, das quais ousamos discordar, no sentido de que nosso sistema ainda é inquisitivo em essência, pois permite a produção de provas de ofício pelo julgador e não delimita uma separação clara entre as fases investigativa e

² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada e negociação na Justiça Criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, n. 28, p. 241-271, 2020.

de julgamento. Como já ponderamos em outros trabalhos, os modelos não são puros, e a iniciativa supletiva do complexo probatório pelo juiz não implica, inexoravelmente, perda da imparcialidade e adoção do modelo inquisitivo, assim como a valoração de todos os elementos da persecução não destoa profundamente do perfil predominantemente acusatório do nosso procedimento, visando assegurar, na verdade, o livre convencimento e a correção da decisão.

A propósito, consideramos que esse impulso subsidiário e excepcional da atividade probatória pode ser empregado até mesmo para corroborar a fidelidade e regularidade de confissões eventualmente exigidas na celebração de acordos penais. Em nossa opinião, tais concessões não violam o art. 129, inc. I, e a atribuição privativa do Ministério Público da promoção da ação penal pública. Não excluem a função da investigação preliminar de evitar acusações infundadas, invocada por Vasconcellos, que não precisaria ser eliminada do conhecimento do julgador, como alguns depreendiam do Pacote Anticrime, após instauração do contraditório, sobretudo quando prevista a possibilidade de revisão de decisões daquela fase gravosas para o investigado.

A função do Judiciário na fase de investigação preliminar é, fundamentalmente, resguardar direitos fundamentais e limitar os poderes investigativos estatais. Reelaboramos aqui o conceito extraído por Vasconcelos da doutrina brasileira que define Justiça Criminal Negocial como modelo que se pauta pelo consenso entre acusação e defesa, marcado pela colaboração processual do investigado, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo ou ainda facilitando a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, como contrapartida benéfica à renúncia ao transcorrer do devido processo com todas suas garantias, mormente a do silêncio. Tal definição abrangente contemplaria diferentes institutos negociais da nossa lei, sem excluir a delação premiada, que já era prevista para crimes hediondos, contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86), lavagem de dinheiro, extorsão mediante sequestro, proteção à vítima e testemunha (Lei nº 9.807/99) e entorpecentes, mas que passou a se difundir, enquanto procedimento bem disciplinado, a partir da Lei nº 12.850/2013.

O projeto de novo CPP (PL 8.045/2012), a propósito, prevê o “procedimento sumário”, rito alternativo, que autoriza a “aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos”, desde que no seu mínimo legal, após a confissão do acusado e a dispensa

da produção de provas pelas partes. O acordo penal também estava previsto no projeto do Pacote Anticrime, mas foi excluído em parecer de Comissão Legislativa Preliminar. A colaboração, por sua vez, embora fundada no consenso, é “meio de obtenção de prova”, tendo finalidade mais probatória e investigativa para resolução de crimes complexos do que de abreviar o processo, até porque a confissão deve ser corroborada por outras provas. Não deixa, contudo, de almejar a eficiência da persecução, facilitando a responsabilização dos diversos agentes envolvidos no delito.

As cautelas do legislador na regulamentação minuciosa do instituto, reforçadas no Pacote anticrime, tocam o outro ponto de equilíbrio do processo, qual seja, a fiel observância dos direitos fundamentais, na medida em que implica renúncias a alguns, como o direito de não produzir prova contra si mesmo e o de impugnar a pretensão acusatória. Preocupou-se ainda em assegurar o direito subjetivo ao benefício previsto no acordo, quando cumpridos seus termos, e resguardar a imparcialidade, inclusive do julgamento na hipótese de descumprimento, obstando a participação do juiz nas negociações e a condenação lastreada apenas nas declarações de agente colaborador, como já consolidado, em nosso sentir, na jurisprudência das Cortes Superiores, que não se contentava sequer com as delações cruzadas (de outro colaborador) ou amparadas por elemento de produção unilateral (ex.: controle pessoal de propinas, agenda de destinatários etc.).

Com efeito, o legislador também aperfeiçoou o controle da colaboração, impedindo abusos ou estímulos lenientes a alguns investigados, em detrimento da isonomia e impessoalidade, como os regimes diferenciados de execução de pena, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a imunidade a familiares e terceiros, a renúncia ao acesso à justiça e aos recursos e a previsão de um dever genérico impreciso de colaboração. Cuida-se de reação contra várias distorções no manejo inicial do instituto, bem exemplificadas por Vasconcellos: progressões sem o preenchimento dos requisitos legais (ex.: Pet. 5.244 e Pet. 5.210 STF); “reclusão doméstica” por período predeterminado (ex.: Pet. 5.210 STF); “regime fechado domiciliar diferenciado” (Pet 6.138 STF), “regime domiciliar semiaberto diferenciado”, com datas de saídas da residência e lista de visitantes autorizados; a permanência de bens produtos/proveitos de crimes com familiares do delator, como “medida de segurança durante o período em que o colaborador estiver preso” (Pet. 5.244 STF); e dever de cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento em órgãos de investigação, análise documentos e provas e auxílio a peritos (Pet. 5.244

e Pet. 7.003 STF) e dever genérico de cooperação, tornando o rol do ajuste exemplificativo (Pet. 5.244 STF, Pet. 5.210 STF, Pet. 5.952 STF, Pet. 6.138 STF e Pet. 7.003 STF).

Com efeito, representaria falácia abdicar da tutela penal, cuja insuficiência é proibida, de bens jurídicos com dignidade constitucional (impunidade pela via da colaboração) ou anuir com a imposição de obrigações atípicas, fazendo o investigado assumir funções de Estado, como se esse reconhecesse implicitamente sua incapacidade ou seguisse utilitarismo cego na persecução de crimes, ao arrepio dos fundamentos éticos de sua intervenção na esfera dos cidadãos. Inicialmente, no HC 127.483, o STF sustentara a legalidade de cláusulas inovadoras, com supedâneo na exegese teleológica das convenções de Mérida e Palermo, na lógica do “quem pode o mais, pode o menos” e no direito à proteção do colaborador. Vasconcelos lembra que Andrey Mendonça sugerira como critérios de analogia *in bonam partem*, alternativos à legalidade estrita, a inexistência de vedação legal do benefício; a relativa cobertura legal, mediante adaptações ao caso concreto; a presença de objeto lícita no acordo e moralmente aceitável; o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana; a razoabilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e a legitimidade do Ministério Público. Tais razões, no entanto, sucumbiram perante a jurisprudência que se formou sobre a matéria.

As restrições aos benefícios negociáveis pela Lei nº 13964/18, ademais, superaram grande parte daquelas controvérsias. Tentamos aqui expor o estado da arte no nosso país do fenômeno internacional de expansão dos mecanismos de acordos penais para imposição de penas e condenações sem processo, com especial destaque para as balizas oriundas dos julgamentos do STF, sobretudo na Lava Jato. Máximo Langer já reconhecia que as importações de mecanismos de barganha por sistemas de *civil law* (Alemanha, Itália, Argentina e França), ainda que sem negar por completo a influência estadunidense, não reproduzem em termos precisos o modelo da *common law*, vislumbrando assim fragmentação, divergência e “traduções legais”, em vez de um “transplante legal”, considerando as diferenças de culturas processuais entre o modelo adversarial e o inquisitorial.

Retomando as ponderações de Vasconcelos, embora de fato os institutos consensuais brasileiros atuais não possam ser definidos como “mecanismos de condenação sem processo”, inserem-se nesse movimento,

mais propriamente considerado administrativização da “justiça criminal”, sobressaindo os benefícios oferecidos pelo Estado e a disposição do imputado de não resistir à persecução penal, mediante ampliação dos poderes das partes e consenso. Temos no Brasil, como vimos, exemplos de traduções ou releituras de institutos que se conformam às premissas e à cultura do ordenamento receptor. Não obstante a prática da colaboração premiada, que, aqui, se aproximou de um modelo de negociações ampla, o rearranjo pela doutrina, jurisprudência e a própria lei revelou, claramente, na nossa percepção, a tendência de adequação à normas e valores vigentes e não de mero transplante de institutos de outros sistemas.

Na Questão de Ordem da Pet. 7074, o STF analisou ainda os limites da competência do relator nas colaborações premiadas. O ministro Fachin suscitou a discussão por ocasião da sindicabilidade do acordo envolvendo a J&F, preconizando a possibilidade de homologação monocrática pelo relator, inclusive por força de seus poderes instrutórios. Restaria ao Pleno da Corte avaliar o cumprimento das obrigações e a eficácia da colaboração, sem prejuízo de eventual análise da legalidade à luz do art. 966, par. 4, do CPC. Ficaram vencidos, então, os ministros Lewandowski e Gilmar Mendes, que consideravam que ela não era apenas meio de obtenção de provas, mas negócio jurídico, cuja homologação caberia ao colegiado, sob pena deste não poder se vincular à pena e, ainda mais, ao perdão, ajustados entre as partes. O ministro Marco Aurélio ponderou que a preclusão não subsistiria, se houvesse fato superveniente. Por unanimidade, contudo, o STF acolheu a prevenção de Fachin por força da Pet. 7003 e do Inq. 4112.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello enfatizou a independência do MP; seu dever de ofício de investigar *notitia criminis* oriunda também de colaborador; a história, a relevância e a natureza da colaboração; o controle judicial das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais; a harmonia com a CF; e o sistema. Nessa ordem de ideias, caberia ao STF zelar pelos direitos fundamentais e presunção de inocência, enquanto a apreciação profunda de valor e conteúdo das declarações ocorreria no julgamento de mérito para um ou mais dos resultados indicados no art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/2013. Não se olvida da distinção que passou a ser feita entre efetividade da cooperação pessoal e eficácia nos resultados práticos em favor da persecução, sujeita ao juízo sobre a concessão dos benefícios, como na situação em que a colaboração não resulta eficaz, a despeito do empenho real do colaborador. Invocando magistério de Renato Brasileiro de Lima, asseverou-se que o juiz não é protagonista do negócio, no modelo acusatório, à luz da discricionariedade regrada e das Regras de Havana,

competindo-lhe, de outro giro, aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações. O julgador, contudo, não poderia mudar benefício ajustado, entendimento consagrado no julgamento do HC 127.483/PR, de Relatoria do ministro Toffoli. Destacou-se mais uma vez a conjugação de segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança (previsibilidade para o indivíduo, como subprincípio da segurança, segundo Canotilho) sobre a relação jurídica pública. Suas dimensões exigem garantia para decisão e efeito jurídico ante ato de poder, além da fiabilidade e racionalidade.

Ainda segundo o ministro Celso, quando o Estado assume obrigação de beneficiar o investigado, forma-se ato jurídico perfeito, passível de desconstituição somente se descumprir as obrigações assumidas ou se superveniente causa legítima, como o fato de ter mentido. O *pacta sunt servanda* personalíssimo, outrossim, não vincula esfera jurídica de terceiro, que, portanto, não teria legitimidade para invalidar acordo, mas apenas para impugnar as declarações do delator no procedimento eventualmente instaurado contra si. A desconstituição, de outro giro, não afeta o que foi produzido a partir da delação, conforme voto do ministro Teori Zavascki na Pet. 5.885-AgR/DF. Até mesmo se houver revogação do acordo, o material probatório decorrente pode ser usado em face de terceiro. Ressalvou-se que o depoimento do colaborador que efetivamente valerá para julgamento do imputado é aquele prestado sob contraditório, sujeito a reperguntas da defesa desse. Assegurou-se ainda o acesso do advogado ao resultado da colaboração, nos termos da Sumula 14 STF, inclusive na investigação unilateral, porque o imputado não deixa de ser sujeito de direitos. Ademais, segundo o princípio da comunhão da prova, ela não pertence à parte, mas aos autos, independentemente do ônus na sua produção e da origem.

Na Reclamação 18.399-MC/SP, o ministro Celso já havia ponderado que, ainda quando sujeitas, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo, necessariamente excepcional, as provas já produzidas e formalmente incorporadas devem ficar acessíveis à defesa, excluídas aquelas em curso (execução) e, por isso mesmo, não documentadas no inquérito ou processo, como, por exemplo, a interceptação telefônica. Como se percebe, o instituto da colaboração premiada no Brasil recebeu nos últimos anos inestimáveis contributos do STF, alguns incorporados posteriormente pela lei, para adequação às nossas regras processuais e princípios constitucionais, evitando-se a banalização, a insegurança e efeitos contraproducentes, que poderiam justamente minar a credibilidade e a eficiência de tão importante instrumento de combate à impunidade.

2. Medidas cautelares e separação de poderes

Na ADI 5526, por maioria, decidiu-se que o Judiciário teria competência para decretar medidas cautelares do art. 319, do CPP, contra parlamentares, sendo que apenas aquelas que dificultassem ou impedissem, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato exigiriam o envio da decisão em 24h para a respectiva Casa Legislativa, nos termos do art. 53, parágrafo 2º, como ocorreria na hipótese de flagrante de crime inafiançável. Para o Min. Alexandre de Moraes, ainda que se admitisse cautelar que implicasse afastamento do mandato ou dificultasse seu exercício, ela ao menos deveria depender da análise em 24h pela Casa correspondente. Para o Min. Toffoli, a providência se aplicaria às cautelares que pudessem ensejar também prisão, pois o fim dessa garantia seria a proteção do livre exercício do mandato eletivo contra interferências externas. O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, considerou que a efetivação das medidas pelo Judiciário diretamente não representaria nenhum cerceamento. O Min. Gilmar Mendes destacou, como pedra de toque do sistema de divisão de Poderes, que a imunidade não seria uma garantia do parlamentar, mas da democracia. O Min. Marco Aurélio refutou a possibilidade de o Judiciário decretar diretamente qualquer cautelar, enquanto a Min. Cármen Lúcia restringiu a exigência, além da prisão ressalvada na CF, à cautelar de afastamento, porque o mandato é do eleitor. De outro lado, dispensando a apreciação pela Casa, o Relator Min. Fachin entendeu que ela “contrasta com a necessária interpretação restritiva que se deve dar, em razão do princípio republicano, aos óbices constitucionais impostos à sujeição igualitária de todos às regras penais e processuais penais”. Para o Min. Luís Barroso, parlamentares decidiriam apenas sobre flagrante inafiançável, sustação do andamento de ações penais (artigo 53, parágrafo 3º) e perda de mandato (artigo 55, par 2º), como exceções únicas à competência do Judiciário exercidas diretamente. A Min. Rosa Weber enfatizou que prerrogativas constitucionais não são direitos que busquem proteger o parlamentar, mas sim a preservação da representação popular, já havendo equilíbrio na divisão de poderes. O Min. Fux interpretou restritivamente as exceções aos postulados republicano e isonômico. O Min. Decano Celso de Mello considerou que o mandato eletivo não pode ser utilizado como forma de coibir a atuação do Poder Judiciário. Segundo seu entendimento, o princípio republicano traz em si o princípio da responsabilidade. Enfim, a despeito da conclusão do julgamento acima referida, é possível notar as várias e relevantes implicações

do tema em sede de divisão de poderes, direitos fundamentais e exegese de regras processuais justamente quando passaram a ser mais recorrentes as investigações contra agentes políticos, demandando de uma Corte Constitucional a definição exegética de sua disciplina.

3. Condução coercitiva

Na ADPF 395, o STF reconheceu o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para decidir, em seguida, que o direito à não autoincriminação seria violado pela condução coercitiva do investigado, sem tempo para preparar defesa, representando ainda ofensa à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade. Preliminarmente, entendeu-se que o objeto da arguição era ato normativo pré-constitucional e o conjunto de decisões judiciais impugnado, e, segundo o princípio da subsidiariedade, considerou-se que não haveria outro meio para sanar ilegalidade, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99. Foram invocados precedentes para dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência (ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau), lembrando-se que, à luz do art. 376 do CPC, tal prova cabe quando o juiz determinar e se tratar de norma proveniente de Estado ou município ou ainda costume. *A contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito seria desnecessária. Além de enfatizada a presunção de não culpabilidade, asseverou-se que a condução coercitiva representava restrição temporária da liberdade de locomoção. Ademais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) foi invocada como valor intrínseco e não mero objeto do Estado e observou-se que o direito à não autoincriminação, na modalidade silêncio, incluía a recusa de comparecer para depor, sem se interpretar tal opção como admissão de responsabilidade. Afinal, em interrogatório, o investigado deveria ser advertido de seus direitos, inclusive de contar com a assistência de advogado. A presunção de inocência, além disso, não se restringe à regra do *in dubio pro reo* no julgamento, mas contempla a vedação do tratamento de pessoas não condenadas como culpadas, inclusive mediante submissão a forças policiais em vias públicas. O direito de ausência, por fim, socorreria o investigado e não apenas o denunciado. Assim, a ação foi julgada procedente para se declarar a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado com a CF e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Tal julgamento, com relatoria do Min. Gilmar Mendes,

revelou mais uma vez a necessidade de pronunciamento do Supremo sobre limites de medidas processuais que passaram a ser difundidas em investigações de crimes graves, mormente de corrupção, despertando grande interesse da sociedade e da mídia.

4. Júri e prova manifestamente contrária aos autos

Outra matéria relevante e polêmica levada ao STF foi objeto de voto do Min. Celso de Mello no RHC 117076, após manutenção da decisão do TJ-PR pelo STJ. O decano concluiu que os jurados estão eximidos da compreensão das teses jurídicas debatidas em julgamento de crimes dolosos contra a vida e que, com a superveniência da Lei nº 11.689/2008, passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia, segundo o princípio do livre convencimento, protegido constitucionalmente pelo sigilo da votação (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”), que pode contemplar razões de índole eminentemente subjetiva, como clemência ou caráter humanitário. Entendeu-se, naquela ocasião, que admitir a apelação do MP versando sobre suposto conflito com a prova dos autos “implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa e do modelo de íntima convicção dos jurados”. Destacou-se que os jurados não estão vinculados a critérios de legalidade estrita, podendo absolver o réu por razões de natureza destacadamente metajurídica e atuando segundo a íntima convicção (e não convencimento motivado), sem se submeterem ao acervo probatório dos autos.

No STJ, o Min. Jorge Mussi havia considerado que o TJ não violara a soberania dos vereditos e que, se os fundamentos da decisão contrariavam as provas, não caberia ao STJ reavaliar tal conclusão. O Min. Celso, contudo, entendeu que, sob o aspecto fenomenológico, o Tribunal de Justiça não teria condições de sindicarem se a deliberação estaria em conformidade ou não com as provas, como na hipótese de acolhimento da inexigibilidade de conduta diversa. Citou lição de Aury Lopes Junior no sentido de que o artigo 593, III, “d”, do CPP, seria aplicado apenas para condenação contra provas e não para absolvição genérica, cuja razão poderia ser desconhecida. Mencionou ainda a opinião de Luiz Flavio Gomes, que preconizava a revogação tácita de parte do artigo. No STJ, a votação apertada (5x4) tinha contado com embate entre a compreensão elástica da soberania dos veredictos e a tese de paridade de armas.

O Min. Celso ressaltou a estrutura, mais do que a regra de competência, atinente ao Tribunal do Júri, que permite ao Conselho de Sentença não mais considerar apenas fatos, mas também sentimentos, sobretudo após a reforma de 2008. Assim, o recurso exclusivo da defesa decorreria da impossibilidade de desvendar motivação íntima de cada jurado para absolvição, podendo até mesmo diferir para os sete jurados. O sigilo da votação, nesse contexto, teria dupla finalidade: condensar teses de defesa, jurídicas ou não, sem vinculação temática, não se concebendo vontade “contrária aos autos”, porque seria sempre livre. No julgamento, o Min. Marco Aurélio destacou que as razões poderiam ser até extraprocessuais, enquanto os Min. Fachin e Gilmar Mendes incluíam na soberania aquelas dissociadas da própria defesa. Enfim, nessa seara, não se trataria exclusivamente de legalidade estrita, mas de soberania dos vereditos, plenitude de defesa e modelo de íntima convicção (CF, art. 93, IX), desprovida de motivação por força do “sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”). Assim, reconheceu-se a incognoscibilidade da apelação do MP ao TJ, restabelecendo a absolvição da Comarca de Maringá.

5. Princípio da insignificância

Tema de importância singular para uniformização dos critérios adotados pelos variegados juízos do país foi objeto de voto primoroso do Min. Celso no HC 155920, que versava sobre acusação de furto tentado de duas peças de queijo, devolvidas à empresa. Considerou-se que a reincidência não descaracteriza, por si só, a insignificância do fato como causa suprallegal de exclusão de tipicidade penal, em sua dimensão material. Assim, foi invalidada a condenação para absolvição por atipicidade. Destacou-se que a insignificância, como postulado de política criminal, tem conexão com a intervenção mínima e a fragmentariedade, sendo seus vetores: (a) a mínima ofensividade da conduta; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica, apoiada no caráter subsidiário do sistema penal. Nessa linha, poderiam ser citados ainda julgamentos do pleno nos HC 123.108, 123.533 e 123.734. Assim, a jurisprudência que passou a se cristalizar acerca dos delitos de bagatela prescindia da análise de condições subjetivas, antecedentes e reincidência para reconhecimento da atipicidade das condutas, repercutindo sobre inúmeros casos semelhantes submetidos diuturnamente aos juízos de todo país.

6. Homofobia e racismo

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, o Min. Celso de Mello proferiu voto histórico, que fomentou intensa discussão sobre a possibilidade de o Judiciário reconhecer a incriminação de outras formas de racismo, mediante interpretação conforme de norma penal. Inicialmente, o ministro discorreu sobre preconceito em razão de identidade de gênero e orientação sexual “pelos cultores da intolerância, cujas mentes sombrias” – que rejeitam o pensamento crítico, repudiam o direito ao dissenso, ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, se apresentam como “corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas” – e desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas (expressões que tão bem empregou para definir tão grave problema atual). Em seguida, tratou da inércia do Estado perante a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, a despeito do dever de proteção à essencial dignidade das pessoas, a ser efetivado mediante tipificação penal dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Considerou que homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, “na latitude dessa expressão”, pelo STF no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir a tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando por omissão, art. 5º, XLII, da CF, que classificou o racismo como crime inafiançável e imprescritível, impondo a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI). Enfatizou ainda a superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação das medidas determinadas pelo texto constitucional (CF, art. 5º, XLI e XLII), que tem causado indevida frustração à legítima pretensão dos integrantes da comunidade LGBT à proteção do Estado em face dos comportamentos discriminatórios que atentam gravemente contra a sua dignidade, além dos injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre direitos básicos, o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício, por esse grupo vulnerável, da liberdade. Partiu da premissa da aceitação do acrônimo LGBT no âmbito da defesa dos direitos

humanos, contemplando várias vertentes, mas tendo como ponto comum sua absoluta vulnerabilidade.

Em seguida, discorre sobre a diversidade sexual humana, que reflete aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa. Lembrou que o sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito a sua conformação física e anatômica, como primeiro critério de ordenação. A identidade de gênero, por sua vez, estaria assentada em fatores psicossociais, referindo-se à forma como a pessoa é culturalmente identificada, no âmbito social, ou seja, como expressão da masculinidade ou feminilidade. Identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída. Pode haver, assim, coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero, travestilidade, transexualidade). Para o eminente jurista, a sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão. Essa perspectiva evidencia a orientação sexual das pessoas, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos de caráter heterossexual (atração pelo sexo oposto), homossexual (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (indiferença a ambos os sexos). A sexualidade, no seu pensamento, é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, além da orientação sexual. O ministro invocou, ademais, os princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. O Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), no art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitui incitação à discriminação, segundo suas precisas assertivas. A Corte Interamericana de direitos humanos reconheceu, outrossim, a essencialidade do direito à identidade de gênero e orientação, instrumento para satisfação de outros.

A autopercebida identidade de gênero, nesse contexto, seria a profunda e sentida experiência interna e individual de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo, à identidade real ou atribuída em ato de homofobia (gays, lésbicas) ou de transfobia (travestis, transexuais e transgêneros em geral). O heterossexismo, como recorda o ministro, é um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importando se de modo explícito ou implícito, e constitui base para a “homofobia como modalidade de preconceito”. A cisgeneridade é institucionalizada como norma proibitiva da transfobia. Gênero e orientação sexuais são dimensões da personalidade em oposição à chamada “ideologia de gênero”. A liberdade existencial e dignidade humana são afrontadas por discursos autoritários e excludentes, que desqualificam a ciência com a inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-as à condição subalterna de mera teoria social. Segundo o ministro, se há algo que é “ideológico”, no sentido pejorativo (de algo contrário à realidade objetiva), é a tese de que as pessoas “nascem” heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual, passam à identidade não heterossexual ou transgênera. Esse pensamento, com efeito, é incompatível com a diversidade e com o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida. Gênero não é biológico-natural como sexo, mas um constructo social, que também não se confunde com orientação colocada em prática. O existencialismo, como filosofia que considera o homem como constructo de si mesmo, não é excluído pela noção de sexo biológico. Lembrou-se ainda da ADPF 461 sobre a proibição, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, dos estudos de gênero e de orientação sexual, o que levou Min. Barroso a asseverar que o objeto “não deixará de existir por sua negação”.

Direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana, qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, concepção já consagrada no reconhecimento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Relator Ayres Britto) e no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF, Red. Fachin). Prossegue no voto, afirmando que

o pluralismo, a igualdade e a liberdade integram cláusula pétrea, assim como a autonomia de vontade, o direito à intimidade e à vida privada. Percebe-se aqui claramente o substrato constitucional do tema, sujeito inegavelmente à competência decisória do STF.

O ministro, contudo, reputou inviável o acolhimento do pedido de responsabilização civil no controle abstrato de constitucionalidade, em que não se aprecia situação em concreto versando sobre relação individual, provas de dano e nexos de causalidade ou ato do Executivo, mas lei em tese para reconhecer a imposição constitucional ao Congresso de legislar e a configuração de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável. A ADI é realmente um processo objetivo e abstrato sobre validade constitucional. No voto ressaltou-se ainda a impossibilidade de tipificação direta das condutas lesivas àqueles valores por ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal. O pretendido sucedâneo de norma contrária a legalidade, os direitos fundamentais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Contudo, reputou-se viável o reconhecimento da mora e a interpretação conforme possível para cessar o estado de inconstitucionalidade por omissão.

O ministro Celso de Mello fez ainda escorço histórico da lesão aos valores citados, lembrando que, no Brasil, as ordenações cominavam até a pena de morte para sodomia e *supplicium extremum* para práticas sexuais tidas por “desviantes”, como humilhar em fogueira, por influência da Inquisição religiosa em Portugal e do domínio político da colônia. Depois de lenta evolução, ainda em 2017, o país se deparou com aumento de 30% de homicídios contra LGBT, sendo considerado líder do ranking mundial. Destacou, ademais, a omissão penal seletiva contra preconceito e racismo, ressaltando o mandado de incriminação da CF, no art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e no art. 5º, XLII (“a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei”). Além desse desrespeito à CF, lembrou que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas contra ação do Estado, mas contra omissão na sua proteção, segundo a compreensão integral de proporcionalidade, que proíbe excesso e a proteção insuficiente (GM HC 104.410/RS). As lições sobre direito constitucional prosseguem com a exposição sobre o cabimento de ADI para neutralizar inércia de mais de 30 anos, nos termos do art. 22, inciso I, DF, lembrando que o projeto de Lei nº 5.003/2001, que no Senado passou a 122/06, acabou arquivado, porque se passaram duas legislaturas sem deliberação, sendo desarquivado

somente em 2011 e anexado ao do CP (PL do Senado nº 236/2012), mas sem prazo previsto para sair da Comissão de Constituição e Justiça. A mora não ocorreria apenas para propor, mas também para deliberar, nos termos da ADI 3.682/MT, rel. Gilmar Mendes. Lembrou-se que Eros Grau já havia vislumbrado demora legislativa no decurso de 24 meses e Joaquim Barbosa, de 12 meses, para outros casos. Na ADI 3.682/MT, rel. Gilmar Mendes, também reputou viável avaliar se tramitação de PL é procrastinatória e abusiva, sendo assim precedente a omissão sobre regulamentação do direito de greve de servidores, no qual o STF empregou disciplina das relações privadas.

Concluiu, assim, o Ministro Celso que compete ao controle concentrado do STF colmatar omissão inconstitucional, ainda que parcial (insuficiência) na efetivação do conteúdo material da CF, não bastando a formal, como ensinava Pimenta Bueno já na monarquia, pois representa violação de direitos fundamentais não lhes conferir aplicabilidade, fato esse de gravidade político-jurídica incontestável. Cita o escólio de Ana Candido Ferraz, ao explicar que tal situação configura mutação da CF, sem o processo previsto e a erosão da consciência constitucional. Pontes Miranda, como lembra o ministro, já ensinava que a Lei Maior pode ser mudada, mas não deixar de ser cumprida. Além desse direito público subjetivo à legislação, mereceram destaque no extenso voto o dever de probidade e a segurança da proteção do bem jurídico contra riscos. Portanto, buscou solução célere ao problema na preexistência do tipo penal para o racismo. A PGR, aliás, também não viu na Lei nº 7.716/89 analogia in *malam partem*. O voto retomou então a ideia de que o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto e que tal classificação não tem base científica, constituindo construção histórico-social voltada para justificar a desigualdade, que ciência e livre manifestação não justificam. O racismo também pode ser cultural e sociológico, tendo conceito fluido, não apenas antropológico e étnico, e recaindo sobre parcela da sociedade, mediante conjunto de ideais, valores e condutas. Combater racismo, no seu sentir, é evitar confrontos na sociedade para manter a unidade intrínseca da espécie humana, dotada de uma mesma origem, sem divisão em raças, que colidiria com valores constitucionais e democrático.

Partindo da dimensão incindível do gênero humano, o ministro Celso reputa vedadas hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia e resgata a identidade entre homofobia e racismo da Convenção Internacional para eliminação da discriminação e do Estatuto de Igualdade racial. Presentes a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade

de submeter a vítima à diferenciação quanto ao acesso a oportunidades, configurar-se-ia o delito. A propósito, a Comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância. A ONU em 2013, aliás, recomendou aos países a criminalização de tais condutas. Equipara, em suma, a homofobia a uma ideologia racista, classista em torno de emoções (crenças), condutas (supremacia do hétero que exclui o diferente do acesso) e argumentos ideológicos (de autoridade e de teorias pseudocientíficas). Destacou o precedente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Vejdeland e outros vs. Suécia*, que admitiu para tal prática a mesma punição de outros racismos. Com efeito, a homofobia prega que critério biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino). O Min. Celso assevera que, se se discordar de que é também racismo, a homofobia e a transfobia se enquadrariam no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, contempladas por outro mandado de criminalização constitucional. Cita lição de Nucci sobre a imprescritibilidade do crime de racismo e a razoabilidade da inclusão de qualquer segregação. Segundo Fabiano Silveira, que também invoca no seu extenso texto, o racismo é elemento normativo, tendo o art. 20 da Lei de Conteúdo Polissêmico, voltado para conduta que represente qualquer forma de comportamento contra direitos da personalidade.

Considerou ainda a “pré-compreensão” dos valores para máxima eficácia dos comandos constitucionais, segundo os debates da Constituinte, como havia feito Nelson Jobim, e as circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, sopesadas por Maurício Correia no caso *Elwanger*, salientando que a hermenêutica não pode retirar força normativa da CF e que, para direitos humanos, também devem ser observados os tratados internacionais. Não se trataria de usurpar de poder ou de ativismo, mas de interpretar conforme a CF e realizar mera subsunção correta e integral. Ocupou-se assim do racismo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade dos outsiders e de exclusão da proteção do Direito, incluindo o social contra igualdade e democracia. Tal relação com raças, como classes, sequer teria base antropológica, disfarçando na verdade a desumanização do outro. Não se cuidaria, com efeito, de reconstrução do tipo ou sentença aditiva para coibi-la, mas de exegese, cuja viabilidade ou caráter extensivo certamente desperta grande controvérsia ainda hoje. Para sustentar sua posição, o Ministro então

invocou o precedente da ADPF 291/DF, rel. Min. Barroso, que entendeu não recepcionadas as expressões do art. 235 do CP Militar “pederastia” ou outro e “homossexual” ou não. Esclarece que os ideais da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo, referidos na Conferência Internacional de Durban, em 2001, representariam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação e ao discurso racializante (que cria raças) ilícito, base para o ódio contra outros, lembrando que tolerância não significa renunciar às próprias convicções.

O ministro Celso nega assim qualquer dano potencial à liberdade religiosa. Aduz que é irrelevante se proselitismo de natureza religiosa ou de caráter político-ideológico para a liberdade de expressão, que é de convencer ou de receber informações, mas que não legitima a intolerância, não se cogitando de direito absoluto. Dissentir não é lesar bem jurídico. Enfatiza, por fim, a função contramajoritária da jurisdição constitucional, ponderando que “nenhum direito ou garantia pode exercido contra a ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” e que o discurso para rebaixar outro é contra a própria liberdade. A exegese da primeira emenda dos EUA pela Suprema Corte, por exemplo, consoante pertinente paralelo, admitia a punição do ato de queimar cruz, como símbolo de ódio e não de liberdade de expressão. Acrescenta que nossa CF separou Estado e Igreja, optando pela neutralidade axiológica e pelo respeito à liberdade de religião, sem submetê-lo a dogmas religiosos. A liberdade e a dignidade humana, a qual decorre da busca pela felicidade como valor fonte que inspira todo ordenamento, limitam a liberdade religiosa e de expressão.

Nesse contexto, o culto ministro deferiu os pedidos de reconhecimento de omissão inconstitucional imputável ao Legislativo, de determinação, em consequência, da cientificação do Congresso Nacional para legislar e o subsidiário de colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo-se interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, em ordem a explicitar, em harmonia com o que dispõe CF, art. 5º, XLI e XLII, que os atos de discriminação praticados em razão da orientação ou da identidade sexual configuram racismo.

7. Outras questões processuais

Na Reclamação 41557, relator Gilmar Mendes, foi concedida liminar para suspender os efeitos de decisão judicial que determinou a indisponibilidade

de todos os bens do ex-deputado estadual de São Paulo Fernando Capez no âmbito de ação civil por improbidade administrativa, em razão do trancamento definitivo de ação ajuizada contra ele decorrente da “Operação Alba Branca” (HC 158319). O MPF, então, havia ajuizado Ação Civil Pública “repetindo rigorosamente os mesmos fatos e sem nenhuma inovação no contexto probatório”. O trancamento da ação se fundara na demonstração inequívoca da ausência de sua participação nos fatos narrados, na comprovação da inexistência de enriquecimento ilícito ou de recebimento indevido de valores e na ilicitude das provas produzidas pela acusação. Atentou-se para a identidade do acervo fático-probatório da ação civil de improbidade e da ação criminal, inclusive com a duplicação da narrativa, por vezes utilizando-se das mesmas palavras. Tratou-se, enfim, de importante precedente para iluminar o complexo problema da autonomia ou sobreposição de instâncias de responsabilização, do *bis in idem* ou independência de requisitos para veiculação de pretensões do Ministério Público.

No AgReg do Inquérito 4435, o STF declarou que compete à Justiça Eleitoral decidir se há conexão entre delitos comuns e eleitorais para fins de desmembramento dos autos ou reunião, como fariam os Tribunais Superiores nas hipóteses de prerrogativa de foro em razão de crimes cometidos em razão e no exercício da função, remetendo ou não as ações contra outros investigados aos juízos competentes. Essa análise, contudo, não será verticalizada como na colaboração premiada, mas realizada pela Justiça Especial da mesma instância. O Min. Fachin, contudo, na ocasião, ponderou que reeleição não seria propriamente atribuição de mandato de deputado e que a competência da JF teria sede na CF (ex.: apuração da evasão de divisas atrairia as demais condutas, salvo falsidade ideológica eleitoral porque também prevista no CF, art. 121). O min. Luis Barroso entendeu, por sua vez, que a apuração de corrupção, já iniciada na JF, deveria aguardar decisão dessa ao final da investigação, quando os autos seriam remetidos à JE, se se vislumbrasse apenas crime eleitoral. O Min. Fux, nesse sentido, considerou que só quando concluído o inquérito, seria definida a competência, posição seguida em linhas gerais por Carmem Lucia e Rosa Weber.

Diante da repercussão na mídia que ganhou o julgamento, o Min. Celso de Mello relembrou que o STF trata das relações entre poderes do Estado e direitos fundamentais, como definição do juiz natural e temas essenciais do devido processo legal, cujo respeito é fator de legitimidade da atividade estatal no combate à corrupção e à deformação do Estado Democrático de Direito, sem ceder ao clamor público e à maioria contingente. A restrição

à liberdade somente se pode guiar pela racionalidade e correção jurídica, desprovida de paixão, mesmo ante crimes graves, nas palavras do ministro, além de despontar relevante a experiência institucional. Concluiu que não se tratava de inovação, pois a Segunda Turma já tinha reconhecido a competência da J Eleitoral para crimes conexos, nos termos do art. 35 CE, em outras ocasiões (4.428-QO/DF, rel. GM; Pet. 6.694-AgR-AgR/DF, Tof; Pet. 6.986-AgR-ED/DF, Tof; Pet. 6.820-AgR-ED/DF, Red. LEW em abril de 2018). Citou como exemplo o pagamento de propina (art. 317, CP), mediante caixa 2 de campanha eleitoral (art. 350 CE) e Lavagem de dinheiro. Destacou que desde 1934, salvo em 37, tal competência sempre coube à Justiça Eleitoral (CF de 46, 67 e 69 e 88), na forma da lei complementar.

O ministro Celso enfatizou, assim, o princípio da continuidade normativa, além do incessante trabalho da JE para zelar pelo sistema democrático e lisura eleitoral. Destaca que, embora a competência da JF tenha sede na CF, a parte final do inciso IV, do art. 109, ressalva expressamente a da Justiça Eleitoral, sem excluir os crimes conexos, com ensina Jose Jairo Gomes. Ademais, a regra é reunir as investigações, quando presente conexão ou continência. Segundo Nucci, que invoca em seu voto, restaria analisar qual juízo prevalente, que atrairia os demais ou seria prorrogado. Se, por exemplo, na apuração de desobediência ocorre aditamento de crime eleitoral, desloca-se a competência para a Justiça Especializada, conforme precedentes de Rezek, Moreia Alves, do próprio Min. Celso Mello (Pet. 5700/DF e AgrReg5801), do des. Marcial Holanda (TJSP, junho/18) e da Corte Especial do STJ. A Justiça Eleitoral, então, decidirá pela reunião por conexão ou desmembramento, inclusive pelas hipóteses do art. 80 CPP (número de réus presos, distância ou justificativa relevante).

Perante as objeções de ordem pragmática, como perigo de retrocesso no combate à corrupção, o voto destacou reconhecimento pela própria Procuradora Geral da República de que tal prejuízo não ocorreria. Em suma, a interpretação sistemática, acima exposta, do art. 35 CE e do art. 78 CPP, recepcionados pela CF, foi acolhida para definição do Juiz Natural nessas situações. Assim, concedeu-se ordem de HC para anular atos praticados até oferecimento da denúncia no caso concreto, concedendo-se vista ao MP eleitoral. Vencida então a tese de que JF tinha competência na CF, em nível superior àquela estabelecida no CE para a Justiça Eleitoral, percebeu-se, na prática, que o MP deixou de perquirir eventuais crimes eleitorais, em algumas investigações, como forma de mantê-las na Justiça comum, com estrutura mais preparada para aquele grande volume de imputações de crimes de corrupção à época, preocupado com a celeridade

contra riscos de prescrição e por outras razões estratégicas. Essas são, portanto, algumas reflexões, ainda atuais e sujeitas ao debate judicial e público, que aportaram a julgamentos relevantes envolvendo questões penais, processuais e constitucionais, nos últimos anos, na Segunda Turma e no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide (coord.). *Provas no processo penal: estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

AQUINO, José Carlos Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

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

FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. v. 3.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa probatória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

<http://portal.stf.jus.br/> (fonte dos votos citados).

Seis anos de “audiências de custódia”: hora de assumirmos responsabilidades

Luís Geraldo S. Lanfredi

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Pensar audiências de custódia é um exercício para divã.

O tema, e toda a sistemática que a ele se conecta, desnuda a premissa do efetivo compromisso com a defesa de todos os direitos individuais da pessoa que se depara com o aparato repressivo do Estado, para além da simples promessa retórica de que todos esses direitos existem e estão reconhecidos nos planos constitucional, convencional e legislativo.

Debater audiências de custódia é, igualmente, uma atividade de resiliência, uma vez que é necessário fazê-lo de modo desarmado, sem ressentimentos ou preconceitos, e, sobretudo, na perspectiva de parâmetros relacionados à lógica e ao conhecimento da realidade.

Audiências de custódia levam, necessariamente, ao reconhecimento dos descaminhos pelos quais a “prisão, sobretudo a prisão preventiva” enveredou. Ademais, faz perceber a inadmissível tolerância com que se aceita o descumprimento dos mais elementares direitos inerentes à pessoa em privação de liberdade. Inclusive a necessidade de se repensar a arquitetura da segurança pública do Estado brasileiro e o reposicionamento do homem “como o centro das preocupações [na mais ampla acepção deste conceito] da justiça penal”.

Ao Poder Judiciário, com forte dose de razão, atribui-se responsabilidades quando se discute quais as justificativas para o “drama penitenciário” que atravessa o Brasil – e por que não dizer, todo o continente?¹

¹ Desde 2013 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem se preocupado com a explosão da quantidade de prisões no continente, chegando a caracterizá-lo como um problema crônico da região. A esse respeito, consulte-se o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas – Introdução e recomendações. Disponível em: <https://bit.ly/38zonzJ>. Acesso em: 22 ago. 2021.

Enfatiza-se, neste particular, a realidade brasileira, já que no país é conferido ao poder judiciário dizer quem entra e quem sai dos estabelecimentos penais.

Não por outra razão, devem nascer do mesmo Poder Judiciário a vontade e o compromisso de buscar saídas para remediar uma das maiores mazelas do sistema prisional, a superlotação carcerária².

De fato, “se quem prende é também quem manda soltar”, evidentemente que o ator que concentra em suas mãos esses dois importantes mandatos – cerne para assegurar o equilíbrio e o bom funcionamento do sistema prisional – **deve também assumir a posição de garantidor da legalidade desse mesmo sistema prisional, e sobretudo praticá-la.**

Ao não fazer nada, o Poder Judiciário apenas acentua ainda mais as responsabilidades³ que tem perante esse contexto.

Não é por outra razão que juízes e juízas devem ser os primeiros a impedir o **emprego imoderado** da “prisão”, pois naturalmente terão que assumir as consequências que daí decorrem.

É necessário, hoje, que juízes e juízas atuem ativa e militantemente para a prevalência dos direitos inerentes ao cárcere: **evitar ou impedir a superlotação é, sob todos os aspectos, uma atuação conforme a legalidade.**

Malgrado faltem vagas para recolher a todos (este sim um problema que toma o Poder Executivo de assalto), nem por isso se autoriza o Poder Judiciário a ignorar os mandatos que recebeu da Constituição Federal e se legitimar pela jurisdição para determinar prisões para além da capacidade dos estabelecimentos penais.

Buscar por soluções compensatórias ou medidas que atenuem o descalabro que representa a “sobreposição de corpos no cárcere”, neste sentido,

² A superlotação carcerária é o fenômeno que decorre do recebimento e da acomodação de mais pessoas que a capacidade dos estabelecimentos penais preveem. Vários fatores facilitam esse acontecimento e um dos mais significativos é o uso excessivo da prisão (pena ou preventiva), enquanto resposta do Estado à prática de crimes. A superlotação carcerária corrompe o sistema prisional, na medida em que inviabiliza o adequado manejo das dinâmicas e rotinas inerentes ao bom funcionamento dos estabelecimentos penais, uma vez que impede a implementação de direitos (à saúde, à educação e ao trabalho) que a lei de execução penal contempla para os que experimentam a privação da liberdade.

³ O sistema prisional brasileiro é produto de desarranjos históricos e problemas estruturais que não são imputáveis a uma ou outra Instituição, senão que a responsabilidade pelo que ele é e nele acontece decorre de ações e omissões atribuíveis, conjuntamente, aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

sinaliza a maturidade do juiz e da juíza que não estão preocupados apenas com uma atuação formal ou de aparência⁴.

Reconhecer que a omissão de outro poder não quita a própria obrigação assumida em **defesa de todo o ordenamento jurídico** (e não de parte, ou daquela parte que lhe seja a mais conveniente ou que mais o agrade) é uma condição necessária para se ensaiar, no Brasil, uma discussão honesta sobre o “superencarceramento”⁵ implementado no país nos últimos 25 anos, até para que se possa alcançar propostas que, com efeito e concretamente, permitam ao poder judiciário colocar em prática sua vocação contramajoritária, bastante para a redução dos danos que uma prisão à margem dos critérios legais provoca.

Muitas são as dificuldades para compreender o que significa e implica esse compromisso. Falar de presídios sem visitá-los desqualifica as opiniões daqueles que desconhecem as dinâmicas que lá se implementam. A realidade do cárcere, definitivamente, não se explica a partir de construções acadêmicas ou elocubrações securitárias desconectadas da percepção de quem lá está (ou já esteve) recolhido e vive (ou viveu) as agruras de um ambiente que tende a aniquilar as individualidades.

De fato, a prisão é a expressão mais visual (e agressiva) de como o Estado trata aquele que depõe contra a regularidade de um padrão de convivência definido *a priori*. É por esse motivo que a prisão de alguém, via de regra, provoca reações sociais. Não é incomum o sentimento popular de associar à prisão a necessidade de que, com ela, se agregue algo a mais (de mal e de pior) para aquele que recebe a limitação da própria liberdade.

O clamor popular (e vulgar) que reivindica que a prisão seja muito mais que a “limitação da liberdade pessoal de uma pessoa” e seja executada com a aflição de “dor” ou até “sangue” – em outras palavras, que o flagelo seja experimentado com grilhões –, não pode contaminar o(a) julgador(a). Pelo contrário.

Submeter alguém à prisão já é demasiado violento (só quem conhece um estabelecimento penal que o diga), sem mais necessidade de que essa pessoa experimente “humilhações, escrachos ou qualquer outra forma

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017.

⁵ Para se compreender o que significa o sentido do “superencarceramento” ou do “encarceramento em massa”, enquanto crescimento acelerado e desordenado do sistema prisional, leia-se: PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil*. São Paulo: Rio de Janeiro, 2018.

de degradação”. Alcançar, porventura, algum outro sentido espúrio para além da privação da liberdade tem, sim, outro nome: é tortura ou prática cruel e degradante, enquanto consequência jurídica que advém do confinamento extralegal.

A esta altura, afigura-se compreensível a razão pela qual as imagens de terror que emanam de espaços de confinamento saturados, pútridos e inadequados, onde rebeliões sanguinárias e genocídios eclodem, não mais chocam a ninguém. Esse sentimento guarda total sentido com a vil percepção que transpira a sociedade a respeito da prisão e do sistema prisional. Alguns, mais exagerados, chegam a bradar: “Não deseja lá estar, então não cometa crimes, simples assim”, lavando as mãos para a indignidade que é o aprisionamento em si, considerado sob condições infra-humanas.

Essa percepção refratária à vida e ao reconhecimento de que existem direitos apesar do cárcere é a mesma que deixa de comover o público quando alguém, em situação de aparente conflito com a lei e que porventura experimenta a privação de liberdade, é submetido a maus tratos. Pensa-se, como expressão desse mesmo “sentimento popular”: ele pode não saber por que está apanhando, mas nós, sim, sabemos por que devemos submetê-lo ao suplício.

Por trás desse pensamento, na verdade, está a angústia daquele que só vê o inimigo, construído à custa da desigualdade e da discriminação social. Essa percepção guarda identidade com a sociedade do ódio e da intolerância que se instalou no Brasil em 2021. No momento em que a “fraternidade” (em seu sentido elementar de respeito de uns por outros) passa a ser ignorada, passos rápidos são dados em direção ao aniquilamento da humanidade no planeta.

Infelizmente, a respeito do tema da prisão, estar mais próximo do obscurantismo medieval do que apoiado na racionalidade ou no sentido mais puro e estrito da legalidade é uma decisão política. Apenas quando se assumirem responsabilidades (todos, e não apenas alguns segmentos do poder público) haverá condições de se **desafiar os paradigmas conceituais vigentes e contestar as atuações oficiais que ainda fazem da utilização da “prisão” uma resposta dissociada de suas finalidades e sua dimensão teleológica, específica e limitada.**

É chegada a hora de contestar os paradigmas prevalentes.

A “situação calamitosa” de milhares e milhares de pessoas que se amontoam intramuros (malgrado a promessa de proteção da própria incolumidade e da garantia de seus direitos pelo Estado) exige profunda ressignificação de todos os papéis que compõem o sistema de justiça e

um compromisso com interpretações *pro hominem*, especialmente porque o mau uso da “prisão”, sobretudo a de natureza cautelar, no Brasil, ainda se chancela diante de “delinquências processuais” para as quais todos os atores conspiram.

“Prisões sem fundamentos suficientes, prisões sem necessidade e alheias aos parâmetros de adequação, prisão seguida de práticas de tortura, prisões forjadas, forçadas ou desprovidas de cautelaridade”: eis um pequeno portfólio da casuística dos Tribunais, notadamente os Superiores, que cotidianamente descredenciam decisões judiciais que não cumprem com os parâmetros elementares de legalidade.

Mas até aqui se está, obviamente, retratando elementos de ordem processual ou endógenos.

Pouco ou nada se considera, no momento da decretação ou de manutenção de uma prisão, a respeito dos elementos exógenos, como a “disponibilidade de espaço para recolher alguém à prisão”, a “salubridade e a dignidade do equipamento público em receber pessoas”, “as circunstâncias desfavoráveis e indicativas da incompatibilidade do ambiente prisional”, entre outras tantas ocorrências.

A propósito, o Estado-Juiz que prende é o mesmo que deve preocupar-se com a saúde, física e psicológica, daquele que está sendo preso. **Impossível ignorar esse duplo viés de responsabilidade que repercute da atuação judicial e implica a correlação da prisão-fundamento com a prisão-execução.**

Evidências já não ajudam a romper com esse quadro.

A taxa de encarceramento no Brasil é **superior a 300 presos por 100.000 habitantes**, ou seja, o dobro da média mundial [6]⁶. E o mais impressionante: **31,9% desse contingente é constituída por presos provisórios [7]**⁷, índice ainda muito elevado se comparado aos praticados por países como Estados Unidos, China e Rússia, que detêm contingente prisional expressivo como o nosso e declaradamente disseminam (não escamoteiam) uma política criminal comprometida com o encarceramento

⁶ Disponível em: <https://glo.bo/3jDUGSX>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷ Disponível em: <https://glo.bo/3yBZF15>. Acesso em: 22 ago. 2021.

como regra geral, mas que praticam prisões provisórias da ordem dos 23, 18 e 22%, respectivamente⁸.

Neste particular, a saga da prisão preventiva vem à tona.

O déficit de vagas do sistema prisional brasileiro, que pratica uma taxa de ocupação com ainda **expressivo índice de 1,7 presos por vaga**, curiosamente sinaliza que a **quantidade de vagas faltantes para acomodar, em condições de normalidade, todos os presos brasileiros nos estabelecimentos penais existentes é quase equivalente ao montante dos presos provisórios reunidos nas unidades espalhadas por todo o país**. Ou seja, estivesse a prisão preventiva proibida no Brasil, não haveria superlotação em nossos equipamentos prisionais.

E a constatação mais cruel: **como o número de presos em nosso país não cresceu na mesma proporção da disponibilização de novos espaços no sistema prisional**, não há como negar que os estabelecimentos penais fechados se transformaram em equipamentos que, por si, independentemente de qualquer outra tecnologia, reproduzem crueldade, tortura e maus tratos pelas condições desfavoráveis de habitabilidade como estão configurados.

Realmente, a tortura e os maus tratos que resultam do tratamento penal dispensado ao preso brasileiro são expressões da infraestrutura insuficiente de que dispõem os equipamentos onde os detentos se acham acomodados, salvo raras exceções.

Não há como negar, nem mesmo deixar de se incomodar, com a constatação de que grande parte dos estabelecimentos penais brasileiros não se prestam a garantir os estândares mínimos de bem-estar (Regras de Nelson Mandela [9]⁹) para os que neles se acomodam e, inclusive, para os que neles trabalham.

As condições de trabalho dos policiais penais, aliás, é outra questão subterrânea, não falada nem enfrentada, e que confronta as mais elementares garantias dos trabalhadores.

De fato, o mesmo equipamento que se afigura incompatível para o recolhimento de detentos igualmente não oferece facilidades, tampouco

⁸ Esses números e outros dados comparativos podem ser consultados no site: <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁹ Disponível em: <https://bit.ly/2WJsJAb>. Acesso em: 22 ago. 2021.

confere integridade ou dignidade profissional, aos que ali desempenham seu ofício.

Por todas essas circunstâncias, o cárcere, tal como é praticado no Brasil, só serve para cumprir uma finalidade: reforçar os mecanismos de reprodução de um ciclo pernicioso de violência estrutural que, como padrão, fomenta vulnerabilidades e a degradação de pessoas, deixando de emprestar-lhes **condições de retorno útil à sociedade**. Iludem-se os que acreditam em outro desfecho ao se manter um lugar-comum assim.

O mais sintomático, porém, é considerar que **não há explicação que convença sobre o acerto em se manter esse *status quo***, forjado sobre uma população de jovens com até 29 anos (55,07%), entre os quais 61,7% são negros e 90,5% tiveram acesso muito precário à educação. Encarceramento esse que reprime e dá ênfase desproporcionalmente à criminalidade patrimonial, se comparada com a impunidade dos homicídios e a criminalidade dos poderosos praticada no país.

De fato, não se irá lograr no Brasil, com essa “cultura” de prender (de)mais, construir (mais) presídios e sem um basta a essa política criminal multifacetada, populista e de ocasião (que não enfrenta as fraturas que mais desestabilizam o tecido social), a sedimentação dos pilares que escoram a Constituição Federal de 1998, a qual permanece como documento retórico impregnado de promessas não cumpridas.

Esse gigantismo irracional de presos e prisões consome o equivalente a 1,6 bilhão de reais (aproximadamente 290 milhões de dólares) mensalmente, só considerando custos de hospedagem (de toda precária e sem requisitos mínimos de convivência) e alimentação (de baixa diversidade e nível proteico) intramuros.

Aqui, a reflexão impõe uma apreciação mais profunda: **admitir que um estabelecimento prisional construído para acomodar 350 presos tenha o dobro de sua capacidade planejada é, em certa medida, dar causa a um comprometimento fiscal que coloca em risco a validade das decisões que dizem respeito ao gestor público**.

De fato, continuar ordenando despesas para além dos limites admitidos pelo equipamento prisional sob sua gestão e responsabilidade implica em danos ao erário, eis que normaliza uma situação de déficits permanentes, ensejando elementos que autorizam a caracterização de improbidade administrativa, à mercê da má gestão do recurso público disponível.

Por outro lado, não há cláusula que abone o administrador prisional que tenta justificar o desperdício e o rombo orçamentário decorrente da utilização do recurso público para convalidar a entrada e a manutenção de mais gente que o previsto nos limites do equipamento público sob sua gestão. Isso porque, em seu orçamento, para além da acomodação e garantia do bem-estar dos presos, outras providências merecem igual preocupação e demandam investimentos com o fim de dotar a unidade penal dos serviços e infraestrutura mínima que garantam direitos básicos e as assistências devidas aos internos.

Esse é o “dogma” da segurança pública pouco compreendido e, mais que isso, absolutamente fracassado: desmandos que se constroem ao redor do fetiche que representa o incentivo à prisão, a qual: (a) drena recursos públicos aos milhares; (b) alimenta uma máquina de desperdício de dinheiro público; (c) incentiva a corrupção; (d) amesquinha investimentos nas incipientes e escassas políticas de desenvolvimento social comprometidas com o fomento da educação, da saúde e do trabalho dos que se apresentam vulneráveis ao encarceramento; (e) não se submete ao crivo de nenhum índice de qualidade ou performance de resultados. Assim, o homem (preso) acaba como objeto de consumo dessa engrenagem deficitária e é o elemento menos importante em meio a esse modelo operacional.

Ou seja, é necessário desmascarar a crença de que **“pela prisão se vai resolver todos os problemas, notadamente os de segurança pública e inclusive os sociais”**. Aceite-se de uma vez por todas: essa expectativa é irrealizável. Prisões aos milhares praticadas não trouxeram, pelo menos para o Brasil, mais segurança para a população.

Pior, o uso **abusivo e exagerado** e, por que não dizer com todas as letras, **indevido e ilegal** como a prisão se pratica e executa, em particular a preventiva, evidencia, neste país, o adoecimento do sistema de justiça que a patrocina.

Estratégias de *task-force* envolvendo atores do segmento da justiça, visando libertar “condenados com tempo de prisão esgotado” (reparem: pessoas com tempo de prisão vencido, mas que continuavam confinadas) só serviram para mostrar que a estrutura do poder judiciário para garantir os direitos daqueles que já “estavam no sistema prisional” é precária e ineficiente.

Aqui chega-se ao ponto em que audiências de custódia trouxeram algum alento para esse cenário: a possibilidade de romper (*e a priori*)

com um modo burocrático de atuação que, apoiado no vetusto Código de Processo Penal, não exigia que fosse o preso levado à presença do juiz.

Por mais absurda que possa parecer, essa era a realidade que se experimentava no país pré-2015. Do ponto de vista da legalidade formal, estava tudo certo, em ordem e plenamente justificado.

As audiências de custódia serviram, porém, para demonstrar que o juiz e a juíza, distantes de ser aquele ou aquela que deve ditar ou evitar uma prisão, também acabam longe de qualquer compromisso e responsabilidade com os efeitos e consequências que decorrem desse ato.

Os seis anos passados desde o início das audiências de custódia demonstram que **todos são responsáveis por atuar conforme e realizar estândares de legalidade mais densos e consistentes, que tomem a pessoa que se apresenta a um juiz como centro dos compromissos que se deve exteriorizar como Estado.**

Mais: que a pessoa que se submete à prisão não é um dado inanimado, “mas alguém com uma história de vida, pessoa que advém de um contexto familiar e social, via de regra, conflituoso, ser humano que carrega um enredo pessoal e emocional, impregnado de sentimentos e emoções, e que, muitas vezes, precisa de oportunidades e de investimento pessoal para se estabilizar socialmente”.

A jurisdição da Corte IDH, ainda pouco conhecida e difundida no Brasil, por conta da recente decisão (de 1998) do Estado brasileiro de se submeter aos efeitos dos pronunciamentos judiciais que são construídos e ditados desde São José da Costa Rica para toda a América, deve ser repassada e servir de orientação e inspiração para se ampliar a visão sobre fatos e coisas, numa dimensão mais holística e universal.

Realmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos é um documento que deve compor o ideário do juiz e da juíza brasileiros e constituir-se em ferramenta de trabalho que, uma vez manejada em conformidade com a Constituição Federal, desenha uma série de compromissos e habilita um vasto ferramental para uma magistratura que atue para revalidar sua posição institucional neste momento histórico.

É necessário que os atores do sistema de justiça, todos, **mais ainda os juízes e juízas brasileiros, que também são juízes e juízas interamericanos, sejam intérpretes e ajam para zelar pelo cumprimento exigente dessas prescrições internacionais.**

Já não é possível se satisfazer com uma atividade judicial que admita interpretações lacônicas e incompletas, se satisfaça com conclusões ou respostas empobrecidas e não perceba que atua em prol de uma seletividade desumana, na escolha do que se deve ou do que não se deve.

Admitir que a prisão de alguém seja possível, **mas não se importar com: (a) o modo como a prisão dessa pessoa foi realizada, (b) para onde essa pessoa será levada ou (c) em que condições será acomodada** é ignorar a responsabilidade de que o mesmo Estado-Juiz tem dois vértices que decorrem da mesma responsabilidade: **ser o guardião de direitos e garantias individuais.**

Enfim, aí está algo para se atentar.

Chegou o momento em que todos devem perceber que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de modo sistemático, e que os limites para uma decisão judicial estão antecipadamente definidos.

Ocorre que o processo de tomada de decisões não está, apenas, circunscrito a juízes e juízas. O cultivo das audiências de custódia como “política pública judiciária”, indiretamente e com um único golpe, atingiu, também, outros atores e sobretudo o aparato de segurança pública, impactando um padrão operacional que precisa se reconfigurar em legitimidade.

A polícia deve ser a primeira a perceber que nem todos serão presos, **mas somente aqueles que absolutamente se apresentem incompatíveis com o convívio social**, e que executar uma prisão em conformidade com a lei a ratifica enquanto instituição destinada à proteção da sociedade.

O ministério público, por sua vez, ao mesmo tempo que atua para cobrar responsabilidades, não pode “dar de ombros” para o descumprimento do ordenamento jurídico quando deixa de observar que uma prisão levada a efeito ou mantida de qualquer maneira, ou sem respeito aos requisitos elementares, acarreta danos irremediáveis e é deletéria para a sociedade, para a defesa da integridade do sistema de justiça e da ordem jurídica justa.

Muitos ainda resistem a perceber que a Constituição Federal de 1988 edificou as bases de um sistema acusatório de processo que guarda muita dificuldade para se sobrepor àquele modelo inquisitorial autoritário disseminado pelo Código de Processo Penal.

No julgamento da ADPF 347, a Suprema Corte brasileira, a exemplo do que fez o Tribunal Constitucional da Colômbia, admitiu que a “situação carcerária” no país justificava reconhecer que o Brasil, em matéria de prisões, atravessa um “estado de coisas inconstitucional”, sendo

lastimável a saturação e o esgotamento em que se encontram os presídios superlotados brasileiros e o baixo rendimento do sistema prisional [10]¹⁰.

Mas o que mais isso quer dizer?

A mensagem é clara: as práticas oficiais também estão à margem da lei, na medida em que, todos os dias, ignoram-se direitos e produzem-se, maciçamente, ilegalidades, pouco ou nada se fazendo para que essa situação recobre algum sentido.

Pois esta forte declaração deveria impactar a todos e, sobretudo, afetar a sensibilidade de juízes e juízas brasileiros.

Prisões decretadas ou mantidas no dia de hoje, alheias à percepção de que presídios superlotados e esgotados em infraestrutura ofendem a dignidade daqueles que para lá estão sendo enviados e continuarão detidos [com nenhum exemplo a resultar para essas pessoas], uma vez executadas sem parâmetros de respeito à incolumidade física de autuados em flagrante ou presos preventivamente, barbarizam a perspectiva civilizacional de uma sociedade, **servindo, exclusivamente, para repercutir um modelo judicial divorciado da justiça e complacente com a violência institucional.**

É por essas razões que as audiências de custódia, neste contexto, assumem papel muito importante, na medida em que se predispõem a aumentar a capacidade de percepção e de reação do julgador, a promover a alteridade do outro e a elevar o padrão de legalidade das decisões.

Por todos os ângulos sob os quais se veja, é um ato que faz a prisão ser pensada e repensada como medida de exceção e *ultima ratio*, franqueando ao Estado-juiz calibrar a necessidade e modular a correção do uso da força contra o cidadão.

Está na hora de se minimizar as imperfeições e danos que resultam de prisões sem se pensar em seu resultado prático e útil.

Esse, pois, é o pecado original, a culpa que carregam todos aqueles que não assumem posturas condizentes com a defesa de condições mais favoráveis para que “direitos sejam, efetiva e concretamente, respeitados”.

¹⁰ Disponível em: <https://bit.ly/3jFtovw>. Acesso em: 22 ago. 2021.

Tendências jurisprudenciais e projetos administrativos do Direito Eleitoral

Marco Antonio Martin Vargas
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Parte I – Tendências jurisprudenciais

1. Alterações jurisprudenciais eleitorais acerca de competência por foro com prerrogativa de função

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral alterou seu entendimento com relação à nulidade de investigações não supervisionadas por órgão judicial competente no que se refere à apuração de fatos criminosos praticados por Autoridade com foro especial por prerrogativa de função.

Anteriormente, o entendimento consolidado na jurisprudência da Corte era rigoroso no sentido de que a ausência de observância do foro, por prerrogativa de função, durante as investigações, tratava-se de vício insanável ensejando a nulidade de todos os atos praticados ainda que a denúncia fosse, posteriormente, oferecida perante o órgão competente para processar e julgar a autoridade detentora do cargo que goza da prerrogativa. Sendo assim, não havia a possibilidade de convalidação de quaisquer dos atos investigatórios. A única ressalva era com relação a denúncia oferecida com base em provas independentes. Nesse sentido:

ELEIÇÕES 2008. RECURSO ESPECIAL. CRIME ELEITORAL. PREFEITO COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. JUÍZO INCOMPETENTE. PROVAS NULAS. RECURSO PROVIDO. 1. A despeito de a denúncia ter sido recebida pelo órgão competente – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, não foi observado o foro por prerrogativa de função na fase investigatória, que foi presidida por Juiz Eleitoral, tendo sido a denúncia baseada em provas colhidas nessa fase. 2. Assim, não se trata de vício sanável

a ser suprido pelo recebimento da denúncia por autoridade competente, razão pela qual deve ser declarada nula a peça acusatória, a decisão que a recebeu, bem como os atos investigatórios realizados sem a supervisão do TRE, sem prejuízo de que seja oferecida outra denúncia com provas independentes. 3. Recurso provido. (TSE, REspE 3479-83/MG, Red. p/acórdão Min. Gilson Dipp)

A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para a defesa de interesses de titulares de cargos relevantes, mas para a própria regularidade das instituições. Se a interpretação das normas constitucionais leva à conclusão de que o chefe do Executivo municipal responde por crime eleitoral perante o respectivo TRE, não há razão plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial daquele órgão. (HC n° 429-07/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.5.2014)

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já definiu que a usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral por Juiz Eleitoral de primeira instância, para supervisionar as investigações, constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), *in verbis*:

Questão de ordem na ação penal. Processual Penal. Procedimento instituído pela Lei n° 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal. Aplicação em matéria eleitoral, em primeiro grau de jurisdição. Admissibilidade. Denúncia. Recebimento, em primeira instância, antes da diplomação do réu como deputado federal. Resposta à acusação. Competência do Supremo Tribunal Federal para examinar eventuais nulidades nela suscitadas e a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP), mesmo que o rito passe a ser o da Lei 8.038/90. Precedentes. Crime eleitoral. Imputação a prefeito. Foro, por prerrogativa de função, junto ao Tribunal

Regional Eleitoral. Competência dessa Corte para supervisionar as investigações. Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal. Apuração criminal em primeiro grau de jurisdição, com indiciamento do prefeito. Inadmissibilidade. Usurpação de competência caracterizada. Impossibilidade de os elementos colhidos nesse inquérito servirem de substrato probatório válido para embasar a denúncia contra o titular de prerrogativa de foro. Falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, para extinguir a ação penal, por falta de justa causa. 1. O rito instituído pela Lei nº 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal, aplica-se, no primeiro grau de jurisdição, em matéria eleitoral. 2. Recebida a denúncia, em primeira instância, antes de o réu ter sido diplomado como deputado federal e apresentada a resposta à acusação, compete ao Supremo Tribunal Federal, em face do deslocamento de competência, examinar, em questão de ordem, eventuais nulidades suscitadas e a possibilidade de absolvição sumária (art. 397 CPP), mesmo que o rito passe a ser o da Lei 8.038/90. Precedentes. 3. Tratando-se de crime eleitoral imputado a prefeito, a competência para supervisionar as investigações é do Tribunal Regional Eleitoral, nos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal. 4. Na espécie, no limiar das investigações, havia indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral, por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de voto, valendo-se, para tanto, de sua condição de alcaide, por intermédio de uma empresa contratada pela municipalidade. 5. Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau nem, muito menos, poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o Prefeito e tê-lo indiciado. 6. A usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro, por violação

do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Precedentes. 7. Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, em favor do acusado, para extinguir a ação penal, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP). (AP 933-QO/PB, Rel. Min. Dias Toffoli)

Este entendimento do TSE foi, inclusive, normatizado pela Corte Eleitoral na Resolução nº 23.396/2013, a fim de regulamentar a instauração de inquéritos policiais para apurar a prática de crime eleitoral na eleição de 2014. No entanto, o art. 8º da referida Resolução – **que condiciona à instauração de inquéritos policiais eleitorais à determinação da Justiça Eleitoral** – foi questionado na ADI 5.104-MC/DF perante o Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo. A partir da data de publicação da ata de julgamento, tendo em vista que:

RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria fumus boni juris; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de periculum in mora. (ADI 5.104-MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso)

Contudo, surgiram debates acerca dos inquéritos instaurados antes da concessão de medida cautelar em ADI, que é dotada de efeitos *ex nunc*, nos termos do § 1º do art. 11 da Lei 9.868/1999, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Assim, para todos os inquéritos eleitorais instaurados em data anterior à publicação da ata do julgamento da ADI, seria imprescindível a autorização do órgão competente da Justiça eleitoral.

Portanto, sob esse prisma, para os inquéritos anteriores à concessão da medida cautelar até aquele momento, a instauração do inquérito policial eleitoral carecia de autorização do órgão competente da Justiça eleitoral. Ademais, era a pacífica e uníssona jurisprudência do TSE e do STF que condicionava a instauração à supervisão do órgão competente para processar e julgar a autoridade com prerrogativa de foro. Assim, os agentes ocupantes de cargos protegidos constitucionalmente pela prerrogativa de foro pelo exercício da função só podem ser investigados mediante inquérito instaurado com autorização do órgão judiciário competente.

No entanto, com o julgamento da **Ação Penal nº 937/RJ**, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o Plenário do STF limitou o foro por prerrogativa de função aos crimes praticados **durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas em razão do cargo**. AP 937 QO/RJ:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

A restrição ao foro por prerrogativa de função guarda relação com os princípios republicano e da igualdade, à luz dos quais o referido instituto não é um privilégio pessoal, mas sim um instrumento de salvaguarda do livre exercício de certas funções públicas, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura no cargo a que vinculado e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao seu exercício. Ressalvo que com relação à expressa “durante o exercício do cargo” entende-se da data da diplomação, haja vista o disposto no artigo 53, §1º, da CF/88.

Outrossim, o entendimento da questão de ordem na AP nº 937/RJ se aplica, por simetria, a todos os agentes políticos – incluídos os prefeitos –, não se restringindo aos deputados federais e senadores, diante da própria natureza e finalidade do instituto: salvaguardar o livre exercício de importantes funções públicas.

Seguindo a mesma linha, em 2019, o Plenário do TSE solidificou notável mudança jurisprudencial em seu entendimento anterior acerca da instauração das investigações sobre autoridades com foro por prerrogativa de função, no sentido de que **“a instauração e a tramitação de inquérito policial sem a supervisão do Tribunal Regional não acarretam, por si só, nulidade por violação à prerrogativa de foro”** (HC 600087-39/AP, Rel. Min. Roberto Barroso). A exceção seriam os casos em que, nesses inquéritos, fossem praticados pelo Juízo incompetente atos com caráter decisório ou atos protegidos pela cláusula de reserva de jurisdição. Nesse sentido:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ELEIÇÕES 2008. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DO WRIT. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO À PRERROGATIVA DE FORO. NULIDADE PROCESSUAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR. 1. Habeas corpus impetrado contra suposto ato coator do TRE/AP que, em ação penal originária, condenou a paciente às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão em regime aberto e pagamento de 18 dias-multa, pela prática do crime de corrupção eleitoral (art. 299 do CE), em razão de promessa de implantação de benefício social em troca de voto nas Eleições 2008. 2. O trancamento de ações penais requer prova robusta, demonstrada de plano, de ilegalidade ou abuso de poder, inexistente no caso concreto. 3. “Cumpra ao impetrante comprovar o constrangimento ilegal que alega estar sofrendo a paciente, trazendo aos autos documentos que atestem a ocorrência do alegado, inclusive peças processuais, sob pena de não conhecimento do writ” (RHC nº 12-60/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.02.2013). 4. A instauração e a tramitação de inquérito policial sem a supervisão do Tribunal Regional não acarretam, por si só, nulidade por violação à prerrogativa de foro. Na hipótese, não foram realizados atos vinculados à reserva

de jurisdição. Eventuais vícios do procedimento investigatório não infirmam o subseqüente processo criminal, no qual se desenvolve atividade instrutória própria. Precedentes. 5. A orientação jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal é de que o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso previsto no ordenamento jurídico ou de revisão criminal, salvo hipóteses excepcionais ausentes no caso concreto. Precedente. 6. Revogação da liminar anteriormente concedida. Determinação para que o Tribunal Regional Eleitoral do Amapá dê regular prosseguimento à Ação Penal nº 991-71.2009.6.03.0000. 7. Ordem de habeas corpus denegada. Agravo interno do Ministério Público prejudicado. (TSE, HC 600087-39/AP, Rel. Min. Roberto Barroso, Julgado 13/06/2019, DJE 12/08/2019)

Por fim, quanto à aplicação do entendimento firmado na AP nº 937/RJ no âmbito eleitoral, determinou-se que o foro por prerrogativa de função é aplicado apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e, principalmente, relacionados às funções desempenhadas. A ressalva seria somente sobre decisões proferidas com base na jurisprudência anterior que, nos termos da QO-Inq n. 687/SP-STF, referenciada no voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, tem, como desiderato, evitar o manejo indiscriminado de revisões criminais em razão de viragem jurisprudencial, preservando, desse modo, decisões judiciais já alcançadas pelo manto da preclusão. Nesse sentido: TSE, RESPE – Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 22058 – SALVADOR – BA, Acórdão de 27/08/2019, Relator Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, DJE – Diário de justiça eletrônico, 11/10/2019.

2. Cota racial: novidade do TSE ratificada pelo STF

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres, previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições).

Em sentido semelhante, em 25 de agosto do corrente ano, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000 apresentada pela deputada Benedita da Silva e pelo Instituto Educafro, definiu que candidatos negros terão direito a distribuição de verbas públicas para financiamento de campanha e tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão em patamares mínimos e proporcionais.

No sodalício, restou vencido o ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, que entendeu que não há omissão legislativa capaz de motivar a tomada da ação afirmativa pelo Judiciário, uma vez que há projetos de lei sobre o tema tramitando no Congresso.

A Corte Superior Eleitoral, entretanto, descartou a imposição de reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, como ocorre nos casos da cota de gênero, em que, por lei, 30% das vagas devem ser ocupadas por pessoas do mesmo sexo.

Ainda, por maioria, o Plenário da Corte positivou três outros quesitos, quais sejam:

- 1) As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira;
- 2) É possível determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e
- 3) É possível a distribuição proporcional do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os negros, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, nos mesmos termos do entendimento da Corte para a promoção da participação feminina.

No entanto, na sequência, o TSE, por maioria de votos, entendeu pela necessidade de postergação dos efeitos daquilo que foi decidido na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000 a partir das eleições de 2022, mediante a edição de Resolução, nos termos do voto vencedor do Ministro Og Fernandes, acompanhado pelos Ministros Luís Felipe Salomão, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos. Com efeito, o Ministro Og Fernandes propôs a aplicação do princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição,

asseverando que alterar as regras com tamanha proximidade para as convenções partidárias, que ocorreriam em menos de uma semana – de 31 de agosto a 16 de setembro –, poderia ter efeitos perversos.

Em seu voto, o Ministro Og Fernandes ainda ressaltou que o TSE precisaria de tempo de estudo para discutir, dirimir e elaborar Resoluções acerca de alguns pontos referentes à aplicação da decisão nas eleições, tais como: questão da autodeclaração racial e eventual impugnação; consequências da inobservância pelos partidos; e limites de atuação dos magistrados quanto ao tema.

Ocorre que, em 9 de setembro corrente ano, na ADPF 738 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski deferiu medida cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 600306-47, ainda nas eleições de 2020.

Posteriormente, o Ministro Relator da ADPF 738, considerando a notícia de que os partidos políticos, reunidos com o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Luís Roberto Barroso, na tarde do dia 23 de setembro de 2020, expressaram a necessidade de orientação acerca da maneira adequada de cumprimento imediato da medida cautelar deferida, e considerando, ainda, a competência do Tribunal Superior Eleitoral de organizar, realizar e acompanhar a realização das eleições, bem como de proceder à fiscalização da correta aplicação dos recursos destinados aos candidatos, entendeu conveniente complementar a medida liminar deferida, com vistas a conferir maior segurança a todos os envolvidos.

Com efeito, esclareceu que a cautelar anteriormente concedida deverá ser cumprida com a adoção das seguintes diretrizes, sem prejuízo de oportuna regulamentação do tema por parte do TSE:

- 1. O volume de recursos destinados a candidaturas de pessoas negras deve ser calculado a partir do percentual dessas candidaturas dentro de cada gênero, e não de forma global. Isto é, primeiramente, deve-se distribuir as candidaturas em dois grupos – homens e mulheres. Na sequência, deve-se estabelecer o percentual de candidaturas de mulheres negras em relação ao total de candidaturas femininas, bem como o percentual de candidaturas de*

homens negros em relação ao total de candidaturas masculinas. Do total de recursos destinados a cada gênero é que se separará a fatia mínima de recursos a ser destinada a pessoas negras desse gênero;

2. Ademais, deve-se observar as particularidades do regime do FEFC e do Fundo Partidário, ajustando-se as regras já aplicadas para cálculo e fiscalização de recursos destinados às mulheres;

3. A aplicação de recursos do FEFC em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em âmbito nacional. Assim, o cálculo do montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país em candidaturas de mulheres negras e homens negros será realizado a partir da aferição do percentual de mulheres negras, dentro do total de candidaturas femininas, e de homens negros, dentro do total de candidaturas masculinas. A fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos será realizada, apenas, no exame das prestações de contas do diretório nacional, pelo TSE;

4. A aplicação de recursos do Fundo Partidário em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em cada esfera partidária. Portanto, havendo aplicação de recursos do Fundo Partidário em campanhas, o órgão partidário doador, de qualquer esfera, deverá destinar os recursos proporcionalmente ao efetivo percentual (i) de candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; e (ii) de candidaturas de homens negros. Nesse caso, a proporcionalidade será aferida com base nas candidaturas apresentadas no âmbito territorial do órgão partidário doador. A fiscalização da aplicação do percentual mínimo será realizada no exame das prestações de contas de campanha de cada órgão partidário que tenha feito a doação.

Por 10 votos a um, o Plenário do STF encerrou julgamento sobre critério racial para divisão de tempo de propaganda no rádio e na televisão, e

do fundo eleitoral já no pleito deste ano, que acontece em 15 de novembro, referendando a medida liminar deferida pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski. O único voto divergente foi o do Ministro Marco Aurélio, asseverando que esse tipo de deliberação cabe ao Congresso Nacional e não ao Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro, a criação de ações afirmativas são “opção político-legislativa” e “o tratamento conferido à defesa dos direitos da população negra e das questões de raça deve considerar o arcabouço normativo. Ausente disciplina, não se justifica a atuação como legislador positivo, no sentido de prescrever medidas direcionadas a promover candidaturas de pessoas negras”.

3. Litisconsórcio passivo

3.1. Litisconsorte necessário entre os candidatos componentes da chapa majoritária

Inicialmente, o Tribunal Superior Eleitoral entendia ser desnecessária a citação do vice-candidato a cargo majoritário para a composição do polo passivo de tais ações, de maneira que, quando não incluído na inicial, cabia a ele o acompanhamento da citação do candidato principal.

A mudança de posicionamento deu-se com o julgamento do RCD 703/SC, no qual a Corte Superior reconheceu a existência de litisconsórcio necessário entre os candidatos componentes da chapa majoritária, acordando, no caso, por maioria de votos, em chamar o processo à ordem para determinar a citação do Vice-Governador, declarando insubsistentes atos praticados naquele processo à sua revelia.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E PUBLICIDADE NÃO INSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO NA IMPRENSA ESCRITA. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXTENSÃO DAS IRREGULARIDADES. FALTA DE POTENCIALIDADE PARA DESEQUILIBRAR O PLEITO. ENVIO DE PROJETO DE LEI ÀS VÉSPERAS DO SEGUNDO TURNO. ATO REGULAR DE GOVERNO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE FALTA DE ESTUDO PRÉVIO DO IMPACTO DA RENÚNCIA FISCAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. [...] 3. A alteração no entendimento jurisprudencial a respeito

da qualidade em que o vice integra a relação processual na qual se questiona o diploma do titular do cargo eletivo não poderia causar surpresa aos jurisdicionados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, notadamente diante do fato de que, antes da decisão exarada no caso destes autos, não se vislumbrava a necessidade de o vice integrar a lide como litisconsorte passivo necessário (ERCED 703/SC, Rel. Min. Março Aurélio, Rel. designado Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 3.6.2008). 4. Em razão da unicidade monolítica da chapa majoritária, a responsabilidade dos atos do titular repercute na situação jurídica do vice, ainda que este nada tenha feito de ilegal, comportando-se exemplarmente (RCED 671/MA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 11.12.2007; REspe 25.586/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 6.12.2006). [...] 10. Não tendo ficado comprovado o descumprimento dos requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, não há abuso de poder político na redução de impostos que se insere dentro do contexto de planejamento governamental, sem prejuízo ao erário (RO 733/GO, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 21.6.2004). 11. Necessária a existência de ato capaz de determinar ao julgador a imposição da multa por litigância de má-fé do recorrente, que se caracteriza pela presença de narração de fato distinto do efetivamente ocorrido com o propósito de burlar o julgado e prejudicar o adversário (RHC 97/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22.8.2006). No caso, não era indispensável a referência a revogação de liminar deferida em ação popular ou a improcedência de ação de investigação, pois, ambas não interferem no deslinde da presente controvérsia. 12. Recurso contra expedição de diploma julgado improcedente. (TSE – RCED nº 703/SC, Relator: Min. FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/05/2009, DJE – Diário da Justiça Eletrônico, v. 166/2009. Data de Publicação: 01/09/2009, p. 38-39)

A propósito, destaco o seguinte trecho, no qual o Ministro Marcelo Ribeiro enuncia o motivo pelo qual entendeu que o vice deveria ser ouvido

nos autos de recurso contra expedição de diploma ajuizado em desfavor do titular do mandato:

Neste ponto, entendo que aquele que sofrerá, diretamente, as consequências de uma demanda devem, necessariamente, integrar o pólo passivo. No caso, é indubitoso que a eventual cassação do diploma do governador importará a cassação do vice, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, a chapa é una e indivisível. Atingir a esfera jurídica de alguém sem dar-lhe a oportunidade de se defender agride, a meu sentir, tanto princípios constitucionais, como os da ampla defesa e devido processo legal, como infraconstitucionais”. (TSE – RCEd nº O 703/SC. Ministro Marcelo Ribeiro. fl. 1.374)

Nesse caso, privilegia-se o princípio da indivisibilidade ou da unidade monolítica da chapa majoritária. De acordo com referido princípio, a eleição do vice ocorre por arrastamento, em razão da eleição do titular, de modo que não há como separar-se as situações jurídicas do vice e do titular, se o vício que se imputa ao titular decorreu do processo eleitoral.

E este regime jurídico da unicidade monolítica, que consagra o princípio da indivisibilidade da chapa majoritária, passou a ser reconhecido pelo TSE em diversos outros julgados, dentre os quais podemos destacar:

[...] À luz do princípio da indivisibilidade da chapa única majoritária, nem a presença do vice na relação processual nem a formação de litisconsórcio, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo, autorizam arrolar testemunhas acima do permissivo legal, pois “o mandato do vice é regido por uma relação jurídica de subordinação ao mandato do prefeito” (REspe nº 25.839/PI, rel. Min. Cesar Asfor Rocha). 4. Agravos desprovidos. (RCEd 671/MA, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 11.12.2007)

[...] Em razão do princípio da indivisibilidade da chapa única majoritária, o cancelamento do registro do titular, após o pleito, atinge o registro do vice, acarretando a perda do diploma de ambos. [...] –

Recursos a que se nega provimento. (REspe 25.586/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 6.12.2006)

AGRAVOREGIMENTAL. RECURSOESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITA. REPRESENTAÇÃO. ABUSO DE PODER. CONDUTA VEDADA. ART. 73 DA LEI 9.504/97. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO VICE-PREFEITO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. Preliminarmente, não conheço do pedido de desistência formulado por Núbia Cozzolino (Protocolo nº 11.837/2013), pois embora se declare recorrente, figura na relação processual como recorrida. 2. **Há litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice da chapa majoritária nas ações eleitorais que possam implicar a cassação do registro ou do diploma. Precedentes. 3. Na espécie, a representação com fundamento no art. 73 da Lei 9.504/97 foi proposta somente contra o prefeito, sem determinação posterior de citação do vice-prefeito, impondo-se o reconhecimento da decadência do direito de ação. 4. **Cumpra aos órgãos da Justiça Eleitoral evitar entendimentos conflitantes durante a mesma eleição, em homenagem à segurança jurídica. Nesse sentido, o entendimento firmado a partir do julgamento da Questão de Ordem no RCED 703 não ocasionou surpresa aos jurisdicionados, pois constituiu primeira manifestação do TSE sobre o tema e só foi aplicado às ações propostas posteriormente. Precedentes.** 5. No caso dos autos, a AIJE foi proposta em 25.8.2008, ou seja, após a definição do novo entendimento jurisprudencial, sendo obrigatória, portanto, a citação do vice-prefeito. 6. Agravo regimental não provido. (TSE – AgR-REspe: 784884 RJ, Relator: Min. JOSÉ DE CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/06/2013, DJE – Diário de justiça eletrônico, v. 117, Data de Publicação: 24/6/2013. p. 59)**

[...] o candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral,

ainda que a conduta investigada não seja a ele atribuída. (AIJE nº 0601834-34/DF, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26 set. 2019)

Súmula nº 38/TSE:

“Nas ações que visem à cassação de registro, diploma ou mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o respectivo vice da chapa majoritária”.

Situações excepcionais em que se flexibilizou o entendimento sumulado (Súmula nº 38/TSE)

No exame da questão de ordem suscitada no julgamento dos ED-AgR-REspe nº 83-53/GO, concluído em 26.6.2018, o TSE consignou que a mitigação do princípio da unicidade da chapa majoritária pode ser excepcionado em situações bastante específicas:

In casu, aponto 5 (cinco) circunstâncias que amparam a excepcionalidade do dogma da indivisibilidade da chapa. Em primeiro lugar, o indeferimento do registro de candidatura somente ocorreu em segunda instância, na sequência de uma decisão favorável prolatada pelo juiz de primeiro grau (i.e., em 02.09.2016), circunstância suficiente para que se presuma a boa-fé na permanência no pleito, frente à expectativa de resgate do primeiro provimento. Em segundo lugar, a chapa majoritária estava com seu registro deferido no prazo fatal para a substituição de candidatos. Em terceiro lugar, a rejeição do registro foi declarada às vésperas do certame (i.e., 26.09.2016), seis dias antes do pleito, excluindo-se do espectro de ação da formação política a possibilidade de substituição da candidata recusada. Em quarto lugar, o registro indeferido versa sobre condição de elegibilidade da Vice, cujo papel na captação de votos é, como se sabe, político e socialmente irrelevante. Em quinto lugar, não se tem notícia nos autos de ultraje à axiologia eleitoral, de modo que a opinião afirmada nas urnas é fruto incontestemente da livre vontade da comunidade envolvida.

Como se observa, não estão presentes, na espécie, as circunstâncias extraordinárias aptas a amparar a excepcionalidade do dogma da indivisibilidade da chapa, sendo manifesta, portanto, a ausência de similitude fática entre os julgados citados nas razões recursais – incluído o precedente acima – e a situação narrada nos autos.

O entendimento foi endossado pela doutrina:

subjacente a este posicionamento reside a premissa segundo a qual a Justiça Eleitoral, após o resultado das urnas, não pode se arvorar como o 3º turno dos pleitos, substituindo a preferência do eleitorado, titular que é da soberania, por escolhas pessoais, sem que se constatem violações contundentes e incontestes ao ordenamento eleitoral. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 116)

Litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o responsável pela prática do abuso do poder político

Posteriormente, no julgamento do REspe nº 84356, DJE de 2.9.2016, o TSE firmou o entendimento, aplicável nas Eleições de 2016, de que é **obrigatória a formação de litisconsórcio passivo** nas ações de investigação judicial eleitoral que apontem a prática de abuso do poder político, as quais devem ser propostas contra **os candidatos beneficiados e os agentes públicos envolvidos nos fatos ou nas omissões a serem apuradas.**

ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CANDIDATO BENEFICIADO. RESPONSÁVEL. AGENTE PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA. ALTERAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. 1. Até as Eleições de 2014, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou no sentido de não ser necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o responsável pela prática do abuso do poder político. Esse entendimento, a teor do que já decidido para as representações que versam sobre condutas

vedadas, merece ser reformado para os pleitos seguintes. 2. A revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior Eleitoral deve ser prospectiva, não podendo atingir pleitos passados, por força do princípio da segurança jurídica e da incidência do art. 16 da Constituição Federal. 3. Firma-se o entendimento, a ser aplicado a partir das Eleições de 2016, no sentido da obrigatoriedade do litisconsórcio passivo nas ações de investigação judicial eleitoral que apontem a prática de abuso do poder político, as quais devem ser propostas contra os candidatos beneficiados e também contra os agentes públicos envolvidos nos fatos ou nas omissões a serem apurados. 4. Tendo sido as provas dos autos devidamente analisadas pela Corte Regional, não há omissão ou contradição no acórdão recorrido, mas apenas decisão em sentido contrário à pretensão recursal. Violação ao art. 275 afastada. 5. A condenação por captação ilícita de sufrágio (Lei nº 9.504/97, art. 41-A) exige a demonstração da participação ou anuência do candidato, que não pode ser presumida. Recurso provido neste ponto. 6. O provimento do recurso especial para afastar a prática de captação ilícita de sufrágio não impede que os fatos sejam analisados sob o ângulo do abuso de poder, em face do benefício auferido, o qual ficou configurado na hipótese dos autos em razão do uso da máquina administrativa municipal, mediante a crescente concessão de gratificações no decorrer do ano eleitoral, com pedido de votos. 7. A sanção de inelegibilidade tem natureza personalíssima, razão pela qual incide somente perante quem efetivamente praticou a conduta. Recurso provido neste ponto para afastar a inelegibilidade imposta ao candidato beneficiado, sem prejuízo da manutenção da cassação do seu diploma. Ação cautelar e mandado de segurança julgados improcedentes, como consequência do julgamento do recurso especial. (TSE – REspe nº 84356 JAMPRUCA – MG, Relator: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data de Julgamento: 21/06/2016, DJE – Diário de justiça eletrônico, v. 170. Data de Publicação: 02/09/2016. p. 73/74)

Como regra, ficou assentada a seguinte tese:

Fixado, por maioria, o entendimento de que, para as Eleições 2016, exige-se a formação de litisconsórcio passivo necessário, também em caso de abuso do poder econômico, entre os candidatos beneficiados e quem, no momento da propositura da ação, seja apontado como responsável pelo ilícito. Para aferição da necessidade de litisconsórcio passivo, é suficiente a aplicação da teoria da asserção, devendo integrar o polo passivo da ação as pessoas às quais seja diretamente atribuída, na petição inicial, a prática de condutas ilícitas. (REspe 32503, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJE, 28 nov. 2019 – grifo nosso)

E, na linha da jurisprudência da Corte, a obrigatoriedade de inclusão no polo passivo do autor do ilícito não se restringe ao agente público responsável pela prática abusiva, pois também o particular que tenha cometido o ilícito eleitoral poderá sofrer as sanções previstas na legislação eleitoral, devendo integrar o polo passivo em AIJE no qual se apure abuso do poder econômico.

Destaque-se o seguinte precedente:

Fixado, por maioria, o entendimento de que, para as Eleições 2016, exige-se a formação de litisconsórcio passivo necessário, também em caso de abuso do poder econômico, entre os candidatos beneficiados e quem, no momento da propositura da ação, seja apontado como responsável pelo ilícito. (REspe 325-03, rel. Ministro Luís Roberto Barroso, DJE, 28 nov. 2011)

Do mesmo modo: REspe 624-54, rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 11.5.2018.

Entretanto, em 2018, foi sinalizada a necessidade de se revisitar a referida jurisprudência pacífica do Tribunal Superior Eleitoral, vigente ainda no pleito de 2016, para que o tema deixasse de ser decidido de maneira uniforme e inafastável em todos os casos e passassem a ser adotados temperamentos que permitissem, de forma fundamentada, afastar a possibilidade de decadência da demanda eleitoral naqueles casos em que a omissão da parte no polo passivo pudesse ensejar a nulidade dos atos praticados.

Destarte, no julgamento do REspe 501-20, em acórdão de redação do Min. Luís Roberto Barroso (DJE de 26.6.2019), a Corte destacou a necessidade de rever a jurisprudência dominante à época em relação à obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo, entre os responsáveis pela prática do ato e os candidatos beneficiados nas AIJEs por abuso de poder, tanto político como econômico.

Doador é admitido apenas como terceiro envolvido:

[...] no caso, o litisconsórcio foi regularmente observado pelo autor da ação ao incluir no polo passivo tanto aquele a quem imputou a responsabilidade pelo abuso do poder econômico como os candidatos beneficiados [...]. Posterior conclusão sobre a necessidade de participação de terceiro que não foi incluído como réu na demanda não implica decadência. (REspe 501-20, rel. Min. Admar Gonzaga, redator designado para o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, DJE de 26.6.2019)

Voto recente que mobiliza o mesmo entendimento:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PROCEDÊNCIA. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS. PREFEITO E VICE-PREFEITO. INELEGIBILIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. CAIXA DOIS DE CAMPANHA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. Descabe invocar a referida jurisprudência pacífica do Tribunal Superior Eleitoral – vigente ainda no pleito de 2016 e cuja revisitação da questão já foi sinalizada ao pleito de 2018 – a fim de que o tema seja decidido de maneira uniforme e inafastável em todos os casos, sem temperamentos que permitam, de forma fundamentada, afastar a pretendida extinção da demanda eleitoral. [...] 10. É irrepreensível a manifestação do Ministério Público, no sentido de que ‘não é possível atribuir culpa pela prática de ‘caixa dois’ ao doador por não ter este poder de gestão sobre o dinheiro cedido. Afinal, quem tem responsabilidade sobre a correta aplicação dos recursos, ainda que provenientes de fonte vedada, é o candidato. Ele é

quem poderá utilizar contabilidade paralela na fase de arrecadação ou mesmo ao' [despender] a quantia' (ID 24590188, p. 16). 11. As sanções previstas no art. 22 da LC 64/90 deverão ser impostas àqueles que se utilizaram de forma abusiva de recursos irregulares para a campanha eleitoral, de acordo com os fatos narrados na inicial, independentemente da conduta do doador, que deve ser apurada pelos meios próprios. 12. Não há falar em litisconsórcio passivo necessário, pois, neste caso, o doador não concorreu para a prática abusiva de utilização indevida de recursos para a campanha eleitoral, tendo figurado apenas como terceiro envolvido. [...] 20. A reforma do julgado regional, para concluir que a candidata a prefeito não praticou a conduta ilícita nem teve conhecimento dos fatos, demandaria o indevido reexame de provas, providência inviável nesta seara, a teor do verbete sumular 24 do TSE. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE – RESPE: 06017287920186220000 PIMENTA BUENO – RO, Relator: Min. Sergio Silveira Banhos, Data de Julgamento: 01/07/2020. DJE – Diário de justiça eletrônico, Data de Publicação: 13/08/2020)

Parte II – Medidas administrativas

1. Importância do partido no combate à desinformação

1.1 Contextualização do problema da desinformação

A partir da revolução digital, do crescente acesso à internet e das suas plataformas (redes sociais em geral) a notícia se tornou instantânea e imediata. Todos passamos a ser vetores da notícia.

Indiferentemente, veículos como a televisão e o rádio têm perdido protagonismo como canais de divulgação dos fatos e difusores também da propaganda eleitoral.

A ideia de ampla liberdade de expressão, constitucionalmente garantida, é fascinante e contagiante, e um post pode atingir milhares de pessoas, a maioria desconhecidas do próprio autor.

O que é muito positivo trouxe, contudo, a difusão de males, muitas vezes de má-fé. Muitos ainda desprezam, talvez por entenderem protegidos em seus recintos, a existência de modernos mecanismos de rastreamento e localização da origem das divulgações eletrônicas, incluindo o seu próprio percurso.

As *fake news* sempre existiram, contudo, a internet e as redes sociais as tornaram verdadeiros “tsunamis”, dada a velocidade de propagação. Reputações têm sido abaladas, muitas vezes de forma irreparável, principalmente nas eleições de pequenos municípios.

A problemática é mundial e não atinge apenas o Brasil.

Apesar das ferramentas de controle e das duras sanções já previstas em nosso ordenamento legal, o devido processo legal não consegue acompanhar a velocidade da desinformação difundida.

Em regra, o Judiciário Eleitoral precisa ser provocado, oportunizar o contraditório para somente em seguida decidir. Muitas vezes a sanção pode tardar, de modo que um resultado eleitoral seja, num primeiro momento, comprometido. Eventual punição do beneficiado pela divulgação à desinformação, por si só, não resgatará plenamente o estado anterior.

Tal fenômeno emergiu a partir do pleito do ano 2016, acentuado em 2018 e inspira muita preocupação nas eleições de 2020, notadamente considerando a possibilidade de o início da divulgação da falsa notícia ultrapassar a própria jurisdição nacional.

Atenta ao fenômeno, a Justiça Eleitoral (TSE e TREs) não de hoje vem lutando incessantemente para coibir e punir tão nefasta prática. Congressos, seminários, grupos do trabalho, canais de denúncias e de checagem de informações e o próprio engajamento da sociedade civil têm sido constantes.

1.2 Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020

Trata-se de programa composto por partidos políticos e entidades públicas e privadas, que se uniram para enfrentar os efeitos negativos provocados pela desinformação no processo eleitoral brasileiro. A iniciativa foi lançada pela presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministra Rosa Weber, em agosto de 2019.

O programa é organizado em seis eixos temáticos: “Organização interna”, “Alfabetização Midiática e Informacional”, “Contenção

à Desinformação”, “Identificação e Checagem de Desinformação”, “Aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico” e “Aperfeiçoamento de Recursos Tecnológicos”.

1.2.1 Organização interna

O eixo “Organização interna” visa à integração e à coordenação entre os níveis e as áreas que compõem a estrutura organizacional da Justiça Eleitoral e a definição das respectivas atribuições contra a desinformação.

1.2.2 Alfabetização midiática

O de “Alfabetização Midiática e Informacional” busca a capacitação de pessoas para identificar e checar uma desinformação, além de estimular a compreensão sobre o processo eleitoral.

1.2.3 Contenção à desinformação

No tópico “Contenção à Desinformação”, a meta é instituir medidas concretas para desestimular ações de proliferação de informações falsas.

1.2.4 Identificação e checagem de desinformação

Já com o eixo “Identificação e Checagem de Desinformação”, o TSE busca o aperfeiçoamento e novos métodos de identificação de possíveis práticas de disseminação de conteúdos falaciosos.

1.2.5 Aperfeiçoamento do ordenamento jurídico

Por sua vez, o eixo “Aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico” busca a revisão e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico existente sobre a desinformação.

1.2.6 Aperfeiçoamento de recursos tecnológicos

E, por fim, o tópico “Aperfeiçoamento de Recursos Tecnológicos”, visa ao desenvolvimento e ao aprimoramento de recursos de tecnologia

da informação e das comunicações idôneos para a identificação de práticas de desinformação e a divulgação das respectivas contrainformações.

1.3. Resolução TSE 23.610

A conscientização quanto à checagem da informação, principalmente por aquele que recebe e compartilha o *post* é o caminho para o arrefecimento paulatino até desaparecimento desse *tsunami*. Tal premissa, por óbvio, se aplica ao próprio candidato ou pré-candidato, simpatizantes e apoiadores, e, inclusive, assim é exigida pela Resolução TSE 23.610, sem prejuízo de responsabilidade penal (art. 9º).

A Resolução TSE 23.610, que trata da propaganda eleitoral, do horário eleitoral gratuito e das condutas ilícitas praticadas em campanha trouxe várias inovações para a Eleição 2020, merecendo destaque o poder de polícia conferido ao juiz eleitoral quanto à possibilidade de remoção de propaganda irregular na internet, até mesmo de ofício (art. 8º).

A norma também trata de medidas de combate à desinformação, aí incluindo a vedação da contratação ou realização de disparo em massa de propaganda eleitoral em plataformas pagas na internet, a exemplo do popular WhatsApp. O art. 9º exige que ao publicar conteúdos em sua propaganda eleitoral, inclusive veiculados por terceiros, o candidato, o partido ou a coligação deve verificar a procedência da informação. Se a divulgação for comprovadamente inverídica, caberá direito de resposta ao prejudicado/ofendido, sem prejuízo da eventual responsabilização penal do responsável.

A propósito, a Resolução TSE 23.610 prevê multas além de fazer referência aos tipos penais previstos na legislação federal (Código Eleitoral e Lei das Eleições).

Assim, é sempre oportuno lembrar que, tanto o autor da notícia falsa como seus propaladores, estão sujeitos à severas sanções, inclusive de ordem penal. Uma *fake news* é, portanto, crime!

É preciso, contudo, ressaltar casos eivados de imunidade parlamentar, e desde que a manifestação efetivamente ocorra no exercício do mandato. Tal aspecto, por certo, será palco de intensos debates nas Cortes Eleitorais, exigindo dos julgadores dirimir se ocorridas, ou não, no ambiente e/ou no exercício legislativo.

Uns defendem que uma *fake news* se caracteriza quando inteiramente falsa; já outros conjecturam que a desinformação, sendo parcialmente

verdadeira, já seria uma *fake news*, mas também há quem defenda que uma *fake news* somente se caracteriza se presente o interesse de prejudicar (dolo).

É de suma importância lembrar que a falsa notícia está umbilicalmente ligada aos crimes contra a honra: calúnia eleitoral (imputar crime, 6 meses a 2 anos e multa, art. 324 do Código Eleitoral), injúria eleitoral (ofender, art. 326 do Código Eleitoral, detenção de até 6 meses e multa) e difamação eleitoral (deturpar fato verdadeiro, art. 325 do Código Eleitoral, 3 meses a 1 ano e multa).

Ao lado disso, a novel Lei 13.834/2019, acrescentou o art. 326-A ao Código Eleitoral, tipificando a denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, prevendo pena de prisão de 2 meses a 8 anos.

Trata-se de uma norma do tipo aberto e justamente a partir das Eleições 2020 que a Justiça Eleitoral passará a interpretá-la com profundidade. Registro, porém, que o legislador de 2019 perdeu uma grande oportunidade ao não agravar os crimes de calúnia eleitoral, injúria eleitoral e difamação eleitoral quando propagados por meio de ambiente eletrônico.

Não custa rememorar que a partir da reforma de 2009, seguida das alterações de 2013 e 2017, o art. 57 da Lei das Eleições também foi desdobrado, surgindo os arts. 57A a 57-J para regular a propaganda na internet, estabelecendo o permitido e o vedado, fixando multas, sem prejuízo das sanções civis e criminais.

Portanto, já há arcabouço normativo suficiente a coibir e sancionar as *fake news*, sendo desnecessária a edição de novas normas, como pretendem os variados projetos de lei que atualmente tramitam no congresso nacional.

Assim, o maior desafio em 2020 foi a observância à ética eleitoral, à checagem prévia e à conscientização da sociedade quanto aos nefastos efeitos decorrentes da difusão da desinformação em prejuízo próprio, dela, sociedade e eleitor, aí incluindo a certeza de que em situações específicas certamente haverá severa punição não só dos candidatos.

O resultado colhido com esse trabalho foi produtor. As plataformas mostraram-se preocupadas com os danos oriundos da desinformação e foi possível estabelecer frutífera parceria entre o Tribunal Superior Eleitoral e estas para que fossem estabelecidas medidas de esclarecimento ao cidadão e eleitor com o objetivo de esclarecimento de falsas informações que visavam desprestigiar e desqualificar às instituições e o processo eleitoral.

Surge, agora, o novo desafio de continuidade do trabalho para as eleições de 2022, quando se imagina nova onda de notícias falsas, inclusive, já iniciadas com ataques ao sistema eletrônico de votação, no interesse de descredenciar a democracia brasileira.

2. Plano de segurança sanitária para as eleições municipais de 2020

A pandemia da SARS-CoV-2 afetou inevitavelmente a organização e a realização das eleições municipais de 2020.

Inicialmente, o conhecimento científico e médico sobre a covid-19, proveniente de estudos nacionais e internacionais, não permitiu estimar de forma acurada quando haveria condições epidemiológicas ideais no Brasil para a realização de eleições.

Todavia, especialistas (sanitaristas, biólogos, infectologistas, epidemiologistas, entre outros) consultados pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Congresso Nacional estimaram que, durante o mês de novembro, o número de novos casos de covid-19 em grande parte do Brasil estaria em decréscimo ou estabilizado em níveis baixos, sem tendência de crescimento exponencial.

Por isso, alcançaram consenso no sentido de que seria conveniente e necessário adiar em algumas semanas a data das eleições municipais de 2020, originalmente marcadas para o mês de outubro de 2020.

Assim, com base na opinião de cientistas e especialistas da área médica e após consulta a diversas entidades da sociedade civil, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 107, que “adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos”.

De acordo com a Emenda Constitucional, as eleições municipais previstas para outubro de 2020 realizar-se-ão no dia 15 de novembro, em primeiro turno, e no dia 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houver.

A emenda previu, ainda, que, no caso de as condições sanitárias de um Estado ou Município não permitirem a realização das eleições nas datas previstas, o Congresso Nacional poderá designar novas datas para a realização do pleito, observando-se, como data-limite, o dia 27 de dezembro de 2020.

O adiamento das eleições municipais pelo prazo mínimo necessário para realizá-las com menor risco à saúde pública, mantendo a realização da votação em 2020, de modo a evitar a prorrogação de mandatos dos eleitos em 2016, consistiu em medida capaz de compatibilizar dois bens jurídicos relevantes.

De um lado, preserva-se o princípio democrático, o qual (i) requer a realização de eleições livres, justas e periódicas e (ii) impõe a temporariedade dos mandatos eletivos, preservando o direito dos eleitores de escolherem os seus representantes. De outro lado, tutelam-se os direitos à vida e à saúde da população, tanto (i) pela realização do pleito em data na qual haja maior controle epidemiológico da doença, quanto (ii) pela concessão de mais tempo para que a Justiça Eleitoral adote medidas e protocolos sanitários e adapte seus procedimentos e processos para permitir a mitigação do risco de disseminação da Covid-19 durante as eleições de 2020. Portanto, o adiamento das eleições pela EC nº 107/2020 assegura, ao mesmo tempo, a vitalidade e a saúde da democracia brasileira e a saúde, o bem-estar e a segurança da população.

Diretriz definida pelo TSE: preservação da saúde de eleitores, mesários, colaboradores, servidores, magistrados e todas as demais pessoas envolvidas no pleito é a prioridade da Justiça Eleitoral, de modo a justificar a adoção do máximo de zelo no planejamento das medidas de proteção sanitária e na organização das seções eleitorais e dos locais de votação.

Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral constituiu, em julho de 2020, a Consultoria Sanitária para a Segurança do Processo Eleitoral de 2020 (Consultoria Sanitária), formada pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), o Hospital Israelita Albert Einstein e o Hospital Sírio Libanês.

Seu objetivo foi o de realizar uma avaliação de riscos à saúde pública no processo de votação, bem como desenvolver os procedimentos e protocolos sanitários a serem adotados para proporcionar o mais alto grau de segurança possível para os eleitores, mesários e demais colaboradores da Justiça Eleitoral, em razão das preocupações de saúde pública advindas da covid-19.

Durante os meses de julho e agosto de 2020, a Consultoria Sanitária, liderada pelo Dr. David Uip, do Hospital Sírio Libanês, pelo Dr. Luis Fernando Aranha Camargo, do Hospital Israelita Albert Einstein, e pela Dra. Marília Santini, da Fiocruz, reuniu-se semanalmente com o Ministro Luís Roberto Barroso e outros membros da equipe do Tribunal Superior Eleitoral.

A partir de tais reuniões, foram elaborados os protocolos, as medidas e as recomendações emitidas pela Consultoria Sanitária para a realização das eleições municipais no contexto da pandemia, as quais foram

sintetizadas no Plano de Segurança Sanitária para as Eleições Municipais de 2020 (Plano de Segurança Sanitária).

2.1. Premissas do plano

1. A Sars-Cov-2 continua com transmissão ativa comunitária no Brasil, de modo a justificar a adoção de medidas sanitárias preventivas.

2. A transmissão do SARS-Cov-2 se dá principalmente por meio de contato de uma pessoa não infectada com secreções respiratórias de uma infectada, seja pela proximidade física, seja por contato com objetos ou superfícies contaminadas.

3. As principais formas de prevenção da infecção incluem (i) distanciamento físico, (ii) uso de proteção e outras barreiras físicas sobre a boca e o nariz, (iii) higienização das mãos, dos objetos e das superfícies e (iv) identificação e isolamento de indivíduos infectados.

4. Existem grupos de pessoas com maior risco de apresentar quadros mais graves da covid-19, por sua idade ou suas condições de saúde. Para fins deste plano, será considerada população de maior risco aquela com idade igual ou superior a 60 anos.

Objetivo

O Plano de Segurança Sanitária foi desenvolvido com o objetivo de definir as medidas de proteção à saúde pública a serem implementadas durante as eleições municipais de novembro de 2020, no contexto da pandemia da covid-19, bem como minimizar os riscos de transmissão da doença.

2.2. Medidas adotadas

2.2.1 Ampliação do horário de votação e horários preferenciais

A fim de reduzir o risco de aglomerações no dia da votação e distribuir melhor o fluxo de eleitores nos locais de votação, o tempo de votação no dia da eleição foi ampliado em 1 (uma) hora.

As eleições, que originalmente ocorriam das 8 (oito) horas às 17 (dezesete) horas, ocorreram em 2020 das 7 (sete) horas às 17 (dezesete) horas. Esclareça-se que, de acordo com as regras já em vigor, a votação poderia

continuar após esse horário, tendo em vista que o encerramento da votação apenas se dá após o atendimento de todos os eleitores presentes na fila da seção eleitoral às 17 (dezesete) horas, mediante distribuição de senhas.

A opção por antecipar o horário de início da votação se justificou por dois fatores principais.

Em primeiro lugar, análise estatística realizada apontou que a maior movimentação de eleitores no dia da eleição tradicionalmente se dá durante o período da manhã.

Em segundo lugar, diversos municípios brasileiros e locais de votação de difícil acesso apresentam dificuldades de segurança e/ou logística que tornariam inviável o término da votação após o pôr do sol ou em horário mais avançado.

Ademais, foi estabelecido, no início da votação, horário preferencial para que eleitores maiores de 60 (sessenta) anos possam votar. A análise estatística realizada indicou que referido horário preferencial deveria ter a duração de 3 (três) horas, iniciando-se às 7 (sete) horas e encerrando-se às 10 (dez) horas.

2.2.2. Convocação, treinamento e trabalho dos mesários

Os mesários convocados foram treinados, preferencialmente, por meios virtuais, incluindo a modalidade ensino à distância (EaD), aplicativo próprio para mesários e por meio da programação da TV Justiça. O treinamento dos mesários incluiu, inclusive, informações sobre as medidas e os protocolos sanitários adotados.

O plano estabeleceu que, no dia da eleição, os Tribunais Regionais Eleitorais poderiam, se julgassem necessário, definir turnos ou outra forma de rotação para o trabalho dos mesários, desde que, a todo tempo, permanecessem, no mínimo, três mesários em cada seção eleitoral.

2.2.3. Medidas de proteção pessoal e de distanciamento no dia da eleição

2.2.3.1. Medidas gerais de proteção dos mesários

Para proteção dos mesários, a Justiça Eleitoral providenciou e determinou o:

Fornecimento de máscaras de proteção facial em quantidade suficiente para que fossem substituídas a cada 4 (quatro) horas;

Fornecimento de viseiras plásticas (*face shields*);

Fornecimento de álcool em gel de uso individual para higienização das mãos;

Fornecimento de álcool 70% para higienização das superfícies (mesas e cadeiras) e objetos (canetas) na seção eleitoral, e

Demarcação de distanciamento mínimo de 1 (um) metro entre mesários e eleitores, que foi demarcado preferencialmente mediante o uso de fitas adesivas no chão.

2.2.3.2. Medidas gerais de proteção dos eleitores

Para proteção dos eleitores, a Justiça Eleitoral estabeleceu:

Fornecimento de álcool em gel para as seções eleitorais em quantidade que permitisse que cada eleitor higienize as mãos antes e depois de votar;

Obrigatoriedade do uso de máscaras nas seções eleitorais e nos locais de votação;

Solicitação aos eleitores para que, quando possível, levassem a própria caneta para assinatura do caderno de votação e fornecimento de canetas higienizadas para os eleitores que precisarem;

Fornecimento de álcool 70% para higienização das superfícies (incluindo mesas e cadeiras) e dos objetos (incluindo canetas) na seção eleitoral;

Estabelecimento de distanciamento mínimo de 1 (um) metro nas filas, que foi demarcado preferencialmente mediante o uso de fitas adesivas no chão;

Redução dos pontos de contato entre eleitores e mesários, bem como com objetos e superfícies, com alterações no fluxo de votação (abaixo explicitadas), exibição do documento de identificação oficial com foto à distância e campanhas de estímulo para que eleitores levassem suas próprias canetas para assinar o caderno de votação;

Orientação aos eleitores que apresentassem febre ou tivessem sido diagnosticados com covid-19 nos 14 dias anteriores à data da eleição a não comparecer à votação, permitindo a posterior justificativa da ausência de voto por esse motivo.

2.2.4. Medição de temperatura:

Optou-se por não utilizar a medição de temperatura dos eleitores, tendo em vista (i) que a medida causaria provável aumento das filas e maior risco de aglomerações, e (ii) o custo-benefício da medida, considerando-se que sua implementação em todos os quase 100 (cem) mil locais de votação no Brasil exigiria dispêndio elevado de recursos e não seria capaz de detectar indivíduos infectados que fossem assintomáticos ou estivessem em período de incubação.

2.2.5. Dispensa da biometria para identificação do eleitor

A identificação biométrica do eleitor foi desabilitada e substituída pela apresentação de documento oficial com foto e assinatura do caderno de votação.

A dispensa da biometria se deu por duas razões principais:

(1) Em primeiro lugar, para reduzir a aglomeração e formação de filas de eleitores, tendo em vista que o uso da biometria poderia tornar a votação mais demorada, em razão da necessidade de higienização à cada colheita biométrica. Levantamento estatístico realizado pelo TSE apontou que, em eleições municipais nas quais o eleitor deve escolher candidatos para somente dois cargos, o tempo de habilitação biométrica do eleitor pode constituir mais da metade do tempo total de votação. O estudo identificou, assim, que a dispensa da habilitação biométrica tornaria possível um ganho considerável no que se refere ao fluxo de eleitores, minimizando o risco de formação de longas filas.

(2) Em segundo lugar, para reduzir os pontos de contato do eleitor com objetos e superfícies, já que a higienização constante do leitor biométrico poderia danificar o aparelho. Nesse sentido, a empresa responsável pela produção das urnas eletrônicas da Justiça Eleitoral emitiu relatório técnico em que informa a degradação do leitor de coleta digital nos modelos 2009 e 2010 – que representam 65,7% dos leitores biométricos – caso seja aplicado álcool 70% para sua higienização.

Por fim, esclareça-se que a exigência de assinatura do caderno de votação pelo eleitor se deu para equilibrar duas preocupações relevantes da Justiça Eleitoral.

De um lado, dar prioridade à saúde dos eleitores e à segurança sanitária do processo de votação. De outro lado, manter a segurança do processo de votação, garantindo a devida identificação do eleitor, já que as assinaturas no caderno de votação poderiam ser posteriormente auditadas para confirmação da sua autenticidade.

2.2.6. Justificativa no dia da eleição

Em razão da pandemia e da necessidade de evitar aglomerações nos locais de votação, a Justiça Eleitoral desenvolveu no aplicativo e-Título, que pode ser utilizado em qualquer smartphone, a funcionalidade “Justificativa Eleitoral”.

Essa funcionalidade permitiu que o eleitor justificasse sua ausência sem sair de casa, quando estivesse fora do seu domicílio eleitoral (isto é, do município em que o eleitor é registrado para votar), por meio de sistema de georreferenciamento.

Portanto, o eleitor que estivesse fora do seu domicílio eleitoral no dia do primeiro ou do segundo turno da eleição deveria justificar a sua ausência preferencialmente pelo aplicativo e-Título, evitando comparecer presencialmente a uma seção eleitoral para justificativa. Apenas, excepcionalmente, o eleitor que não tivesse acesso a smartphone e internet poderia justificar em qualquer seção eleitoral.

No entanto, por dificuldades operacionais avaliadas pela equipe responsável pela TI do TSE, o aplicativo não se revelou funcional para essa finalidade no dia da eleição no 1º Turno.

2.3. Recomendações sanitárias direcionadas aos eleitores

Dia das eleições
Se apresentar febre, não saia de casa.
No transporte até o local de votação, mantenha distância de, no mínimo, 1 metro das outras pessoas em filas e evite entrar em veículos cheios.
Mantenha distância de, no mínimo, 1 metro das outras pessoas dentro dos locais de votação. Evite contato físico com outras pessoas, como abraços e apertos de mão.
Respeite a marca de distanciamento nas filas e nas seções eleitorais (sinalizada com adesivos nos chãos).
Se possível, compareça sozinho ao local de votação. Evite levar crianças e acompanhantes.
Permaneça nos locais de votação apenas o tempo suficiente para votar.

Dia das eleições
Use máscara desde o momento que sair de casa até a volta.
Nos locais de votação, não é permitido se alimentar, beber ou fazer qualquer outra atividade que exija retirada da máscara.
Se possível, leve sua própria caneta para assinar o caderno de votação.
Mostre seu documento oficial com foto, esticando os braços em direção ao mesário. O mesário verificará os dados de identificação à distância.
Se houver dúvida na identificação, o mesário poderá pedir que você dê dois passos para trás e abaixe brevemente a máscara.
Higienize as mãos com álcool em gel antes e depois de votar.

Fonte: Brasil (2020).

2.4. Recomendações direcionadas aos servidores da Justiça Eleitoral

Treinamentos e trabalho presencial	Dia das eleições
Realizar os treinamentos preferencialmente por meio virtual.	Vá aos locais de votação apenas quando necessário.
Mantenha distância de, no mínimo, 1 metro entre as estações de trabalho.	
No caso de treinamento presencial, preferir ambientes com ventilação natural ou em área externa.	O uso de máscaras nos locais de votação é obrigatório.
Usar máscaras durante todo o período de trabalho. Em reuniões e eventos presenciais, orientar que todos os presentes usem corretamente a máscara.	Nos locais de votação, não é permitido se alimentar, beber ou fazer qualquer outra atividade que exija retirada da máscara.
Não servir refeições durante as reuniões e eventos presenciais.	
Nas estações de trabalho, não se alimentar, beber ou fazer qualquer outra atividade que exija retirada da máscara.	
Designar locais para alimentação que permitam distância mínima de 2 metros entre as pessoas	
Limpar a mesa e os equipamentos de uso comum ao chegar e sair da estação de trabalho.	
Disponibilizar lavatórios e/ou álcool em gel 70% em locais de eventos presenciais.	

Fonte: Brasil (2020).

2.5. Recomendações sanitárias direcionadas aos mesários

Dia das eleições
Se apresentar febre, não saia de casa e comunique imediatamente a sua zona eleitoral.
No transporte até o local de votação, mantenha distância de, no mínimo, 1 metro das outras pessoas em filas e evite entrar em veículos cheios.
Mantenha distância de, no mínimo, 1 metro das outras pessoas dentro dos locais de votação. Evite contato físico com outras pessoas, como abraços e apertos de mão.
Use máscara desde o momento que sair de casa até a volta.
Use protetor facial (<i>face shield</i>) durante todo o tempo em que estiver nos locais de votação.
Troque a máscara a cada 4 horas.
Nos locais de votação, não é permitido se alimentar, beber ou fazer qualquer outra atividade que exija retirada da máscara. Os TREs ou cartórios eleitorais poderão designar espaços para alimentação, que devem permitir distância mínima de 2 metros entre as pessoas e ter preferencialmente ventilação natural ou serem localizados em área externa.
Higienizar as mãos com álcool em gel pelo menos: (i) antes e depois de tirar a máscara e/ou o protetor facial (<i>face shield</i>); (ii) ao chegar e sair da seção eleitoral; (iii) antes e depois de se alimentar; (iv) depois de ir ao banheiro; e (v) depois de tocar em documentos e/ou objetos dos eleitores.
A cada vez que retornar à seção eleitoral (por exemplo, após ir ao banheiro), higienize a sua mesa e cadeira com álcool 70%.
O eleitor deverá exibir o documento oficial com foto esticando o braço em direção ao mesário. Não pegue o documento com as mãos: verifique os dados de identificação à distância.
Se houver dúvida na identificação, peça para o eleitor se afastar dois passos para trás e abaixar brevemente a máscara.
Caso o eleitor não tenha levado a sua própria caneta, borrife álcool na caneta de uso comum antes e depois da utilização por cada eleitor.
Se você tem mais de 60 anos, poderá pedir para ser dispensado do trabalho como mesário.

Fonte: Brasil (2020).

3. Projeto “Eleições do futuro”: apresentações de propostas de inovações feitas por empresas

O projeto foi lançado em setembro com o escopo de iniciar estudos e avaliações para eventual implementação de inovações no sistema eleitoral.

Para tanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) realizou uma chamada pública, para a qual mais de 30 empresas se apresentaram e 26 manifestaram interesse em demonstrar uma solução para inovar o sistema eleitoral.

Assim, em 15/11, durante o primeiro turno das Eleições Municipais 2020, as cidades de Curitiba (PR), Valparaíso de Goiás (GO) e São Paulo (SP) foram palco de demonstrações de propostas de inovações para o sistema eletrônico de votação adotado no Brasil desde 1996. As demonstrações contaram com a participação de eleitores que votaram em candidatos fictícios.

As propostas deveriam preencher três requisitos: segurança da votação, proteção ao sigilo do voto e eficiência. Depois da eleição, o TSE decidirá se adotará ou não alguma inovação no sistema de votação.

3.1. Segurança

Apesar das urnas eletrônicas serem ferramentas extremamente seguras e auditáveis de votação, que proporcionam resultado rápido, a intenção foi a de verificar se há tecnologias mais modernas e baratas para o processo de votação, sem, é claro, afetar a segurança do processo.

Com o projeto, o Tribunal espera conhecer o que as empresas têm a oferecer em conhecimento e tecnologia, mantendo o controle do sistema de votação sob o comando do Tribunal Superior Eleitoral.

3.2. Diretrizes do projeto

- 1) As empresas foram responsáveis por todos os materiais e equipamentos que utilizarão;
- 2) Os representantes das empresas deveriam estar identificados com o crachá na cor vermelha e as equipes da Justiça Eleitoral com o de cor azul;
- 3) Todas as soluções de votação são das empresas. O TSE não está testando ou fazendo um piloto de uma solução própria. É uma demonstração;
- 4) O TSE tem ciência dos desafios de segurança envolvidos em uma solução de votação *on-line*. Por isso, o projeto estuda as possibilidades existentes;
- 5) Não há compromisso do TSE em adquirir nenhuma das soluções da demonstração. Os estudos continuarão em andamento no TSE;
- 6) No caso de o TSE implementar alguma solução de votação *on-line* para testes, o controle total do projeto, incluindo o código-fonte, é uma premissa;

- 7) A lista impressa de partidos/candidatos fictícios e o documento impresso com o *QRCode* da pesquisa deveriam estar disponíveis em cada estande, de modo que o eleitor pudesse identificá-los;
- 8) Ao final da votação simulada, foi solicitado ao eleitor que respondesse o questionário *on-line* do TSE. O endereço constava do *QRCode* do material impresso.

3.3 Requisitos mínimos de medidas sanitárias

Medidas gerais de proteção dos colaboradores das empresas inscritas

1) Para proteção de seus colaboradores que participarão da demonstração da solução de votação, todas as empresas inscritas deveriam:

- a) Fornecer máscaras de proteção facial em quantidade suficiente para que elas fossem substituídas a cada 4 (quatro) horas;
- b) Fornecimento de viseiras plásticas (*face shields*);
- c) Fornecer álcool gel de uso individual para higienização das mãos;
- d) Fornecimento de álcool 70% para higienização das superfícies (incluindo mesas e cadeiras) e objetos (incluindo equipamentos e canetas); e
- e) Estabelecimento de distanciamento mínimo de 1 (um) metro entre colaboradores e eleitores, que estava demarcado preferencialmente mediante o uso de fitas adesivas no chão.

2) A higienização das mãos pelos colaboradores deveria ser realizada:

- a) Antes e depois de tirar a máscara e/ou o protetor facial (*face shield*);
- 2) Ao chegar e sair do local de votação;
- 3) Antes e depois de se alimentar;
- 4) Depois de ir ao banheiro; e
- 5) depois de tocar em documentos e/ou objetos dos eleitores (caso fosse necessário).

Medidas gerais de proteção dos eleitores

3) Para proteção dos eleitores, todas as empresas inscritas tiveram que:

- a) Fornecer álcool em gel em quantidade que permitisse que cada eleitor higienizasse as mãos antes e depois de participar da demonstração;
- b) Fornecimento de álcool 70% para higienização das superfícies (incluindo mesas e cadeiras) e objetos (incluindo equipamentos e canetas);
- c) Estabelecimento de distanciamento mínimo de 1 (um) metro nas filas, que foram demarcadas preferencialmente mediante o uso de fitas adesivas no chão;
- d) Houve a redução de pontos de contato entre eleitores e seus colaboradores, bem como com objetos e superfícies.

4) Não foi utilizada:

- a) A medição de temperatura dos eleitores;
- b) Luva para os colaboradores ou eleitores, ao invés disso houve a higienização das mãos frequentemente;
- c) A identificação biométrica dos eleitores.

Estas foram as considerações a respeito de medidas recentes tomadas pelo Tse para a efetivação das eleições de 2020 e, sob a ótica deste texto, resultaram salutares para realização das eleições realizadas no ano passado.

Importante registrar que as eleições municipais puderam ser efetivadas a contento, de modo a manter o processo eleitoral do país hígido e permanente em plena pandemia enfrentada pelo País. Como resultado desse processo, por mais que estivéssemos à época em processo de distanciamento necessário, houve a abstinência de 23,14% de abstenções, frente a 17,5% na disputa de 2016, o que demonstra baixo índice se considerada a situação sanitária que foi enfrentada no período.

Houve a necessidade de adiamento das eleições em apenas um município (Macapá) por conta do aumento de casos de covid-19 verificado nas datas ordinariamente marcadas para o pleito eleitoral.

Com essas considerações, podemos dizer que o Brasil mostra consolidada a sua democracia e com expertise suficiente para superar obstáculos que, muitas vezes, parecem intransponíveis.

Referências

- BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRAGA, R. A indústria das *fake news* e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Belo Horizonte: IDDE, 2018. v. 1. Disponível em: <https://goo.gl/XmUwkd>. Acesso em: 1 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 38*, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 738-DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Distrito Federal (DF), Data de Julgamento: 5 de outubro de 2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29 de outubro de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 42.907-MT. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJe*, 13 maio 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal n° 933/PB*. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 06/10/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/02/2016.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral n° 22058 – Salvador/BA*. Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Data de Julgamento: 27 de agosto de 2019. Data de Publicação: 11 de outubro de 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial n° 784884/RJ. Relator: Min. José de Castro Meira. Data de Julgamento: 6 de junho de 2013. *DJE – Diário de justiça eletrônico*, v. 117. Data de Publicação: 24 de junho de 2013. p. 59.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Habeas Corpus n° 600087-39/AP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 13 de junho de 2019, Segunda Turma. Data de Publicação: 12 de agosto de 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plano de segurança sanitária: Eleições Municipais de 2020*. Dados eletrônicos. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2020. 24 p.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020: plano estratégico*. Dados eletrônicos. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2020. 34 p.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso contra a Expedição de Diploma nº 703/SC. Relator: Min. Felix Fischer. Data de Julgamento: 28 de maio de 2009. *DJE – Diário de justiça eletrônico*, v. 166/2009. Data de Publicação: 1 de setembro de 2009. p. 38-39.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial nº 84356. Jampruca/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 21 de junho de 2016, *DJE – Diário de justiça eletrônico*, v. 170. Data de Publicação: 2 de setembro de 2016. p. 73-74.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial nº 06017287920186220000/RO*. Relator: Min. Sergio Silveira Banhos. Data de Julgamento: 1 de julho de 2020. Data de Publicação: 13 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial nº 32503*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Publicação: 28 de novembro de 2019.

BRITO CRUZ, F. (coord.); MASSARO, H.; OLIVA, T.; BORGES, E. Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações. *InternetLab*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3DCyFMq>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CAGGIANO, M. H. S. Democracia X Constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, n. 1, 2011.

CANARIO, P. “A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3t4SzuG>. Acesso em: 1 set. 2021.

DAHL, R. A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2001.

D’URSO, Luiz Augusto Filizzola (coord.). *Todos contra as Fake News*. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo, 2020.

DUVERGER, M. *La democracia sin el Pueblo*. Barcelona: Ediciones Ariel S. A., 1967.

EUROPEAN COMMISSION. *A multi-dimensional approach to disinformation*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3BFxPgb>. Acesso em: 17 nov. 2021.

FERNÁNDEZ-GARCÍA, N. Fake news: una oportunidad para la alfabetización mediática. *Revista Nueva Sociedad*, n. 269, 2017.

FIOCRUZ. Em defesa da vida – convivência com a covid-19 na FioCruz. Rio de Janeiro: Fiocruz, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kNjKlw>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FUX, L.; FRAZÃO, C. E. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 116.

INSTITUTO TECNOLOGIA E EQUIDADE. *Recomendações Sistêmicas para combater a desinformação nas Eleições do Brasil*. In: *Projetos IT&E*. São Paulo: Instituto Tecnologia e Equidade, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3DKe88w>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MACEDO JUNIOR, R. P. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: ABBOUD, G.; JUNIOR, N. N.; CAMPOS, R. (coord.). *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 129-145.

NA SESSÃO desta terça (17), presidente do TSE faz balanço do 1º turno das Eleições 2020. *Tsr.jus.br*, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3DNAhML>. Acesso em: 17 nov. 2021.

NEISSER, F. G. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OEA. *Guía para organizar elecciones em tiempos de pandemia*. Washington, DC: OEA, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2WLtLf0>. Acesso em: 17 nov. 2020.

OEA. *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y elecciones en la era digital de los relatores especiales de las naciones unidas OSCE y el OEA*. Washington, DC: OEA, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3DwTsAS>. Acesso em: 17 nov. 2021.

OEA. *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*. Washington, DC: OEA, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3mRNyVd>. Acesso em: 17 nov. 2021.

OEA. *Relatório Final da Missão de Observação Eleitoral das Eleições Gerais do Brasil em 2018*. Washington, DC: OEA, [2019?]. Disponível em: <https://bit.ly/3tbwPNS>. Acesso em: 1 set. 2021.

RAIS, D. *et al. Fake News a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018a.

RAIS, D. *Desinformação no contexto democrático*. In: ABBOUD, Georges; JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (coord.). *Fakenews e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018b.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, M. P. *As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições?*. In: ABBOUD, Georges;

NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TEIXEIRA, V. M. do E. *O limite do Direito Penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão*. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018.

WATERLOO, E. A. C. (org.). *TSE nas eleições 2018: um registro da atuação do gabinete estratégico pelo olhar de seus integrantes*. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2020. p. 17.

Perspectivas da jurisdição constitucional a partir da Constituição da República de 1988

*Marcos Duque Gadelho Júnior*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Evolução. Acesso à Justiça.

Resumo: o objetivo deste ensaio é promover uma reflexão sobre as novas facetas da jurisdição constitucional, ancorada na metodologia científica da Teoria Pura do Direito, em especial no que concerne à interpretação dinâmica e à moldura normativa construídas por Kelsen, cujos espaços de valoração (no limite das balizas) são destinados aos criadores do Direito. O espaço criativo outorgado aos juízes, em decorrência da realidade (ser), e a necessidade, cada vez maior, da previsão dos efeitos das decisões constituem, quando menos, predicados indispensáveis ao exercício da jurisdição constitucional. O ordenamento jurídico e a orientação jurisdicional dos magistrados e cortes, numa simbiose dinâmica regrada, autorizam não apenas emprestar deferência ao Direito posto e ao próprio legislador, mas, também, constituem um instrumento legítimo de mudança social.

Introdução

A questão que inspira o presente ensaio está relacionada à análise das novas facetas da jurisdição constitucional, especialmente quando exercidas pela Suprema Corte do país, e dos novos arranjos institucionais que regulam o seu desenvolvimento. Como é cediço, a anomia do Poder Judiciário no sistema liberal e o fetichismo da lei – fruto, como se sabe, da desconfiança popular em substituir o absolutismo dos monarcas pela nobreza da toga e do ideário sobre o protagonismo do legislativo –, encontraram alicerces seguros nas codificações estatuídas no limiar do século XIX, com destaque para o Código de Napoleão, de 1804. O invulgar apreço à figura

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela USP. Atualmente, Magistrado Instrutor no Gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski – STF. E-mail: gadelho@hotmail.com.

do texto legal, que perdurou pelos séculos XVIII e XIX, e a neutralização dos magistrados constituíram uma das bandeiras importantes na atuação dos juízes, em que a separação de poderes e o protagonismo do legislativo foram alçados como consequências lógicas da vontade geral. É o que se extrai, v.g., do festejado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789².

Dito de outro modo, o formalismo jurídico e a fiscalização dos magistrados tornaram-se, no decorrer do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos³. Todavia, curiosamente, o gérmen da flexibilização da pura mecanização na interpretação e na aplicação da lei encontra seu “renascimento” nessa época. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2006, p. 77), ao analisar o teor do art. 4º do citado Código Napoleônico⁴ – que impedia o magistrado de sonegar a aplicação do direito –, advertia que a intenção dos redatores era deixar aberta alguma válvula de escape aos juízes ou, melhor, franquear a “possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz”⁵. E, assim, ressaltou Jean-Étienne-Marie Portalis (2004, p. 17-19), no seu famoso discurso preliminar sobre o projeto de Código Civil francês (1804), quando afirmou que:

Na ausência da lei, você deve levar em conta o costume ou a justiça. Equidade é o retorno à lei natural diante do silêncio, da contradição ou da escuridão das leis positivas. Forçar o magistrado a recorrer ao legislador seria o pior dos princípios. Significaria renovar a legislação desastrosa de

² Art. 16. A society in which the observance of the law is not assured, nor the separation of powers defined, has no constitution at all.

³ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

⁴ Art. 4º. O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

⁵ Afirmou, ainda, que: “A *ratio* do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação de poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emendada de um grupo para combater outro” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 77).

reescritos, porque quando o legislador intervém para se pronunciar sobre matérias nascidas e veementemente discutidas entre os indivíduos, não é mais protegido de surpresas do que os tribunais. É menos assustador o arbítrio regulado, modesto e circunspecto de um magistrado, que pode ser retificado e está sujeito a ação por transgressão, do que o arbítrio absoluto de um poder independente que nunca é responsável.⁶

No plano nacional, apesar da influência do direito norte-americano na formação dos textos constitucionais e na moldura das instituições, reconhecida tanto na reprodução dos instrumentos decisórios quanto na própria nomenclatura dos textos constitucionais republicanos até a Constituição de 1946 (“Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” ou “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”), o legislador constituinte nunca emprestou ao Poder Judiciário, ao longo de nossa história republicana, a inspirada autonomia e a tão decantada deferência, seja para o exercício da sua função tradicional de dirimir conflitos, seja para o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Rememoro, a propósito, que os *founding fathers* depositavam sua confiança no Poder Judiciário, departamento mais fraco da República – carente da “espada” e das chaves do “cofre” –, para a fiscalização das leis incompatíveis com a Constituição, sobretudo porquanto o Legislativo, segundo tal visão, não reconheceria o próprio equívoco na correção do texto legal e o Poder Executivo concentraria poderes demais⁷. De todo modo, a doutrina já vaticinava que todos os desacordos morais desaguiariam no Poder Judiciário⁸.

Relembro também que, apesar de a estruturação do Poder Judiciário não ter sido, num primeiro momento, objeto de prioridade nas diversas

⁶ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Tradução: Adela Mora. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 2004. p. 17-19, tradução nossa. Disponível em: <https://bit.ly/3BQvejF>. Acesso em: jan. 2021.

⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2010. arts. 51, 78 e 81.

⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: leis e costumes*. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução: Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 111-117.

correntes que integravam a Assembleia Constituinte (1987/1988)⁹, exceto em relação à engenharia institucional da nossa Suprema Corte, convém assentar que, pela primeira vez, o constituinte alçou o Poder Judiciário a um patamar institucional singular, especialmente frente aos demais Poderes. Consequentemente, munuiu-o com instrumentos e técnicas decisórias relevantes, sendo a apoteose normativa delineada na atribuição do papel de guardião principal do texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰, função esta que tem no agente externo ao Parlamento, segundo Hans Kelsen (2007), um remédio mais eficaz¹¹.

Isso não faz do Poder Judiciário (e do STF, em especial), contudo, um genuíno poder político, mas um *tertium genus*, ou um coordenador dos demais poderes, à semelhança da figura descrita por Constant (1988) como poder neutro¹², e não aquele nascido na CF/1824, reafirmado pelos sucessivos incentivos concedidos pelo legislador derivado. Com efeito, os juízes e ministros foram contemplados com o reforço das suas competências e garantias institucionais, para colocar, pela primeira vez na história republicana, freios às aspirações políticas ilícitas dos outros Poderes, por meio de distintos e legítimos vetores de atuação. Esse fenômeno, contudo, jamais eliminou ou fomentou a destruição dos pilares da concepção

⁹ Paradoxalmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acentua o “lobby” dos magistrados: “O lobby dos magistrados, por exemplo, embora mais preocupado, como sói acontecer, com as vantagens corporativas do que com o aprimoramento das instituições tem o mérito de haver conseguido duas vitórias que, sem dúvida, merecem aplauso. Ambas, de fato, contribuem para a independência, portanto, para a imparcialidade da magistratura. Uma é a autonomia financeira, aí se salientando a participação direta no estabelecimento de seu orçamento (art. 99). Outra, dar aos tribunais o provimento dos cargos de juiz (art. 96, I, “c”), livrando os magistrados de deverem favores aos membros do Executivo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, 1994).

¹⁰ Cf. art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Rememoro, a propósito, as palavras do Ministro Celso de Mello, ao final da década de 90, quando o STF renunciou a prudência exagerada que o caracterizou durante a República, no voto proferido na ADI 2.010-MC: “A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”.

¹¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Kurg et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹² CONSTANT, Benjamin. *Political writings*. Tradução: Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

tradicional da separação de poderes, nem tampouco fulminou os predi-
cados do Estado de Direito.

Mas não é só isso. A estruturação da organização do Estado e do
governo foi inserida, de forma inovadora na história constitucional
brasileira, situada agora em capítulo ulterior à positivação dos direitos
e garantias fundamentais, as quais, como é de conhecimento geral,
não apenas foram consolidadas com privilegiada localização topográ-
fica na Carta de Direitos de 1988 – com inspiração no modelo alemão
da Lei Fundamental de Bonn (1949)¹³ e a fixação do *status* de cláusula
pétrea (art. 60, § 4º, CF/1988) –, como também prescreveram, a todos
os destinatários, sua rigorosa observância diante da imediata eficácia
prevista no texto constitucional (art. 5º, § 1º, CF/1988)¹⁴. Logo, os
referidos direitos, inseridos em título exclusivo no texto constitucional,
já não são mais concebidos como simples prescrições normativas, mas
como uma genuína promessa de natureza prospectiva¹⁵, corroborada,
por fim, pela hierarquia constitucional conferida aos tratados humanos
(por força da redação dada pela EC 45/2004)¹⁶.

Tal panorama alterou as funções jurisdicionais e os métodos de inter-
pretação pelos juízes, os quais, no exercício da judicatura, não cumprem

*apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e
o errado com base na lei, mas também e sobretudo
examinar se o exercício discricionário do poder
de legislar conduz à concretização dos resultados*

¹³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 510-513.

¹⁴ Não cabe, neste ensaio, a discussão travada exaustivamente na doutrina sobre a eficácia das normas e garantias fundamentais em suas múltiplas dimensões, mas demonstrar que a *mens legis* superou a mitifi-
cação dos textos anteriores e as fórmulas vazias de concretização, o que não significa, em contrapartida,
a insurreição de outros problemas estruturais a partir dos diferentes tipos de normas e a sua eficácia.

¹⁵ Nesse contexto, retoma-se a lição do mestre português José Joaquim Gomes Canotilho no que denominou
de “função de prestação social” e “função de não discriminação” das liberdades (direitos) fundamentais,
que se traduzem no dever do Estado de assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados
na Carta de Direitos, sobretudo no que concerne à igualdade dos cidadãos (última função), direitos
e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos
(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra:
Almedina, 2003. p. 408-410).

¹⁶ Lembro, porque oportuno, que, no que concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, an-
teriores à Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhes *status* supralegal,
ou seja, abaixo das disposições constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais (RE 466.343/
SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso).

*objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).*¹⁷

A citada “faculdade de impedir”, clássica expressão inserida na obra *O espírito das leis*¹⁸, ou modernamente *veto players*¹⁹ (ou, tradicionalmente, no termo cunhado por Hans Kelsen, “legislador negativo”) – consubstanciada no poder/dever de anular e de controlar os atos dos demais poderes para a mudança do *status quo* –, não traduz mais a única função primária atribuída ao Poder Judiciário. Foi instado, ao contrário, pelo constituinte de 1988, a ingressar e participar da arena política, convite este reafirmado por sucessivas Emendas Constitucionais e pela multiplicidade de fontes jurídicas, incluindo diplomas e tratados internacionais. Nesse sentido, dentre as “novidades” destacam-se as novas atribuições e instrumentos criados pelo legislador constituinte: (i) julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual²⁰ e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (ii) mandado de injunção (art. 5º, LXXI)²¹; (iii) ampliação do rol dos órgãos autorizados a promover o controle abstrato de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/1988); e (iv) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º)²² e o *habeas data* (art. 5º, LXXII)²³.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio decadente? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171-178.

¹⁹ Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

²⁰ Convém destacar, no entanto, que a Emenda Constitucional 16/1965 inseriu o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos contrários à Constituição não mais limitado às hipóteses restritivas da Representação de Inconstitucionalidade, mas alçou apenas o Procurador-Geral da República como órgão legitimado para a proposição.

²¹ Art. 5º. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

²² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²³ Art. 5º. [...] LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Por tal razão, a legitimidade democrática da atuação judicial tem sua gênese na própria deliberação do constituinte, rompendo, em caráter definitivo, com a neutralização liberal advinda do constitucionalismo vigente no Brasil até 1988, apesar da resistência inaugural de alguns ministros do STF na aplicação destes institutos até a edição de legislação superveniente que regulamentou os dispositivos do texto constitucional²⁴. Tal movimento constituinte parece se enlaçar com o conceito de constitucionalismo moderno trazido por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 51-53), para designar

*[...] o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio público, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.*²⁵

Nesse sentido, o simples cotejo entre as Constituições Republicanas²⁶ (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) e o texto de 1988 reforça a percepção acerca do recrudescimento das funções dos magistrados e das cortes, notadamente do STF. O efeito mais visível desse quadro repousa justamente no aumento substancial dos órgãos que integram o Poder Judiciário²⁷, com destaque para a criação do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, por força da Emenda Constitucional 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, a fórmula da separação de poderes, elaborada pela Carta de Direitos de 1988 em termos mais abstratos²⁸ e elevada à categoria de cláusula pétreas²⁹, não contém mais qualquer proscrição expressa quanto à

²⁴ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p 141-184, 2013.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

²⁶ Não considero aqui atos normativos ou Constituições provisórias, instituídos com força do poder constituinte.

²⁷ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho; V - os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

²⁸ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁹ Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

impossibilidade de eventual “delegação” de atribuições típicas, conforme dicção presente nos textos constitucionais republicanos de 1934 (art. 3º, §§ 1º e 2º)³⁰ e de 1946 (art. 36, § 2º)³¹; nem tampouco o constituinte trouxe hipóteses de exclusão apriorística de matérias pelo Poder Judiciário, como ocorrera em todas as Constituições na República. Em outras palavras, o constituinte decidiu fortalecer o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, com o acréscimo da possibilidade da concessão da assistência judiciária gratuita aos mais carentes³², não fazendo qualquer ressalva, portanto, quanto aos “direitos não individuais” ou “atos ou decisões políticas”. A única limitação está afeta ao tema do desporto, em que o acesso à jurisdição está condicionado, mas não excluído, ao esgotamento das instâncias da “justiça desportiva”³³. Ademais, o constituinte deliberou por eliminar instrumentos de concentração de poderes dos tribunais superiores, tais como: a advocatária e a arguição de relevância,³⁴ irrompendo, por consequência, com a *intercessio* moderna.

Some-se a isso o fato de que o texto constitucional vigente disciplinou exhaustivamente, em seu art. 95, *caput* e parágrafo único³⁵, o regime jurídico aplicado à magistratura brasileira, por meio de garantias e vedações

³⁰ Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

³¹ Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

³² Foi um dos pontos mais debatidos na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. É o que dispõe o art. 5º, LXXI, da CF/1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

³³ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

³⁴ Embora não possa ser confundido com o instituto da Repercussão Geral inaugurado pela EC 45/2004, não há como desassociar a inspiração deste último na Arguição de Relevância no sentido de reintroduzir filtros no sistema processual brasileiro.

³⁵ Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em

(acrescida de sucessivas modificações por Emendas Constitucionais), para assegurar que os juízes e as cortes pudessem emitir decisões com independência, imparcialidade, equilíbrio e adequação. Ficou evidente que o acesso à jurisdição, mais do que um predicado formal esculpido na Carta de Direitos, constitui direito fundamental (e, portanto, potestativo) de todos os brasileiros.

Ademais, os conhecidos incentivos legislativos – no plano infraconstitucional – outorgados ao Poder Judiciário não tiveram precedentes quantitativos nos textos constitucionais pretéritos. Com efeito, as fecundas modificações na organização e funcionamento do Poder Judiciário, provocadas pela EC 45/2004³⁶, serviram não apenas para o aprimoramento da atuação e da fiscalização dos juízes e tribunais, precisamente por meio da criação do Conselho Nacional de Justiça³⁷, como também municiou o Poder Judiciário com instrumentos e filtros jurídicos adequados para impor alguma racionalidade à litigiosidade excessiva.

De fato, para além de exigir dos recursos extraordinários demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas (§ 3 do art. 102 da CF/1988), a EC 45/2004 alterou a competência da Justiça do Trabalho, bem como instituiu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as Súmulas Vinculantes, a fim de consolidar entendimentos pacificados, sob certas condições normativas, em proposições enunciativas com efeitos compulsórios perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública³⁸.

lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

³⁶ De acordo com a exposição de motivos do ato normativo, “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único inofensivo à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juizes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa. Não basta, para o estabelecimento de controles na atividade do Poder Judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores”.

³⁷ De acordo o Ministro Cezar Peluso, relator da ADI 3.367/DF: “A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, nos limites de suas responsabilidades constitucionais, deem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder. [...] Ao Conselho atribuiu-se esse reclamado papel de órgão formulador de uma indeclinável política judiciária nacional”.

³⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula

Por todo o exposto, não há margem para dúvidas de que as condições normativas e o quadro político atual cancelaram uma nova postura de juízes e cortes no exercício da jurisdição constitucional. Vale dizer, reconhece-se, a partir de certos eventos e contextos históricos, que a atividade primária dos juízes permanece em constante evolução jurídica e política, mas não hegemônica, firmando contornos dogmáticos constitucionais a partir do final do século XX, mas sem desbordar em solipsismos, seja para aferir a validade de uma lei infraconstitucional (controle de constitucionalidade), ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades.

2. A jurisdição constitucional e a interpretação e aplicação do Direito à luz da leitura escorreita da “moldura normativa”, de Hans Kelsen

Não bastasse a força do arcabouço normativo e da constante delegação de estímulos pelo legislador, impõe-se uma adequada compreensão dogmática da Teoria Pura do Direito, muitas vezes difundida injustamente como o centro de depósito de todas as mazelas na interpretação e aplicação do Direito, para o desenvolvimento de novas facetas da jurisdição constitucional. Sim, porque as categorias normativas e modelos de instituições, delineados por Hans Kelsen e por outros estudiosos que integraram a denominada Escola Jurídica de Viena³⁹, ainda influenciam de forma decisiva a atuação dos magistrados brasileiros⁴⁰.

que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

³⁹ Aqui se destacam Adolf Julius Merkl (1890-1970), publicista e professor nas Universidades de Viena (1920 a 1965) e de Tübingen (1950-1965) e o mais importante aluno de Kelsen, bem como Alfred Verdross (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011a. p. XXXI).

⁴⁰ *Ibid.*, p. XVI.

Convém destacar, inicialmente, que Kelsen (2011), juspublicista (Direito Público e Direito Constitucional), com obras de destaque no Direito Internacional⁴¹, foi um dos autores do anteprojeto da Constituição austríaca de 1920⁴² e passou a integrar a Suprema Corte local até 1929, quando, ao assegurar a autonomia do direito em relação à política (no caso das dispensas matrimoniais), deixou o cargo em contrariedade à reforma constitucional e à dissolução da antiga Corte Constitucional da Áustria⁴³.

Rememoro, ainda, que a celebrada Teoria Pura do Direito não é fruto exclusivo e acabado do mestre nascido em Praga⁴⁴. Antes, pelo contrário, publicada em 1934 (Reine Rechtslehre), contou com a contribuição decisiva de Adolf Julius Merkl⁴⁵ e sofreu alterações substanciais por Kelsen ao longo da sua vida, incluindo uma segunda edição (1960), quando o autor já estava radicado em Berkeley, na Califórnia (EUA). Lembra Matthias Jestaedt (*apud* KELSEN, 2011a, p. 4-5), neste sentido, que

[...]o fato de que a teoria pura de Kelsen não é produto atemporal de uma única ideia genial que dali em diante se conservaria inalterada e inalterável. Muito pelo contrário, a teoria pura do direito passou – desconsiderando-se totalmente o fato de que Kelsen, certamente, seu fundador e principal defensor, mas de modo o seu único protagonista – por numerosos e profundos desenvolvimentos ao longo de décadas.⁴⁶

⁴¹ Kelsen escreveu, em 1936, o importante texto “La transformation du droit international en droit intern”, publicado na *Revue Générale de Droit International Public*, Paris.

⁴² Lembra Virgílio Afonso da Silva, no entanto, que “No caso do controle de tipo europeu, a Constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela Constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de Georg Jellinek, sugestivamente intitulada “Um Tribunal Constitucional para a Áustria”, publicada em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um Jury Constitutionnaire, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses – e de quaisquer outros – antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2009.).

⁴³ KELSEN, *op. cit.*, p. 81-92.

⁴⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. XXIX-XXIV.

⁴⁵ A contribuição e o mérito foram reconhecidos pelo próprio Kelsen (KELSEN, *op. cit.*, p. 28).

⁴⁶ E arremata: “A bem da verdade, até o fim da sua vida, Kelsen não atinge o ponto em que declararia a teoria pura do direito ‘pronta’ ou em que a consideraria perfeita. Como comprova de modo

Registre-se, ademais, que a Teoria Pura propôs delimitar o campo da validade do Direito em detrimento aparente dos valores subjacentes à norma (princípio basilar), sem eliminar, contudo, toda e qualquer consideração ética do Direito. Pelo contrário, tais “normas de justiça” têm por destinatários os agentes responsáveis pela criação do direito positivo (legisladores e magistrados)⁴⁷. Nesse sentido, Kelsen enfatiza que:

*[...] a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido.*⁴⁸

Assim, ao considerar que a produção da Teoria Pura é atemporal, e não fruto exclusivo da produção de Kelsen, é possível conceber passagens em sua obra que expressem uma reflexão sobre a mudança dos alicerces (da ausência) referentes ao campo da validade da ciência jurídica. É o que se denota, v.g., do trecho da sua autobiografia, produzida em 1947 (quando Kelsen esteve radicado em Berkeley, Califórnia), ao mencionar que as faculdades de direito locais não tinham interesse particular por uma teoria científica do Direito e que, por isso, “talvez o direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais”⁴⁹.

Em outras palavras, a pureza da citada teoria não reproduz o entendimento de um direito apolítico, tampouco constitui fenômeno normativo indiferente ao aspecto factual (ser), conforme reza a propalada interpretação dinâmica⁵⁰. Ao revés, de acordo com Matthias Jestaedt, em palestra ministrada em 25 de setembro de 2018, na Universidade de Freiburg, o mérito da Teoria Pura repousa justamente na análise e descrição realista, precisa e desviesada tanto quanto possível do funcionamento do

impressionante sua obra no final da vida, a *Allgemeine Theorie der Normen*, editada postumamente em 1979, o nonagenário – que trabalhava com escrupulo inabalado – ainda empreendia extensas modificações e acréscimos substanciais na sua teoria” (KELSEN, *op. cit.*, p. 4-5).

⁴⁷ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011b, p. 3-8.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 9

⁴⁹ KELSEN, 2011a, p. 108.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-398.

Direito Positivo Moderno, estruturado a partir da distribuição funcional de competências. A teoria não descarta a existência de uma passagem de compreensão estática para uma visão dinâmica do modo de realização do Direito, instrumentalizada, ainda, pela possibilidade de criação e aplicação em todos os níveis da estrutura escalonada.

E, muito embora a provável intenção de Kelsen não tenha sido conferir legitimidade a um solipsismo ou voluntarismo autoritário dos juízes na aplicação do Direito, é certo que a junção do ato de conhecimento para a fixação das balizas das possibilidades da aplicação da lei na moldura jurídica, com o ato de vontade do aplicador do Direito (e que refoge, num primeiro momento, às preocupações do Direito Positivo) na escolha dessas possibilidades ao caso concreto, permitiu aos magistrados observarem outros horizontes para a construção da norma individual no caso concreto, expurgando os malefícios do formalismo anacrônico. Como se vê, conquanto descreva o Direito como norma, a relação entre o conteúdo de ordenamento jurídico válido e o teor do ato social (que lhe corresponde) não era ignorada por Kelsen⁵¹.

Daí porque se mostra importante desmitificar os anátemas lançados em desfavor da referida obra, precisamente no sentido de que a pureza metodológica teria proscrito qualquer desvinculação dos magistrados a outros valores na interpretação e aplicação do Direito. Pelo contrário, o esforço central da teoria buscou conferir autonomia e cientificidade ao Direito, o que não se confunde, em qualquer contexto histórico, com a negação da própria realidade na aplicação dos textos legais.

Dito de outro modo, a compreensão hermenêutica adequada da Teoria Pura do Direito traz fecunda base epistemológica ao exercício da jurisdição atual, dispensando, por consequência, os discursos narrativos com linguagem fluida trazidos a lume por novas escolas de interpretação (em especial os neoconstitucionalistas). Tem, ademais, o mérito de viabilizar o aperfeiçoamento na efetividade da prestação jurisdicional, por meio da interpretação referente às alternativas concebidas no interior da moldura normativa.

3. Novos contornos da jurisdição constitucional

Feitas essas considerações, saliento que a jurisdição constitucional ganhou contornos significativos somente a partir da Constituição de 1988,

⁵¹ Conforme expressamente reconhecido por ele em sua autobiografia (KELSEN, 2011a, p. 30).

operando uma ruptura com todos os diferentes modelos adotados ao longo da história republicana. A sua origem pode ser atribuída ao Decreto 510/1890, sob a inequívoca influência do direito norte-americano⁵², o qual fixou os poderes e atribuições devidos aos respectivos órgãos jurisdicionais⁵³, ampliados, na sequência, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, e incluiu, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade difusa das leis contrárias no texto constitucional⁵⁴. A Constituição da República de 1891, por sua vez, reafirmou as competências previstas nos atos normativos pretéritos, com o acréscimo determinado pela EC 3/1926.

A jurisdição constitucional passa a ganhar novos significados para incorporar não apenas ferramentas e técnicas decisórias na fiscalização da constitucionalidade das leis à luz das determinações ambiciosas do Texto Constitucional de 1988, mas também para permitir, diante do recrudescimento da judicialização⁵⁵, que institutos e técnicas hermenêuticas típicas de uma jurisdição ordinária possam contribuir para exortar uma solução mais condizente com uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e apta a resolver conflitos e disputas normativas entre os Poderes e os entes federativos.

Trata-se de um papel de coordenador que atribuo aos juízes e cortes, que não constitui novidade na história republicana, senão em relação ao seu titular⁵⁶, e que decorre logicamente do desenho institucional democraticamente escolhido pelo legislador constituinte, secundado agora pelos múltiplos (e já citados) incentivos concedidos pelo Congresso Nacional.

⁵² É o que se extrai, outrossim, da jurisprudência da STF da época. Confira-se, a propósito, trechos do voto do Ministro Pedro Lessa (vencido), no HC 3.539 em que se discutia a controvertida questão da constitucionalidade da decretação do estado de sítio. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Ministro Pedro Lessa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 99-101.

⁵³ Cf. Arts. 58 a 61.

⁵⁴ Cf. Art. 9º, II, parágrafo único, b.

⁵⁵ Veja-se, nesse cenário, que, segundo dados de uma pesquisa levada a cabo em maio de 2000, desde a vigência da Carta de Direito de 1988 até aquela data, 2.212 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas perante a Suprema Corte. Por outro lado, ainda que o cenário institucional tenha se agravado a partir de 2020, os últimos 10 anos descortinam o recrudescimento da atuação do STF, com a distribuição exponencial de 2.384 ADIs até abril de 2021, sendo 625 julgadas definitivamente pelo Plenário neste período e 676 extintas monocraticamente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*: ADI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: jan. 2021).

⁵⁶ A Constituição de 1934, em seu art. 88, dispunha que: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC), por meio da Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, órgão responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no STF, tanto para os conflitos pré-processuais como para questões processuais sujeitas à competência da Corte que “por sua natureza, a lei permita a solução pacífica”, é sinal dos novos ares da jurisdição constitucional. Mas não é só isso. A edição da Lei 13.655/2018⁵⁷, que promoveu alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, reforçam definitivamente a intenção legislativa voltada à mudança dos vetores da jurisdição constitucional.

No plano jurisdicional, a busca por soluções heterodoxas parece encontrar uma nova perspectiva, com as devidas acomodações normativas, na jurisdição constitucional, especialmente em momentos de crises. Cite-se, v.g., a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, homologada em decisão plenária de 20 de maio de 2020, precedida, em data anterior, da criação de comissão especial, intermediada por representante da Suprema Corte, com a participação de representantes da União, dos Estados, Distrito Federal e do Tribunal de Contas da União (TCU) para a resolução do impasse. Foi obtido o ajuste, seguido do encaminhamento de projeto de lei complementar ao Congresso Nacional (aprovado posteriormente).

Nessa questão, destaque-se, ainda: (i) a flexibilização dos dispositivos legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, a pedido do Poder Executivo, diante do contexto da pandemia da Covid-19 (ADI 6.357/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes⁵⁸); (ii) a reafirmação do federalismo de cooperação (ADIs 6.341/DF, 6.343/DF e ADPF 672/DF); e (iii) no campo

⁵⁷ O art. 26 da Lei 13.655/2018 dispõe que: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [...] III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

⁵⁸ Embora o Plenário do STF tenha reconhecido a perda do objeto diante da edição da Emenda Constitucional 106/2020, o relator havia concedido liminar, para “afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento

dos direitos fundamentais, o impedimento do compartilhamento de dados pessoais para órgãos do Estado (ADI-MC 6.387/DF).

Nessa mesma linha, Zagrebelsky (2008) rememora, ao promover distinção sobre o possível conteúdo da política, que o Tribunal Constitucional está inserido dentro dela, como um dos fatores decisivos da sua atuação, na condição de instrumento de convivência, e não numa competição entre atores políticos⁵⁹. Com efeito, constituição e política, na acepção proposta, são os dois lados da mesma moeda. Assinala, a propósito, Stephen Breyer (2010), *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, que a atuação histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos trouxe parâmetros normativos em precedentes conhecidos para a limitação dos atos de governo, para o debate público e para garantir a viabilidade do próprio regime democrático⁶⁰.

Paralelamente a tudo isso, verifica-se também que a preocupação com a adequada fundamentação das decisões judiciais está na órbita do legislador e dos magistrados, especialmente para evitar voluntarismos judiciais autoritários, conforme se depreende das disposições do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que foi pródigo em estipular medidas e prazos para assegurar a necessária fundamentação das decisões. É o que se extrai, por exemplo, do art. 489, § 1º, ao estabelecer que não se considera fundamentada a sentença, dentre as possíveis máculas, que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitar o motivo concreto de sua incidência no caso.

4. Conclusão

Diante desse quadro, a legítima expectativa de que o Poder Judiciário possa atuar no Brasil como instância dotada de múltiplos vetores, de coordenador político institucional a colaborador normativo, além de funções de apoio, de escolhas, de correção e revisão da constitucionalidade das normas⁶¹, não se manifesta somente em pressuposições de cláusu-

do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19". Diante dos debates no Plenário, era muito provável que o STF ratificasse a liminar, caso a EC 106/2020 não tivesse sido promulgada.

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 37-41.

⁶⁰ BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: Vintage Books, 2010. p. 3-5.

⁶¹ Faço menção à lição de Rui Medeiros sobre a supremacia da Constituição e seu papel de reger a atividade hermenêutica, sob quatro diferentes funções: "1º uma função de apoio ou de conformação de um

las abertas e do desenho institucional previstos na Carta de Direitos de 1988. Mas é constatável também na abdicação e delegação intencional, ainda que dissimulada e informal, das funções primárias de outros órgãos políticos, assim como a incorporação do léxico da democracia no próprio direito, que, embora condicionado pela política em sua origem, parece ter ganhado autonomia suficiente para controlar abusos que violem as regras do jogo e promover a autocontenção dos poderes.

Como se sabe, os Poderes Legislativo e Executivo exerceram protagonismos em distintos contextos históricos, precisamente nos séculos XVIII, XIX e XX, ao passo que o Poder Judiciário se manteve, em regra, à margem das decisões políticas no plano nacional até a construção do texto constitucional de 1988. O rompimento operado nos últimos anos exige alguma paciência nesta acomodação entre os Poderes.

Por sua vez, os magistrados e as cortes passaram a desempenhar um papel de destaque no cenário político nos últimos anos, devido ao aumento da provocação do STF para decidir sobre questões políticas e sociais de grande repercussão, especialmente nos momentos de crises ou tensões substanciais de todos os espectros. Isso torna ainda mais necessária a tarefa de aprofundar a compreensão do modo como a atividade jurisdicional e o papel dos juizes estão sujeitos a uma constante metamorfose.

Evidentemente que o presente ensaio não esgota a temática, mas pretende, ao revés, lançar algumas luzes sobre tal fenômeno. Isso não importa em ingressar na discussão sociológica do papel do magistrado no corpo social, mas, antes, enfatizar a possibilidade de constante revisitação da interpretação judicial, especialmente nos parâmetros delineados pela Teoria Pura de Kelsen, no espaço delimitado pela moldura normativa, por meio de atividade cognitiva (ato de conhecimento) e com adoção de valores constitucionais nas escolhas legítimas previstas, sem, contudo, desbordar em ativismo ou voluntarismo judicial.

E, nesse sentido, rememoro as lições clássicas do papel do magistrado, segundo entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação; 2º uma função de escolha entre várias soluções que não se mostram incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por um outro igualmente compatível com a letra da lei; 3º uma função de correção dos sentidos literais possíveis; 4º uma função de revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301).

Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetos sociais. Daí vem a sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, que remunera o trabalho do juiz, que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, mas existem outros fatores que reforçam essa conclusão.⁶²

A conclusão possível neste momento retrata a viabilidade do aperfeiçoamento da função jurisdicional, ainda que de modo lento e fragmentado, quanto à sua forma de prover a tutela judicial (sem cair na tentação do solipsismo ou realismo jurídico), por meio da criação de novos modelos de decisão com o aval ou delegação expressa do Poder Legislativo, observando-se, para tanto, os parâmetros e balizas do texto legal. Evidente que imperfeições poderão ser corrigidas, mas o retrocesso judicial vinculado a uma aplicação do Direito desprovida de qualquer preocupação com as suas consequências se mostra muito nociva ao equilíbrio dos poderes constituídos.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 44. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: Vintage Books, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2018.
- CONSTANT, Benjamin. *Political writings*. Tradução: Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio decadente? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, 1994.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2010.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011a.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Kurg et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141/184, 2013.
- LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da Jurisdição Constitucional brasileira contemporânea. In: LEITE, George Salomão et al. (coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!* Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*. Tradução: Adela Mora. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2004. Disponível Em: <https://bit.ly/3BQvejF>. Acesso em: jan. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF: ADI*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: jan. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.

Desenvolvimentos recentes do instituto da repercussão geral

*Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro*¹

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

1. Introdução

O Brasil tem observado nos últimos anos um fenômeno de crescente procura do cidadão pelo Poder Judiciário, que a doutrina jurídica passou a denominar “judicialização da vida”². Trata-se de movimento de submissão massificada de todos os aspectos da vida de um indivíduo ao crivo do Judiciário, gerando grande pressão sobre o já assoberbado sistema de justiça e alguns questionamentos quanto ao limite dessa atuação judicial, que muitas vezes desborda para campos antes inexplorados pelos juízes. Partindo das lições do ministro **Luís Roberto Barroso**, explica **Patrícia Perrone Campos Mello** em que consiste esse fenômeno de “hiperjudicialização”:

*Ainda segundo o autor, a hiperjudicialização da vida é um fenômeno que pode ser apreciado em seu aspecto quantitativo e qualitativo. No aspecto quantitativo, está relacionada à substancial explosão de ações judiciais experimentada pelo país. No aspecto qualitativo, expressa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais acabam no Supremo Tribunal Federal.*³

De fato, é impressionante o volume de processos julgados anualmente pelos 11 ministros da Suprema Corte. Segundo dados obtidos no

¹ Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Juiz de direito do TJRS. Ex-juiz auxiliar de ministro do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra.

² Por todos: BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso*. Disponível em: <https://bit.ly/2WP28ll>. Acesso em: 27 jun. 2021.

sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), são cerca de 100.000 decisões proferidas por ano, embora se tenha notado uma ligeira – porém consistente – queda desde 2019⁴, que pode ser atribuída, principalmente, à expansão dos julgamentos em ambiente virtual possibilitada por reformas regimentais implementadas pela corte na gestão do ministro **Dias Toffoli** e intensificadas pela atual gestão do ministro **Luiz Fux**.

Esse cenário alarmante tem impulsionado algumas iniciativas normativas e jurisprudenciais voltadas à redução do número de demandas que chegam à Suprema Corte, além de outras práticas para a agilização dos julgamentos, como os já mencionados julgamentos virtuais. Por esses motivos, o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário vem passando por recentes desenvolvimentos, que serão abordados neste estudo.

Vale destacar, nesse contexto, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem desempenhado importante papel na racionalização do caos gerado pela hiperjudicialização. Apesar de não ter qualquer ingerência no STF⁵, o CNJ tem a capacidade institucional de organizar as cortes locais para que façam uma gestão cada vez melhor da aplicação dos precedentes oriundos dos tribunais superiores, evitando-se, com isso, a remessa à Suprema Corte de recursos extraordinários que poderiam ter sido rejeitados ainda na origem.

O mecanismo da repercussão geral é fundamental para que o sistema recursal baseado em precedentes funcione adequadamente, razão pela qual vem passando por uma repaginação, assumindo novas feições normativas e jurisprudenciais, que serão examinadas pormenorizadamente em seguida.

2. Absorção dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário pela preliminar de repercussão geral

Uma tendência jurisprudencial que se pode observar atualmente no STF é a absorção dos requisitos de admissibilidade pela preliminar de repercussão geral. Explica-se: as questões processuais inerentes ao próprio conhecimento do recurso extraordinário vêm se tornando objetos de

⁴ Fonte: <https://bit.ly/3tc0ypV>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁵ “Conselho Nacional de Justiça. “Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal.” ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 22 set. 2006.

temas de repercussão geral – na verdade, da inexistência de repercussão geral. Veja-se, por exemplo, o Tema 1.155: “inadmissibilidade de recurso extraordinário por ofensa reflexa à Constituição e/ou para reexame do quadro fático-probatório”⁶.

Em primeiro lugar, é importante pontuar que o julgamento do tema não foi concluído, em razão de pedido de destaque do plenário virtual formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que postulou o ingresso nos autos e a oportunidade de manifestação sobre o caso, o que foi deferido. Nada obstante, vale perscrutar as razões que levaram o relator do caso, ministro **Luiz Fux**, presidente do STF, a propor a sua discussão pelo plenário da corte, manifestando-se, desde logo, pela inexistência de repercussão geral da matéria.

Observa-se, de plano, que o enunciado do Tema 1.155 conjuga duas teses distintas, ambas antigas, pacíficas na jurisprudência e de uso reiterado no julgamento de recursos extraordinários pelo STF. Em sede doutrinária, essas teses são bem enfrentadas e explicadas por **Alexandre Freitas Câmara**:

O recurso extraordinário e o recurso especial são, por excelência, recursos excepcionais, isto é, recursos em que apenas questões de direito podem ser suscitadas. Neles não se admite qualquer discussão sobre matéria fática (o que explica o conteúdo do enunciado 279 da súmula do STF e do enunciado 7 da súmula do STJ, ambos a afirmar o não cabimento desses recursos para simples reexame de prova).

[...]

É preciso que a contrariedade à norma constitucional alegada pelo recorrente tenha sido direta. Em outros termos, é preciso que o recorrente alegue ter a decisão recorrida afrontado diretamente norma constitucional, sem que o exame da matéria dependa da apreciação de qualquer norma infraconstitucional.

[...]

É muito frequente, porém, ver-se na prática a interposição de recurso extraordinário em casos em que a parte alega uma violação indireta ou reflexa

⁶ ARE 1.325.815 RG, Relator Ministro Presidente Luiz Fux.

à Constituição da República (isto é, uma violação a norma constitucional cuja análise depende do exame de normas infraconstitucionais).⁷

Pois bem: primeiramente, temos a questão da ofensa reflexa (ou indireta) à Constituição Federal (CRFB). A jurisprudência do STF é assente no sentido de que somente a violação direta a dispositivo da Constituição Federal enseja o cabimento do recurso extraordinário, o que não ocorre quando a verificação da inconstitucionalidade depende, em momento anterior, da interpretação de norma infraconstitucional e da constatação da sua afronta. É dizer: não se pode interpretar a Constituição à luz da lei, sob pena de subversão da própria supremacia da Lei Maior. Eis um exemplo da aplicação desse entendimento:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do consumidor. Inscrição em cadastro de restrição ao crédito. Dever de informar o consumidor. Princípio da legalidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Agravo regimental não provido.⁸

A incidência da tese da ofensa reflexa é tão reiterada na jurisprudência do STF que já foi até objeto da Súmula 280⁹, que trata, todavia, apenas de legislação infraconstitucional estadual, distrital ou municipal.

Até mesmo no que toca à legislação federal, a ofensa reflexa já foi objeto de tema de repercussão geral em situações específicas que

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 539, 543-544.

⁸ ARE 818.321 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 14 dez. 2015.

⁹ Súmula 280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

se repetiam continuamente nos recursos extraordinários, sempre com o mesmo desfecho, qual seja, o não conhecimento do recurso. Exemplo dessa prática é o Tema 424, segundo o qual “a questão do indeferimento de produção de provas no âmbito de processo judicial tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. Ministra Ellen Gracie, DJe de 13/03/2009”¹⁰. Tratava-se, no caso, de interpretação de normas processuais relativas à produção de provas em demanda judicial: legislação federal, por conseguinte (artigo 22, I, da CRFB). No voto condutor, destacou o relator: “se o exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, é patente a ausência de repercussão geral”.

Não se trata, portanto, de uma novidade aquilo que consta da primeira parte do Tema 1.155, mas apenas de avanço no sentido de se incluir na repercussão geral, da forma mais abrangente possível, o entendimento há muito consolidado pelo STF acerca da ofensa reflexa.

Pergunta-se, então: se a jurisprudência do STF já estava pacificada no sentido do não conhecimento dos recursos extraordinários versando ofensa reflexa à Constituição, por que passar a enfrentar a matéria agora no âmbito da repercussão geral? A resposta a tal indagação passa, necessariamente, pela constatação do regime jurídico, que se torna aplicável aos recursos extraordinários contendo discussão relativa à ofensa reflexa.

Com efeito, atualmente a verificação da existência de controvérsia sobre norma infraconstitucional, com infringência meramente oblíqua da Constituição Federal, dá lugar à inadmissibilidade do recurso extraordinário pelo tribunal *a quo*, nos termos do artigo 1.030, V, do CPC, cabendo a interposição do agravo previsto pelo artigo 1.030, § 1º, combinado com o artigo 1.042, todos da lei processual. Em síntese, no quadro atual, todas as discussões sobre ofensa reflexa são remetidas diretamente ao STF, sobrecarregando aquele tribunal com recursos que não têm nenhuma viabilidade jurídica¹¹.

¹⁰ ARE 639.228, Relator Ministro Presidente Cezar Peluso, Pleno, DJe 30 out. 2011.

¹¹ Em tese, constatada a ofensa reflexa, o STF deve remeter o recurso ao Superior Tribunal de Justiça, para que o julgue como recurso especial (artigo 1.033 do CPC), mas raramente esse dispositivo é aplicado na prática. De qualquer forma, o recurso que chega ao STF com essa discussão não reúne condições para prosseguir naquele tribunal.

Se, por outro lado, essa questão for tida por desprovida de repercussão geral, o regime jurídico do recurso extraordinário passa a ser completamente diverso. Nesse caso, constatada a discussão sobre ofensa reflexa, seria aplicada a sistemática do artigo 1.030, I, *a*, do CPC, abrindo-se a possibilidade apenas da interposição do agravo interno, conforme o artigo 1.030, § 2º, combinado com o artigo 1.021, todos do CPC. Esse agravo é julgado no tribunal de origem e, portanto, não chega ao STF, evitando o congestionamento da Suprema Corte com milhares de recursos extraordinários que, inevitavelmente, não seriam sequer conhecidos.

A mesma lógica se aplica à segunda parte do Tema 1.155, que versa sobre o recurso extraordinário, que veicula pretensão de revisão do conjunto fático-probatório dos autos. A questão, há muito, é objeto da Súmula 279 do STF¹², porém, não configurando tema de repercussão geral, não causa a negativa de seguimento do recurso extraordinário no tribunal de origem, mas sim a realização de juízo de admissibilidade, com a possibilidade de interposição de agravo diretamente ao STF, o que é contraproducente sob a ótica do sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil, como visto anteriormente.

A mudança de paradigma proposta pelo Tema 1.155 é alvissareira. Como ressaltado pelo ministro **Luiz Fux** na sua manifestação pela ausência de repercussão geral, “a conversão de entendimentos jurisprudenciais pacificados ou sumulados para teses jurídicas – isto é, autênticos precedentes – produz efeitos de ordem sistêmica, racionalizando a prestação jurisdicional e contribuindo para o posicionamento do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Suprema, cuja missão é definir a correta interpretação da Constituição Federal”. E tem ele razão quando afirma que “a aprovação da tese de ausência de repercussão geral para o caso não caracteriza a chamada ‘jurisprudência defensiva’, com a criação de óbice de *lege ferenda*. Muito pelo contrário, ela apenas (i) consolida entendimentos longamente solidificados nesta Corte Constitucional, (ii) efetiva a orientação do Código de Processo Civil e (iii) evita o prolongamento desnecessário das demandas submetidas ao Poder Judiciário”.

É preciso, realmente, permitir que o STF exerça seu papel de tribunal constitucional de cúpula, desprendendo-se do julgamento de demandas absolutamente desprovidas de relevância jurídica, que apenas lá chegam pela desfuncionalidade do sistema processual brasileiro. A absorção dos

¹² Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

requisitos de admissibilidade pela preliminar de repercussão geral permitirá que os tribunais de origem concedam prevalência aos precedentes, deixando em segundo plano a análise individualizada de requisitos processuais. Na mesma toada é o escólio de **Frederico Montedonio Rego**:

As insuficiências da repercussão geral vêm ensejando a sobreutilização de um filtro informal ou oculto, pelo qual os ministros do STF inadmitem recursos extraordinários ante a falta de relevância, embora sem assumi-lo expressamente [...]. Essa prática, no entanto, ocasiona um sem-número de inconsistências, aumenta a demora dos julgamentos e retroalimenta a litigiosidade, residindo na raiz da crise de funcionalidade da Corte. Para eliminá-las, a repercussão geral deve ser analisada em caráter prioritário, antes de todos os demais requisitos de admissibilidade – salvo a tempestividade e os vícios formais considerados graves (CPC/2015, art. 1.029, § 3º).¹³

É importante consignar, ao encerrar este ponto, que a previsão do artigo 988, § 5º, II, do CPC traz mecanismo de controle capaz de, a um só tempo, corrigir eventuais decisões teratológicas das cortes locais e permitir a evolução da jurisprudência do STF, ao autorizar o ajuizamento de reclamação após o esgotamento das vias ordinárias, ou seja, por ocasião do julgamento do agravo interno previsto pelo artigo 1.030, § 2º, do CPC. É necessária, entretanto, certa mudança de cultura dos operadores do direito, a fim de que o número de reclamações não se torne equivalente ao que hoje existe de agravos em recursos extraordinários, o que poria por terra qualquer expectativa de funcionalidade e equilíbrio nos trabalhos da Suprema Corte.

3. Reformas recentes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Os julgamentos virtuais no STF têm sua origem umbilicalmente ligada ao instituto da repercussão geral, sendo gradualmente expandidos, ao longo dos anos, por uma série de emendas regimentais.

¹³ REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 256-257.

Instituído pela Emenda Regimental 21/2007, o plenário virtual inicialmente tinha o escopo de analisar tão somente a existência ou não de repercussão geral dos recursos extraordinários, vindo a Emenda Regimental 42/2010 a permitir também o julgamento do mérito dos recursos com repercussão geral reconhecida, desde que se tratasse de reafirmação da jurisprudência do STF.

Posteriormente, em 2016, a Emenda Regimental 51 passou a autorizar o julgamento virtual de agravos internos e embargos de declaração. Essa importante inovação permitiu ao STF dar vazão a inúmeros casos repetitivos, substituindo os antigos julgamentos de listas de processos levadas às turmas ou ao plenário do tribunal, que, embora de baixa complexidade e rápido desenlace, acabavam por tomar precioso tempo das sessões da Suprema Corte.

Já em 2019, a Emenda Regimental 52 promoveu relevante expansão dos julgamentos virtuais pelo STF, admitindo a inclusão adicional de medidas cautelares em ações de controle concentrado e o *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias. Foram recepcionados pelo plenário virtual, outrossim, os recursos extraordinários e os agravos em recursos extraordinários, inclusive aqueles com repercussão geral reconhecida, assim como todas as demais classes processuais, desde que houvesse jurisprudência dominante no STF sobre a matéria de fundo.

O cenário desafiador e dinâmico instalado pela disseminação da pandemia de Covid-19 exigiu mais alterações regimentais para modernização dos julgamentos, mediante a incorporação de novas tecnologias digitais. Com o advento da Emenda Regimental 53/2020, todas as classes processuais de competência do STF passaram a admitir julgamento em ambiente virtual, a critério do relator (ou do vistor, com a anuência do relator). Foi instituída, ademais, a preferência de julgamento em plenário virtual dos agravos internos, agravos regimentais, embargos de declaração, medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias, além de todas as outras classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, porém, exigindo-se, nesses casos, que o tema objeto de discussão já estivesse pacificado pela jurisprudência dominante do tribunal.

Ainda no ano de 2020, sobreveio a Emenda Regimental 54, inaugurando novos procedimentos de votação, notadamente quanto à computação dos votos dos ministros que deixam de se manifestar até o encerramento da sessão virtual. Passou a ser registrada a não participação do ministro que

não se manifestou no caso, mudando a sistemática anterior, que contava a falta de manifestação como anuência ao voto do relator. Como consequência direta dessa nova forma de apuração dos votos, passou a constar do Regimento Interno do STF a suspensão desses julgamentos quando não atingido o quórum mínimo para a votação, prosseguindo-se na próxima sessão virtual, com as manifestações dos ministros anteriormente ausentes.

Outra importante inovação introduzida pela Emenda Regimental 54/2020 para dinamizar o processamento dos recursos extraordinários no STF foi a alteração da redação das alíneas *c* e *d* do inciso V do artigo 13 do RISTF. Franqueou-se ao presidente do STF a atuação com poderes de relator (artigo 932 do CPC) nos agravos em recursos extraordinários (artigo 1.042 do CPC), até a efetiva distribuição ao ministro relator sorteado. Essa atuação excepcional, no entanto, abarca apenas “as petições, os recursos extraordinários e os agravos em recursos extraordinários ineptos ou manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cujo tema seja destituído de repercussão geral, conforme jurisprudência do tribunal” (alínea *c*), assim como “os recursos extraordinários e os agravos que veiculem pretensão contrária a jurisprudência dominante ou a súmula do Supremo Tribunal Federal” (alínea *d*).

Na prática, a nova redação das alíneas *c* e *d* do inciso V do artigo 13 do RISTF permite que o presidente do STF negue seguimento à maioria dos agravos em recursos extraordinários que chegam àquele tribunal, sem sequer enviá-los ao relator sorteado. Em caso de agravo contra essa decisão do presidente que nega seguimento aos referidos recursos, haverá a submissão ao julgamento pelo plenário do STF, que poderá dar-lhe provimento para que o agravo em recurso extraordinário tenha sua tramitação liberada, com o envio dos autos ao relator sorteado.

Tal procedimento certamente aliviará a carga de trabalho do tribunal, sem qualquer prejuízo para o jurisdicionado, até porque, é bom lembrar, a taxa de provimento atual está situada em meros 3,2% das decisões proferidas pela Suprema Corte¹⁴. Um índice de provimento tão baixo nos leva a questionar até a mesmo a racionalidade e funcionalidade do sistema recursal sob o viés econômico, que considera custos, tempo e resultados envolvidos, como assinalam **Luiz Fux** e **Bruno Bodart**:

¹⁴ Fonte: <https://bit.ly/3yHtJC2>. Acesso em: 1 jul. 2021.

Um sistema recursal promove o bem-estar social quanto mais erros cometidos em primeiro grau forem corrigidos e quanto menor for seu custo.

Diante desse prisma, o sistema brasileiro estabelece um sistema recursal com seguidos 'filtros'. Não apenas o recurso contra a decisão de primeiro grau 'filtra' as causas em que há maior risco de erro judiciário, mas também a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator exerce idêntica função. Afinal, o art. 932, III a V, do CPC/2015 permite ao relator, de forma célere e menos custosa, triar aqueles recursos com probabilidade elevada de erro judiciário ou que evidentemente não contemplam erros.

[...]

Sendo a decisão de recorrer uma escolha racional, em que o recorrente compara os benefícios esperados com a fase recursal e os seus custos privados para recorrer, resta evidente que a desarmonia e a incoerência da jurisprudência podem fomentar recursos, pois dificultam que as partes identifiquem se a decisão passível de recurso foi ou não errada.

[...]

É relevante perquirir, também, sobre o índice de efetivo provimento dos recursos. Nesse contexto, é intrigante o caso dos recursos extraordinários, agravos em recursos extraordinários e agravos de instrumento dirigidos aos Supremo Tribunal Federal. Entre os anos de 2010 e 2019, 96,82% (noventa e seis inteiros e oitenta e dois décimos por cento) desses recursos em matéria cível não foram providos. Sendo a probabilidade de êxito extremamente diminuta, é de se questionar por que, no mesmo período, 362.949 (trezentos e sessenta e dois mil novecentos e quarenta e nove) recursos dessas classes foram distribuídos no Supremo Tribunal Federal. Gico Jr e Cavalcante sustentam que, quando as partes recorrem mesmo em face de uma pequena probabilidade de êxito, há uma disfuncionalidade do sistema, pois está induzindo as partes a recorrerem mesmo em um cenário no qual

*os juízos hierarquicamente inferiores erram pouco e seguem a jurisprudência.*¹⁵

Cuida-se aqui, portanto, de importante norma regimental, que concentra a análise da admissibilidade dos recursos extraordinários na presidência do STF, filtrando-se aqueles dotados de maior viabilidade jurídica por meio de decisões monocráticas que conferem coerência e harmonia ao sistema recursal, desincentivando a interposição de novos recursos. O referido procedimento reduz, de um lado, os custos (para o Estado e para as partes), enquanto incrementa a celeridade e a segurança jurídica da prestação jurisdicional, de outro. Considerando-se todos esses fatores, constata-se um aumento de funcionalidade geral do sistema, de forma que os demais ministros da corte recebam apenas os recursos que forem realmente passíveis de conhecimento.

4. Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para o funcionamento do sistema de precedentes

Como já explanado acima, o Conselho Nacional de Justiça é órgão que não tem ingerência nas atividades do Supremo Tribunal Federal (ADI 3.367, já citada). Além disso, suas atribuições são meramente administrativas, não podendo ele ingressar na seara jurisdicional (artigo 103-B, § 4º, da CRFB).

É curioso, portanto, que o CNJ possa dar alguma contribuição ao julgamento de recursos extraordinários dotados de repercussão geral (matéria estritamente jurisdicional), mormente quando se sabe que tais recursos são da competência do STF.

O que se observa, entretanto, é que o volume exagerado de recursos que são interpostos diariamente em todos os tribunais do Brasil – já que toda decisão judicial proferida em “única ou última instância” (artigo 102, III, da CRFB) desafia recurso extraordinário –, associado ao novo sistema de precedentes, que impõe a permanência das demandas nos tribunais de origem enquanto aguardam o julgamento e definição dos temas de repercussão geral, tem gerado um imenso acúmulo de processos nas presidências e vice-presidências dos tribunais locais.

¹⁵ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 152-154.

Essa nova realidade tem exigido a implementação pelo CNJ de novas técnicas de gestão de precedentes, de forma a manter os processos que aguardam o desfecho dos temas de repercussão geral organizados de forma racional, evitando-se qualquer prejuízo às partes e colaborando-se para a eficiência da prestação jurisdicional entregue pelos tribunais.

A atual gestão do CNJ, que é agora presidido pelo ministro **Luiz Fux**, tem como um dos seus eixos de atuação a “justiça 4.0 e promoção do acesso à justiça digital” (Eixo 4), que busca atualizar o parque tecnológico dos tribunais e introduzir novas ferramentas e soluções para melhorar a atividade jurisdicional, bem como outro que pretende reafirmar a “vocação constitucional do STF” (Eixo 5), justamente ajudando os tribunais a controlar a enxurrada de demandas que são indevidamente enviadas   Suprema Corte¹⁶.

Dentro dessa linha de trabalho, duas iniciativas se destacam: a cria o da Rede de Centros de Inteligência do Poder Judiciário (Resolu o CNJ 349/2021) e da Rede Nacional de Coopera o Judiciária (Resolu o CNJ 350/2021). Cada qual a seu modo, ambas trouxeram importantes inova es em matéria administrativa para a melhor gestão dos processos repetitivos.

A Resolu o CNJ 349/2021 cria os Centros de Inteligência do Poder Judiciário, “com o objetivo de identificar e propor tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa no Poder Judiciário brasileiro”. Entre as atribui es dos mencionados centros de inteligência que podem contribuir para a administra o do sistema de precedentes no  mbitos dos tribunais, destacam-se: 1) “encaminhar aos tribunais superiores, de forma subsidiária, informa es sobre a repercussão econômica, política, social ou jurídica de questões legais ou constitucionais que se repetem em processos judiciais” e 2) “propor ao CNJ a padroniza o, em todas as instâncias e graus de jurisdi o, da gestão dos processos suspensos em razão da admissão de incidentes de resolu o de demandas repetitivas ou afeta o de processos ao regime de julgamento dos recursos repetitivos ou de recursos extraordinários com repercussão geral, nos termos da Resolu o CNJ 235/2016”. (artigo 2 , III e IV, da Resolu o CNJ 349/2021)

Da leitura do conteúdo do referido ato normativo, depreende-se que os centros de inteligência funcionarão tanto nos tribunais superiores quanto nas demais cortes brasileiras, facilitando o intercâmbio de

¹⁶ Fonte: <https://bit.ly/3jGP2iQ>. Acesso em: 30 jun. 2021.

informações, a identificação dos gargalos do sistema de precedentes e a padronização das melhores práticas de gestão de processos suspensos em razão do reconhecimento de repercussão geral, o que dará maior eficiência à prestação jurisdicional.

No que concerne à Rede Nacional de Cooperação Judiciária instituída pela Resolução 350/2021, o Conselho Nacional de Justiça buscou operacionalizar e dar efetividade às disposições inovadoras introduzidas pelos artigos 67 a 69 do novo Código de Processo Civil, que trataram justamente da cooperação nacional entre juízos e tribunais para a prática de atos processuais.

O artigo 67 do CPC é expresso ao afirmar que todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive os tribunais superiores, têm o dever de recíproca cooperação, que pode compreender a prática de qualquer ato processual (artigo 68 do CPC).

Já o artigo 69 do CPC, além de dispensar qualquer forma específica para o pedido de cooperação, que deve ser prontamente atendido, esmiúça, em rol meramente exemplificativo, alguns atos de cooperação que podem ser praticados entre juízes e tribunais, dentre os quais merece realce “a centralização de processos repetitivos” (artigo 69, § 2º, VI, do CPC). Sobre o tema, colaciono os ensinamentos de **Fredie Didier Jr.:**

É possível combinar essa técnica com o julgamento de casos repetitivos. Uma vez instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas, é permitido que, por cooperação judiciária, se determine o juízo de primeiro grau que passará a receber as futuras ações repetitivas ou mesmo o juízo que venha a ser o competente para aplicar a tese jurídica que vier a ser formada neste incidente. Perceba, finalmente, que é possível centralizar para dar andamento ao processo, instruir, decidir e executar. A observação é importante: a centralização é técnica que pode servir às mais variadas funções inerentes ao exercício da jurisdição e, conseqüentemente, à boa gestão da competência jurisdicional.¹⁷

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Grandes temas do novo CPC: cooperação judiciária nacional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 36. v. 16

Seria possível, em tese, dessa forma, definir uma vara ou câmara do tribunal para julgar todos os processos que tratassem de um mesmo tema de repercussão geral, conferindo-se mais uniformidade aos julgamentos e, por conseguinte, menor índice de interposição de recursos extraordinários contra essas decisões, desafogando tanto as presidências e vice-presidências dos tribunais locais quanto o próprio STF.

No âmbito do CNJ, desde 2011 a Recomendação 38 estimulava iniciativas de cooperação judiciária, porém sem força cogente, o que acabou por prejudicar a disseminação da cultura de cooperação entre juízes e tribunais. Esse cenário só foi alterado com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que, ao conferir força de lei aos princípios fundamentais da cooperação judiciária, lançou novas luzes ao tema, dando azo à aprovação da Resolução CNJ 350/2021, que “estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades”.

Para além de reafirmar os princípios básicos da cooperação judiciária estabelecidos pelo CPC, a resolução do CNJ ampliou o rol, ainda exemplificativo, de atos que podem ser objeto de cooperação, prevenindo a possibilidade de sua utilização para a “disciplina da gestão dos processos repetitivos, inclusive da respectiva centralização (art. 69, § 2º, VI, do Código de Processo Civil), e da realização de mutirões para sua adequada tramitação” (artigo 6º, X, da Resolução CNJ 350/2021). Note-se que o texto da resolução vai além do quanto previsto pelo CPC, permitindo outras formas de cooperação para a gestão de processos repetitivos e não se limitando à centralização de processos. Não há, contudo, nenhuma antinomia entre os dois atos normativos, na medida em que o artigo 68 do CPC estabelece que a cooperação é possível para qualquer ato de cooperação, enquanto o artigo 69, § 2º, da mesma lei introduz rol meramente exemplificativo de atos que podem ser praticados de forma cooperativa.

Base normativa para a cooperação judiciária em matéria de repercussão geral, por conseguinte, já existe. Resta aguardar, assim, as iniciativas concretas que serão desenvolvidas pelos tribunais.

Dessa forma, fica clara a preocupação do Conselho Nacional de Justiça em colaborar com a gestão processual das demandas submetidas à sistemática da repercussão geral, sendo as resoluções citadas apenas alguns exemplos de atos normativos editados para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro.

5. Conclusões

O instituto da repercussão geral do recurso extraordinário está em constante movimento, adaptando-se às necessidades de um sistema jurídico que evolui conforme as demandas de uma sociedade que cada vez mais se habitua a levar ao Judiciário pleitos inerentes aos mais variados aspectos da vida do cidadão, gerando o cenário que a doutrina passou a denominar “judicialização da vida” ou “hiperjudicialização”. O crescente volume de recursos extraordinários que chegam ao STF exige que a sistemática de precedentes instituída pelo novo Código de Processo Civil funcione regularmente, sob pena de inviabilização dos trabalhos da Suprema Corte, em especial na sua função precípua, de corte constitucional de cúpula do Poder Judiciário.

Esses movimentos de ajuste das possibilidades da repercussão geral aos reclames sociais se desenvolvem em diversos aspectos, seja através de novos entendimentos jurisprudenciais, alterações implementadas no Regimento Interno do STF e até mesmo de atos normativos editados pelo CNJ para auxiliar os tribunais locais a melhor gerenciar o estoque de processos que se acumulam nas suas presidências e vice-presidências, em aguardo ao desenlace dos temas de repercussão geral.

Um recente precedente jurisprudencial do STF que merece relevo nesse contexto é o Tema 1.155 – cujo julgamento foi interrompido –, que propõe a absorção de questões relativas à admissibilidade do recurso extraordinário pela preliminar de repercussão geral. O propósito é claro: evitar que mais agravos em recursos extraordinários sejam interpostos diretamente em direção ao STF, tornando essas questões passíveis de negativa de seguimento no próprio tribunal de origem e impugnáveis apenas por meio de agravo interno, sem possibilidade de subida ao STF, ressalvado o ajuizamento de reclamação.

Diversas emendas regimentais também foram editadas nos últimos anos a fim de se conferir maior eficiência ao julgamento dos recursos extraordinários que chegam ao STF. A expansão dos julgamentos virtuais, que vem sendo objeto de sucessivas reformas regimentais, merece especial destaque, na medida em que permite o julgamento de um número ascendente de classes processuais em ambiente eletrônico, bem como simplifica os procedimentos correlatos. Outra inovação importante foi o aumento dos poderes do presidente do STF para atuar como relator nos agravos em recursos extraordinários, podendo negar seguimento a esses recursos de

plano, antes mesmo de enviar ao relator sorteado, sempre que verificada a existência de óbices à admissibilidade.

O Conselho Nacional de Justiça, como órgão central de controle das atividades administrativas e financeiras do Poder Judiciário, também tem dado sua contribuição para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes, sobretudo no que concerne à gestão processual no âmbito dos tribunais locais. A resolução que criou os centros de inteligência visa justamente racionalizar a administração do acervo de demandas repressadas e organizar o seu julgamento, desafogando os tribunais da imensa carga de trabalho decorrente da aplicação dos precedentes firmados pelos tribunais superiores. Já a resolução que criou a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, com base no regramento introduzido pelo novo Código de Processo Civil para a cooperação entre órgãos do Poder Judiciário, ampliou as possibilidades de atuação concertada entre juízos e tribunais para a prática de qualquer ato processual e sem maiores formalidades, o que inclui a gestão e centralização de processos repetitivos, com esperados benefícios também para a aplicação dos temas de repercussão geral.

Em suma, esses são alguns recentes desenvolvimentos da repercussão geral no recurso extraordinário, instituto jurídico que passa por constantes mudanças, sempre em busca de mais eficiência na prestação jurisdicional oferecida pelo Poder Judiciário à sociedade, de modo que ela seja efetiva e tempestiva, como exigem os artigos 5º, XXXV e LXXVIII, e 37, *caput*, da CRFB.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Grandes temas do novo CPC: cooperação judiciária nacional*. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 16

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2WLdruX>. Acesso em 27 jun. 2021.

REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Principais precedentes penais e processuais penais da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Interpretação das normas legais pela ótica constitucional. Breve análise

Paulo Rogério Bonini¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O interesse no estudo da jurisprudência das Cortes Superiores é diretamente proporcional à ampliação da adoção da lógica dos precedentes vinculantes e obrigatórios num determinado sistema jurídico. A necessidade de observância das decisões de alcance nacional e regional, considerando a existência de figuras como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito infraconstitucional, pelos próprios Tribunais e pelos Juízes de primeiro grau caracteriza reforço à necessidade de estudo e compreensão da interpretação dada pelas Cortes Superiores às matérias objeto de suas competências próprias.

Não por isto, seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento de grande número de Recursos Especiais Repetitivos, fixando teses de direito infraconstitucionais, seja no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o alargamento da interpretação constitucional por seu ator mais específico, através do julgamento de recursos sujeitos ao regime da Repercussão Geral, de fixação de teses em processos de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, observa-se uma ampliação das matérias apreciadas por meio de julgamentos denominados vinculantes.

¹ Juiz de Direito titular da 9ª Vara Cível de Guarulhos. Juiz Assessor do Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes (STF). Mestre em Direito Civil Comparado (PUC/SP). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (UNIMEP/SP).

A consequência natural da ampliação de tais julgamentos abstratos é a fixação de teses de observância necessária, como paradigma obrigatório para os Juízos e Tribunais de uma forma geral, consubstanciadas ou não em Súmulas simples e Vinculantes, é a necessidade do conhecimento integral não só das matérias já apreciadas pelas Cortes Superiores, mas sua exata compreensão quanto ao alcance e objeto, bem como na aplicação da solução dada a partir da interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal.

O estudo da jurisprudência, se antes poderia consistir apenas instrumento para a materialização de detalhe de estilo nas decisões judiciais, por meio de citações de precedentes de reforço ao teor da decisão emitida, ganha ares de elemento central do julgamento feito pelo Poder Judiciário, pena de descumprimento do que se pode chamar de busca da estabilidade e uniformidade da jurisprudência (art. 926, *caput*, CPC), a exigir a observância pelos Juízes e Tribunais das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial a Corte de Justiça à qual pertençam os magistrados que proferem os julgamentos comuns.

Entretanto, para além dos julgamentos que caracterizam precedentes necessários ou obrigatórios, cuja inobservância permite a própria cassação da decisão por meio do uso da reclamação (art. 988, II, III e IV, CPC), há de se ter em mente que a orientação jurisprudencial decorrente dos posicionamentos adotados pelas Cortes Superiores, ainda que em processos de natureza subjetiva, desprovidos de efeitos vinculantes, também apresenta a função de estabilizar a aplicação do direito, aumentando a segurança jurídica como primado do próprio Estado de Direito. O estudo das decisões de caráter subjetivo do Supremo Tribunal Federal permite, assim, a interpretação do direito feita no primeiro momento de aplicação judicial, através de magistrados de primeiro grau, apoie-se nos mesmos fundamentos hermenêuticos utilizados pelo intérprete final da Constituição Federal, traduzindo-se num implemento da uniformidade do próprio direito aplicado.

Com esta ideia em mente é que apresentaremos alguns julgados recentes proferidos pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, especificamente sobre matéria penal e processual penal que, embora não caracterizem precedentes necessários ou obrigatórios, servem de fonte de interpretação do direito para casos concretos cotidianamente apreciados pelos Juízes e Tribunais locais.

2. HC 170.323-AgR/SP – Controle da legalidade dos critérios utilizados na dosimetria da pena

2.1. Caso concreto

O paciente foi condenado em primeiro grau a uma pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, com fundamento no art. 33, *caput*, cc art. 40, V, da Lei 11.343/2006. O recurso de apelação não foi provido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Impetrado o *Habeas Corpus* 503.249/SP no Superior Tribunal de Justiça, foi a ordem indeferida liminarmente pelo Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, por ausência de ilegalidade da decisão na origem, pois suficiente a fundamentação na apreciação das questões subjetivas invocadas, decisão confirmada pela Sexta Turma em Agravo Regimental.

O objeto essencial da impetração e do recurso interposto no STJ consistia na falta de fundamentação para a não aplicação da causa especial de diminuição da pena do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, bem como da imposição do regime inicial fechado, em conflito com o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Contra a decisão do STJ no *Habeas Corpus* 503.249/SP, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* 170.323/SP no Supremo Tribunal Federal, pretendendo o refazimento da dosimetria da pena, com a aplicação da causa especial de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em decisão monocrática, o Min. ROBERTO BARROSO negou seguimento ao *Habeas Corpus*, sendo interposto Agravo Regimental que foi julgado pela Primeira Turma, em 04.05.2020, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA.

1. A dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao

conjunto fático e probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada. Assim, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. Agravo regimental desprovido. (HC 170.323 AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 25/05/2020)

2.2. Questão de debate: a possibilidade de aplicação de causa especial de diminuição de pena em *habeas corpus*

Do teor do *writ* impetrado, bem como da decisão colegiada proferida, observa-se a limitação teórica da questão em debate na possibilidade, ou não, de conhecimento em *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, da correção ou não da aplicação de causa especial de diminuição de pena.

A fundamentação da decisão judicial que, em termos finais, rejeitou a possibilidade de conhecimento de pedidos atinentes à dosimetria da pena no *habeas corpus*, reafirmou a limitação constitucional ao Supremo Tribunal Federal quanto à cognição de matéria fática, limitada às cortes ordinárias, o que em geral se afirma pela soberania das instâncias ordinárias na apreciação de conteúdo fático-probatório, além de indicar o conteúdo infraconstitucional da análise da dosimetria da pena, o que limita a apreciação de questões sobre tal material a critérios legais.

Como destacado pelo Min. ROBERTO BARROSO, em seu voto no Agravo Regimental interposto, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Mantem-se, assim, a dicotomia entre o “reexame da prova” ou o “revolvimento da prova” e a “valoração da prova”, limitada a atuação dos Tribunais Superiores à aferição dos critérios de valoração utilizados – e como utilizados – pelas instâncias

ordinárias, e não a apreciação dos fatos em si e as conclusões probatórias a respeito dos mesmos.

Assim, mantem-se o posicionamento de que a via estreita do *habeas corpus* não é compatível com a reavaliação das provas colhidas e apreciadas pelo juízo ordinário, tendo por objetivo o redimensionamento da pena aplicada ao paciente. O juízo concreto a respeito da imputação, das provas produzidas e a adequação do preceito secundário da norma penal diante do contexto fático-probatório, baseia-se essencialmente nas provas contidas nos autos e na interpretação do texto da norma legal realizado pelos juízos competentes à fixação da pena, no caso, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça competente ao julgamento do recurso de mérito.

A atuação da corte constitucional, a partir do uso de *habeas corpus* contra a decisão de controle de legalidade feita pelo Superior Tribunal de Justiça, competente a tal, limita-se ao controle eventual da legalidade dos critérios invocados e, se o caso, a correção de eventuais arbitrariedades que indiquem rompimento do princípio da legalidade estrita, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, especialmente quanto à correta fundamentação da decisão, ou outra norma decorrente do próprio texto da Constituição Federal. Nesta linha, de limitação ao controle da legalidade dos critérios invocados e a correção de arbitrariedades, além do próprio voto do Min. ROBERTO BARROSO no caso em questão, observam-se outros precedentes, de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal: HC 157.023/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 28/06/2018; HC 158.515/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 25/06/2018; RHC 156.515/BA, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 22/06/2018; HC 144.020 AgR/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 13/06/2018; RHC 140.751 AgR/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/06/2018 e HC 157.943/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 12/06/2018.

3. HC 181.311-AgR/SP – Impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra decisão monocrática

3.1. Caso concreto

O paciente foi condenado à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. O recurso de apelação não foi provido pelo Tribunal

de Justiça de São Paulo, sendo interposto Recurso Especial, afirmando negativa de vigência do art. 28, da Lei 11.343/2006 pelo não acolhimento do pedido de desclassificação do crime de tráfico. O Recurso Especial foi admitido na origem, sendo remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Por decisão monocrática do Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, o REsp 1.846.872/SP não foi conhecido, afirmando-se que a questão da desclassificação do crime de tráfico para o porte de entorpecente havia sido enfrentada pela instância ordinária a partir da análise da quantidade de entorpecente apreendido, o que impediria seu conhecimento em recurso especial por envolver matéria estritamente fática. Incidiu, portanto, o entendimento da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A defesa impetrou o *Habeas Corpus* 181.311/SP, no Supremo Tribunal Federal, pretendendo a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o uso de entorpecentes, além da concessão de liberdade ao paciente. Em decisão monocrática, a Min^a. ROSA WEBER negou seguimento ao *habeas corpus*, sendo interposto Agravo Regimental, este julgado pela Primeira Turma em 11/05/2020, com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE.

1. Há óbice ao conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou, ausente o manejo de agravo regimental. Precedentes.

2. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. *Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.*
4. *Para acolhimento da tese de desclassificação do delito, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.*
5. *Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 181.311 AgR/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 21/05/2020).*

3.2. Questão em debate: conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O pedido apresentado pelo impetrante ao Supremo Tribunal Federal, consistiu, em aspecto essencialmente processual, na possibilidade de revisão de uma decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de recurso especial com base na Súmula 7, através do uso de *habeas corpus*, particularmente quando a decisão monocrática não esgota a jurisdição do referido Tribunal, ante a não interposição de Agravo Regimental ou Interno.

Quanto ao ponto, é recorrente a posição da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido do não cabimento do *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro de Superior Tribunal de Justiça, reafirmando-se, de maneira análoga, o entendimento afirmando no teor da Súmula 691/STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Neste sentido: HC 151.344 AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 21/3/2018; RHC 139.314-AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 17/11/2017; RHC 140.655-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 29/06/2017; RHC 121.834/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 06/11/2014; HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 03/09/2014 e RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 8/8/2013.

O fundamento geral de tais decisões, ampliável a outros processos criminais ou não, mas com situações processuais semelhantes, é que a competência do Supremo Tribunal Federal, em caso de decisão

monocrática pelo Superior Tribunal de Justiça ou outro órgão julgador, somente se inicia com o exaurimento da instância recorrida. Nas palavras da Min. ROSA WEBER, tem-se que o *Habeas Corpus* teve o seu seguimento negado “forte na utilização imprópria do *writ* para revisão de juízo de admissibilidade do especial, porquanto compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do apelo, cabendo-lhe, enquanto órgão **ad quem**, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, deste recurso de fundamentação vinculada”, entendimento reiteradamente proclamado pela CORTE (HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 97.009/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013 e RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013).

O óbice do não exaurimento da instância recorrida, considerando as competências próprias previstas na legislação processual, somente é afastado pela Primeira Turma em casos bastante específicos, quando se alega a ocorrência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade da decisão impugnada (HC 137.564-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/06/2017; HC 123.235, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 04/12/2014; HC 120.959, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10/10/2014) ou em casos excepcionais (HC 137.078/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/4/2017), exceção que tem o efeito de confirmar a regra restritiva ao conhecimento do *writ*.

4. RE 1.237.572-AgR/RO – Interrupção da prescrição punitiva pelo acórdão que confirma a sentença penal condenatória

4.1. Caso concreto

O recorrido foi condenado na origem, interpondo apelação ao Tribunal local, que negou provimento ao recurso. Em embargos de declaração contra o Acórdão que confirmou a sentença condenatória, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, decisão objeto do Recurso Especial 1.817.278, pelo Ministério Público, afirmando ofensa aos arts. 117, IV, 312 e 317, todos do Código Penal, com a tese da interrupção da prescrição pelo acórdão que confirma a sentença condenatória. Foi negado provimento ao recurso especial,

primeiro por decisão monocrática, depois pela Sexta Turma, afirmando a posição à época do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o acórdão que apenas confirma a sentença condenatória não interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

A decisão do AgRg no REsp 1.817.278 foi objeto do RE 1.237.572/RO, interposto pelo Ministério Público Federal, que apontou como violados o art. 5º, II, XXXV, XXXVI e LIV e LXXVIII, e art. 35, *caput*, da CF, com a tese de que o acórdão confirmatório da sentença condenatória implica a interrupção da prescrição. O RE teve seguimento inicial negado em decisão monocrática do Min. MARCO AURÉLIO, sendo impetrado Agravo Regimental pela Primeira Turma, julgado em 26.11.2019 e, por maioria, foi dado provimento ao recurso para afastar a prescrição, nos termos do voto do Min. ALEXANDRE DE MORAES, com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO ESTADO. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte.

2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares.

3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal.

4. Agravo regimental provido. (RE 1.237.572 AgR/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 07/02/2020)

4.2. Questão de debate: acórdão confirmatório de sentença penal condenatória é ato processual apto à interrupção da prescrição da pretensão punitiva

O Superior Tribunal de Justiça, a partir da modificação da redação do art. 117, IV, do Código Penal, decorrente da Lei 11.596/2007, adotou posicionamento inicial no sentido da limitação da eficácia interruptiva da prescrição aos acórdãos que tenham substituído uma sentença de absolvição, promovendo a condenação do réu somente em segundo grau. Interpretou-se o termo “acórdão condenatório” contido no texto da lei de forma restrita, atribuindo o efeito interruptivo somente para os casos em que a condenação tenha decorrido diretamente pela decisão do Tribunal.²

A partir da posição adotada inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema³ – que se posiciona pela inexistência de efeito interruptivo da prescrição pelo acórdão que se limita a confirmar a sentença de primeiro grau –, a questão foi submetida à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela inexistência de distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatória confirmatório de decisão condenatória anterior. Na decisão ora em comentário, de lavra

² Posição que posteriormente se modificou, tendo a Terceira Seção do STJ adotado a posição inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO COMO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA TERCEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial de que o acórdão que confirma a condenação é marco interruptivo da contagem do prazo prescricional. 2. Nessa ordem de ideias, não há como afastar, no caso, a incidência do óbice do enunciado n. 268 da Súmula do STJ, segundo o qual “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” 3. Agravo regimental desprovido. (AgR nos EAREsp 1.514.505/CE, Terceira Seção, rel. Min. JOEL PACIORNIK, j. 23.06.2021, DJe 25.06.2021).

A questão foi objeto de afetação em Recurso Especial, dando origem ao Tema Repetitivo 1.100, com a seguinte ementa na proposta de afetação: PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. 1. Delimitação da controvérsia: definir se, nos termos do inciso IV do art. 117 do Código Penal, o acórdão confirmatório da sentença de primeiro, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. 2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ. (ProAfr no REsp 1.920.091, Terceira Seção, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 22.06.2021, DJe 01.07.2021).

³ Assim como de parte da doutrina, como a de Bittencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, Item 7.5.1, afirmando tratar-se de indevida analogia *in malam partem*. No mesmo sentido: Estefan, André. *Direito penal*: vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2021, item 6.2.

do Min. ALEXANDRE DE MORAES, partiu-se da ideia de que a prescrição punitiva é fato jurídico vinculado à inércia estatal, tanto nos casos em que o acórdão reforma a sentença para condenar o agente, quanto nos casos em que o acórdão mantém uma condenação de primeiro grau. Neste último caso, haveria o reconhecimento de uma certeza maior em relação a questões fáticas, e ambos os títulos – acórdão condenatório e acórdão confirmatório de condenação, são dotados de eficácia interruptiva da prescrição, uma vez que em ambos há atuação do Tribunal. Assim, não há inércia do Tribunal quando emite acórdão confirmatório da condenação de primeiro grau, pois tal confirmação deve ser considerada um ato positivo do estado juiz e, ausente inércia, não haveria que se falar em prescrição, considerando seu conceito essencial.

Além da tese da inexistência de inércia do Estado quanto da emissão de acórdão que confirma a condenação, constituído de ato positivo, o Min. ALEXANDRE DE MORAES também afirmou que o acórdão confirmatório tem efeito substitutivo do título condenatório, de modo que se executará o acórdão e não a sentença, ainda que o teor do decreto condenatório já tenha sido descrito na sentença de primeiro grau, especialmente quanto à fixação da pena. Ou seja, o título executivo judicial da pena seria conformado após a emissão do acórdão confirmatório da condenação, integrando-se materialmente ao conteúdo da sentença.

Daí o posicionamento adotado, no sentido de ser o acórdão confirmatório da condenação ato formal e materialmente condenatório, com força para interromper a prescrição.

Posteriormente ao julgamento pela Primeira Turma do STF, a questão foi novamente objeto de apreciação, agora pelo Pleno da CORTE que, no julgamento do HC 176.473, reafirmou a eficácia do acórdão confirmatório da sentença condenatório de primeiro grau como ato apto à interrupção do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV do Código Penal, sendo vencidos no julgamento os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e CELSO DE MELLO, com a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do

direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal.

3. Habeas Corpus indeferido, com a seguinte TESE: Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. (STF – HC 176.473/RR, Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 27.04.2020)

Observe-se que a questão passa, de maneira indireta, pela análise da constitucionalidade do art. 112, I, do Código Penal, que regula o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória, eis que se a prescrição executória se iniciar com o trânsito em julgado para a acusação e o acórdão que confirma a condenação original não tiver o efeito de interromper a prescrição, haverá evidente risco de prescrição sem que a acusação possa tomar qualquer medida. Some-se a isto o entendimento atual pela impossibilidade de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado como regra geral, afastada somente em casos em que se justifique a prisão preventiva, traduzindo em posição que coloca em evidente risco as execuções criminais pela ocorrência da prescrição da pretensão executória. Ou seja, iniciado o prazo de prescrição para a execução da pena, pelo trânsito em julgado, não se poderia nem executar a pena, nem impedir o curso do prazo ante a interposição de recurso exclusivo da defesa, o que traduziria numa quebra da paridade de armas no processo penal.

Bem por isto, reconheceu-se também a repercussão geral da questão, afetada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 788, com a seguinte ementa na admissão da repercussão geral, pendente de julgamento de mérito:

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA

MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. (ARE 848.107-RG, Pleno, rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 11.12.2014)

5. RHC 170.559/MT – Possibilidade de revisão da decisão do Tribunal do Júri que absolve o réu contra as provas dos autos

5.1. Caso concreto

O réu foi denunciado e pronunciado pelo crime do art. 121, § 2º, I, CP, sendo absolvido pelo Conselho de Sentença a partir da votação de quesito genérico de absolvição, embora os jurados tivessem respondido positivamente aos quesitos de materialidade e autoria, sendo a única tese sustentada pela defesa em plenário a negativa de autoria. A acusação interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para anular o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a renovação do julgamento pelo Tribunal do Júri. Opostos embargos infringentes, também foram desprovidos.

Contra a decisão que acolheu a apelação do Ministério Público foi impetrado o *Habeas Corpus* 348.327/MT no Superior Tribunal de Justiça, tendo por finalidade o restabelecimento da decisão absolutória do Tribunal do Júri. O *writ* não foi conhecido pelo STJ, em decisão de relatoria do Min. JORGE MUSSI, sob o fundamento de que “há contradição na resposta dos quesitos quando a negativa de autoria for a única defesa apresentada e, afastado o argumento com a votação positiva quanto ao segundo quesito, houver a absolvição pelo quesito genérico.”

Contra a decisão do *habeas corpus* foi interposto Recurso em *Habeas Corpus* 170.559, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria inicial do

Min. MARCO AURÉLIO, que concedeu medida cautelar para suspender o processo-crime, impedindo a realização do novo júri determinado pelo acórdão da apelação.

Em Sessão de Julgamento realizada no dia 10/03/2020, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Min. ALEXANDRE DE MORAES, que ficou Redator para o Acórdão, vencidos o Min. MARCO AURÉLIO, Relator natural, e a Min. ROSA WEBER, ganhando a decisão a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. QUESITO GENÉRICO. TRIBUNAL DO JÚRI E DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DE APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO QUANDO A DECISÃO DOS JURADOS FOR MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. COMPATIBILIDADE COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. EXCLUSIVA COMPETÊNCIA DO JÚRI PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO E DEFINITIVO JULGAMENTO DE MÉRITO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A soberania dos veredictos é garantia constitucional do Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; sendo a única instância exauriente na apreciação dos fatos e provas do processo. Impossibilidade de suas decisões serem materialmente substituídas por decisões proferidas por juízes ou Tribunais togados. Exclusividade na análise do mérito.

2. A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em “um poder incontrastável e ilimitado”.

3. Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes.

4. A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio Júri.

5. Sendo constitucionalmente possível a realização de um novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, dentro do sistema acusatório consagrado pelo nosso ordenamento jurídico como garantia do devido processo legal, não é possível o estabelecimento de distinção interpretativa para fins de recursos apelatórios entre acusação e defesa, sob pena de ferimento ao próprio princípio do contraditório, que impõe a condução dialética do processo (par conditio).

6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 170.559/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 03.11.2020)

5.2. Questão de debate: possibilidade de o Ministério Público recorrer de julgamento em que o Tribunal do Júri absolve o réu por quesito genérico, mesmo tendo reconhecido a existência de materialidade e autoria

A questão debatida e acolhida pela Primeira Turma do STF é a possibilidade de manejo de recurso pela acusação, para fins de renovação do julgamento pelo Tribunal do Júri, quando a decisão do Conselho de Sentença, a partir de quesito genérico de absolvição, decidir de forma manifestamente contrária à prova dos autos. A mesma questão foi objeto de afetação no julgamento do ARE 1.225.185-RG (Tema 1.087), sem suspensão nacional de processos, com o seguinte tema: “Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade dos autos.”

Nos termos do voto do Relator para o acórdão do RHC 170.559/MT, Min. ALEXANDRE DE MORAES, assentou-se que é à luz da garantia constitucional da soberania dos vereditos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF) que o regramento recursal vigente no Código de Processo Penal (arts. 406

a 497) permite, apenas, a retificação da pena ou da medida de segurança ou a anulação do primeiro julgamento, com determinação da realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, haja a vista que a responsabilidade penal do réu sempre deverá ser assentada soberanamente pelo Júri.

Eventual recurso de apelação contra a sentença do Tribunal do Júri, seja da acusação, seja da defesa, não substituiria a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, garantida pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, pois ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, não importando se condenatória ou absolutória, simplesmente determina-se a renovação do julgamento de mérito pelo próprio Tribunal do Júri, tendo este último julgamento caráter definitivo em relação à decisão plenária, dada a proibição de segundo recurso interposto em face de decisões manifestamente contrárias à prova dos autos.

O cerne da discussão é se a inclusão de quesito genérico de absolvição do réu, a ser aplicado aos jurados quando afirmada a autoria e a materialidade delitiva (art. 483, § 2º, CPP), enseja eventual conflito com o teor do art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, que permite recurso de apelação contra a sentença de mérito proferida com base na decisão dos jurados que contrarie a prova dos autos, sem especificar a situação de eventual absolvição fundada em quesito genérico em favor do acusado, sem necessidade de amparo em tese específica.

Especificadamente sobre a situação do recurso contra absolvição fundada no quesito genérico em favor do réu, observa-se possível contradição entre a finalidade pretendida com o quesito genérico, a priori de facilitar a votação pelos jurados de todas as teses defensivas arguidas, e a anulação da sentença, por conta do acolhimento, pela defesa, de uma tese defensiva inominada, ou várias delas, que, no aspecto objetivo, contrariem as provas produzidas nos autos. Ou seja, se os jurados podem absolver o réu pelo acolhimento de um quesito genérico de absolvição não fundamentada, não haveria lógica no acolhimento de recurso da acusação que se sustente, justamente, na falta de correspondência entre as provas acusatórias e a absolvição procedida.

A situação foi bem percebida pela doutrina⁴ e pelo Superior Tribunal de Justiça, indicando-se inicialmente três correntes jurisprudenciais

⁴ Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021, cap. XVII, item 2. Bonfim, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Item 9.2.3; Marcão, Renato. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, item 5.5.2.1.

específicas, ora afirmando a possibilidade do manejo de apelação pela acusação, com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, em caso de absolvição no plenário do Júri decorrente de acolhimento de quesito genérico de absolvição, independentemente de motivo debatido, mesmo que por simples clemência:

HABES CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. ANULAÇÃO. PRESUNÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ILEGALIDADE CONFIGURADA.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e a autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conformes seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

3. É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção.

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria.

5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade às provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize sua concessão. (STJ – HC 350.895/RJ, Sexta Turma, rel.^a. Min.^a. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, rel. p/ Acórdão Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 14.03.2017)

Ora afirmando a possibilidade de exame de conformidade da decisão dos jurados com a prova dos autos, por uma vez, mesmo em se tratando de absolvição baseada em quesito genérico, mas fundada em tese arguida pela defesa, afastando a simples clemência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 483, III, DO CPP. RECURSO MINISTERIAL. SUBMISSÃO A NOVO JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA.

1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ao prever a Lei n. 11.689/2008 que podem os jurados absolver o acusado mesmo sem rejeitar a existência do fato ou sua autoria (art. 483, inc. III, do CPP), apenas facilitou ao juiz leigo o acolhimento de teses quaisquer da defesa ou mesmo expressar diretamente seu convencimento final pela absolvição. Houve simplificação dos quesitos, não ampliação dos poderes do Júri.

3. *Permanece na nova sistemática de quesitação garantido ao Tribunal de Apelação o exame de conformidade mínima da decisão dos jurados à prova dos autos, por única vez (art. 593, III, d, c/c § 3º, do CPP).*

4. *Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC 288.054/SP, Sexta Turma, rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. 18.09.2014)*

Ora afirmando a impossibilidade absoluta de manejo da apelação pela acusação quando há absolvição do réu fundada no quesito de absolvição genérico, sem qualquer motivação aparente, ampliando-se o alcance do conceito de soberania dos veredictos, em posição adotada pelos Ministros SCHIETTI CRUZ e SALDANHA PALHEIRO no mesmo HC 350.895/RJ, julgado pela Sexta Turma do STJ.

Por fim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, fixou o entendimento de que a absolvição do réu pelos jurados, com base em quesito genérico fundado em tese defensiva da defesa ou por clemência, não é absoluta, sujeitando-se ao juízo de verificação da dissociação da decisão com a prova dos autos, permitindo o acolhimento do recurso da acusação para anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri (STJ – HC 313.251/RJ, Terceira Seção, rel. Min. JOEL PACIORNIK, j. 28.02.2018).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, inclinando-se a Segunda Turma da CORTE pelo reconhecimento da impossibilidade de recurso pela acusação em caso de absolvição fundada no quesito genérico do art. 483, III, c.c. § 2º, do Código de Processo Penal (RCH 192.431-Agr-segundo, Segunda Turma, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 23.02.2021; RHC 117.076-AgR, Segunda Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, rel. do Acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 20.10.2020; HC 178.856, Segunda Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 10.10.2020); enquanto decisões da Primeira Turma inclinam-se pela legitimidade do recurso acusatório em tais circunstâncias (HC 182.467, Primeira Turma, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. do Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 31.08.2020; RHC 170.559, Primeira Turma, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. do Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 03.12.2019; HC 197.599, rel.^a Min.^a CÁRMEN LÚCIA, monocrática, j. 11.02.2021).

A questão constitucional, atinente à soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF), pende de solução final pelo Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria para fins de fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa de admissão da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO AP ARITR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C § 2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANFIESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF – ARE 1.225.185-RG, Tribunal Pleno, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 07.05.2020)

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: vol. 1: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTEFAN, André. *Direito penal*: vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. Limites cognitivos do exame judicial em habeas corpus nos Tribunais Superiores. In: MASCARENHAS, Gustavo *et al.* (org). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada e as modificações do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19)

*Rodrigo Capez*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

No léxico, sindicatar significa “fazer sindicância”, “inquirir”². A nosso ver, tem o sentido de perquirir, perscrutar, de investigar algo com escrúpulo.

Sindicar o acordo de colaboração premiada implica escrutiná-lo com rigor, examiná-lo minuciosamente.

Nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, com as alterações introduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, realizado o acordo de colaboração premiada, os autos serão remetidos ao juiz para exame da viabilidade de sua homologação, no qual o magistrado verificará: i) sua regularidade e legalidade; ii) a adequação dos benefícios pactuados àqueles expressamente previstos na lei de regência; iii) a adequação dos resultados da pretendida atividade de colaboração aos resultados mínimos exigidos pelo art. 4º, caput, do referido diploma legal, e, por fim, iv) a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador.

Dessa feita, competindo ao juiz a realização desse exame, a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada, numa aproximação preliminar do tema, significa a sua submissão ao devido controle jurisdicional.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo,

[...] negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos,

¹ Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

² SINDICAR. In: AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2ª ed., v. 5, p. 3.751 Rio de Janeiro: Delta, 1964.,

*respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.*³

O acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que se trata de uma declaração de vontade bilateral “dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo”⁴.

Como destacado no *Habeas Corpus* 127.483/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, o mais importante precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da colaboração premiada,

[...] o seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Evidenciando tratar-se de um negócio jurídico processual, a lei de regência da colaboração premiada, em sua primitiva redação, referia-se a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para sua formalização (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13).

A robustecer esse entendimento, o Pacote Anticrime, em face do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/SP, incluiu na Lei 12.850/13 o art. 3º-A, para estabelecer que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

No HC 127.483/SP, o Supremo Tribunal Federal, com base na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, estabeleceu que

[...] o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos: i) da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16.

⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. *Revista Jurídica*, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 53.

existente ou inexistente; ii) da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável; e iii) da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido estrito.

No caso específico da colaboração premiada, o voto condutor do acórdão em questão aduziu que, “uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência)”.

Conforme distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal, não se confundem “proposta” e “acordo”, uma vez que a primeira é retratável (art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13), mas não o segundo. Caso o colaborador desista de cumprir o acordado, não se cuidará de retratação, “mas de simples *inexecução de um negócio jurídico perfeito*”.

Os elementos de existência do acordo de colaboração premiada estão previstos no art. 6º, da Lei 12.850/13:

O acordo deverá ser feito por escrito e conter:
i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Quanto à “especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família” (art. 6º, V, da lei de regência), concluiu-se que “constitui um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas ‘quando necessário’”.

Em relação ao plano subsequente da validade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que

[...] o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com

liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

O próprio art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13 estabelece, como requisitos de validade do acordo, a voluntariedade do agente, a regularidade e a sua legalidade.

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, a teor do HC 127.483/SP, chega-se ao plano da eficácia: “o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial” (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).

Para o Supremo Tribunal Federal, esse

[...] provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).

Nessa atividade de deliberação, o juiz, no entendimento da Suprema Corte, “não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”.

A homologação, portanto, não implica que o juiz tenha admitido como idôneas ou verídicas as declarações do colaborador. Como ressaltado pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto, essa decisão “constitui *simples fator de atribuição de eficácia* do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes”.

Por fim, registrou o voto condutor do HC 127.483/PR que,

[...] havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da Lei 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da

organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Caso não se alcance nenhum desses resultados, haverá o inadimplemento do acordo e não se produzirá a consequência almejada pelo colaborador (obtenção da sanção premial).

Conforme dispõe o art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13, “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Assim, homologado o acordo de colaboração premiada, o que constitui fator de atribuição de eficácia desse negócio jurídico, posteriormente, na fase do julgamento, seus termos serão apreciados no intuito de se aferir se houve ou não o adimplemento das obrigações assumidas pelo colaborador, visando a outorga da sanção premial correspondente.

Nesse contexto, sindicair o acordo de colaboração premiada significa escrutiná-lo nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Como há duas fases distintas – homologação e julgamento de mérito –, há que se investigar se o juízo homologatório seria ou não dotado de eficácia preclusiva, de modo a obstar o que poderíamos denominar de *ressindicabilidade* do acordo de colaboração premiada por ocasião do juízo de mérito.

Assentadas essas premissas, a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada pode ser analisada sob quatro aspectos: i) competência; ii) fase ou momento do seu exercício; iii) legitimidade para sua postulação; e iv) objeto sindicável.

1. Da competência para o controle jurisdicional do acordo de colaboração premiada

Em primeiro grau de jurisdição, a homologação do acordo de colaboração premiada, na fase da persecução penal, caberá ao juízo competente segundo as regras de: i) determinação (que tratam de estabelecer a Justiça, o foro e o juízo competentes); ii) modificação (notadamente a conexão e

a continência) e iii) concentração de competência (prevenção), que integram o assim denominado por Calamandrei *iter* de concretização da jurisdição⁵.

Em se tratando de inquérito ou de ação penal de competência originária dos tribunais, a compreensão da natureza jurídica da colaboração premiada é relevante para a determinação do órgão competente para sua homologação, segundo as regras de competência interna.

Diversamente do nosso Código de Processo Penal, o Código de Processo Penal italiano distingue nitidamente os meios de prova (*mezzi di prova*), disciplinados nos arts. 194 a 243, tais como o testemunho, a perícia e os documentos, dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*), disciplinados nos arts. 244 a 271, como a inspeção, a busca e apreensão e a interceptação de conversas telefônicas.

Enquanto os meios de prova se caracterizam pela aptidão a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em sede de decisão, os meios de pesquisa ou de obtenção de prova não constituem, por si sós, fonte de convencimento judicial, destinando-se à aquisição de coisas materiais, vestígios ou declarações dotadas de aptidão probatória, vale dizer, de elementos ou fontes de prova que possam servir à reconstrução histórica dos fatos⁶.

A colaboração premiada não constitui um meio de prova, mas sim um meio de pesquisa ou de obtenção de prova, como tornou ainda mais explícito o Pacote Anticrime, encampando o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/SP, ao incluir na Lei 12.850/13 o art. 3º-A: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”, tal como, v.g., a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (art. 3º da Lei 12.850/13).

Meios de prova são os depoimentos propriamente ditos do colaborador, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13).

⁵ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 427-429.

⁶ Nesse sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 383. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 387.

Por se tratar de um meio de obtenção de prova, a colaboração premiada, quando envolver autoridades com prerrogativa de foro, deve ser homologada pelo juízo competente para a respectiva ação penal, sob pena de usurpação de competência e, por via de consequência, de nulidade da homologação.

E não é só.

Como decidido pelo Ministro Dias Toffoli em 24/5/17, na PET 6.599/DF, procedimento de caráter sigiloso,

[...] o acordo de colaboração premiada, quando noticiar o envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro, somente pode ser realizado, desde as tratativas iniciais até a sua formalização por escrito, pelo Ministério Público oficiante perante o juízo competente para a respectiva ação penal, sob pena de nulidade e de usurpação de competência do juízo natural para sua homologação.

Com efeito, a notícia, em sede de colaboração premiada, do envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro não se limita a fixar a competência do juízo para a sua análise e eventual homologação, mas, antes disso, fixa a própria atribuição do órgão do Ministério Público para a negociação do acordo e sua formalização.

Como destacado pelo Ministro Celso de Mello no voto condutor do HC 67.759/RJ, Pleno, DJe 1º/7/93, o princípio do promotor natural

consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. Nesse contexto, não se pode admitir, ao arrepio da prerrogativa de foro – que compreende, repise-se, tanto a competência do órgão jurisdicional quanto a atribuição do órgão do Ministério Público –, que se pratiquem em primeiro grau de jurisdição atos

tendentes à celebração de um acordo de colaboração premiada que envolva parlamentar federal. Essa circunstância atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, b, da Constituição Federal, e, por via de consequência, fixa a atribuição do Procurador-Geral da República para propor ou aceitar um acordo de colaboração.

No Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de pesquisa ou de obtenção de prova, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica e o afastamento dos sigilos bancário, bursátil e fiscal (art. 21, I e II, do Regimento Interno da Suprema Corte)⁷ 8.

Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, tem o relator, como corolário dos seus poderes instrutórios, competência para, monocraticamente, examinar sua voluntariedade, legalidade e regularidade, para o fim de homologar ou não esse acordo, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, sem necessitar submeter sua decisão a referendo da Turma ou do Plenário.

Esse entendimento foi fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 127.483/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 4/2/16, e reafirmado no julgamento de questão de ordem na Petição (PET) 7.074/DF, Relator o Ministro Edson Fachin.

2. Da fase ou momento de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada

O momento de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada se situa na fase de sua homologação, ocasião em que, por expressa

⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21. São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição.

⁸ Esse mesmo entendimento aplica-se ao Superior Tribunal de Justiça, cujo Regimento Interno dispõe de forma similar: Art. 34. São atribuições do relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – determinar às autoridades judiciárias e administrativas, sujeitas à sua jurisdição, providências relativas ao andamento e à instrução do processo, exceto se forem da competência da Corte Especial, da Seção, da Turma ou de seus Presidentes.

determinação legal, o juiz deve examinar seus elementos de existência (art. 6º, da Lei 12.850/13) e seus requisitos de validade, como a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos termos do negócio jurídico (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).

Nos termos do art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, “o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

A redação originária do dispositivo em questão permitia ao juiz “adequá-la ao caso concreto”, dispositivo de rara ou impossível aplicação, haja vista que implicaria indevida intromissão do juiz na atividade eminentemente negocial das partes.

Essa fase não se confunde com aquela prevista no art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13, segundo o qual “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Na fase de homologação, o juiz deverá realizar o controle do acordo de colaboração premiada nos planos da existência e da validade, uma vez que sua chancela constituirá fator de atribuição de eficácia ao negócio jurídico.

Na fase de julgamento da ação penal, presente um acordo de colaboração homologado, o juiz irá aferir a efetividade da colaboração em face da prova produzida, cotejando os resultados da atividade de cooperação com as obrigações assumidas pelo colaborador, a fim de atribuir a sanção premial correspondente ao grau de efetividade da colaboração.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/PR, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o *direito subjetivo* do colaborador à aplicação das sanções premiações acordadas, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, os quais tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador

Aliás, a imotivada recusa judicial à concessão da sanção premial também foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal sob a óptica do princípio da moralidade na Administração Pública, ao fundamento de que

[...] ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar

a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade. (HC 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 21/5/10).

Assim, indaga-se: uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, caberá, no momento do julgamento da ação penal, uma nova análise dos seus requisitos de validade?

A cláusula que, não obstante viole o princípio da legalidade, houver sido chancelada no juízo homologatório, poderá ser glosada no momento ulterior da sentença, surpreendendo as partes, notadamente o colaborador?

A nosso ver, *uma vez homologado o acordo de colaboração, sua glosa somente poderá ocorrer em face de eventos supervenientes que a justifiquem.*

Do contrário, permanecendo hígida a situação fática existente à época da homologação, a sindicabilidade ulterior do acordo homologado se transformaria no *cavalo de Troia*⁹ da colaboração premiada, fazendo ruir a segurança jurídica que necessariamente deve permear as relações entre o Estado e seus jurisdicionados.

Em nosso entender, após sua homologação, o acordo de colaboração somente poderá ser revisitado em face de ulterior base empírica idônea que o autorize, vale dizer, em razão de questões fáticas supervenientes, não se admitindo na sentença a glosa de cláusula com fundamento em mera interpretação jurídica diversa daquela adotada no primitivo juízo de delibação.

Essa questão ganhou contornos mais vívidos em face da nova redação conferida ao art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13 pelo Pacote Anticrime, que impõe, no inciso III, a

⁹ Conforme registramos em obra anterior, a afirmação de que a discricionariedade é o “*cavalo de Troia* dentro do Estado de Direito” é de autoria de Hans Huber, como lhe credita José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 641-642). Essa citação é invocada por Eduardo García de Enterría para salientar que a existência de potestades discricionárias constitui um desafio às exigências de justiça e gera várias interrogações: como controlar a regularidade e a objetividade das apreciações subjetivas da Administração? Como impedir que a liberdade de apreciação não se degenere em arbitrariedade pura e simples? (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 463, Tomo I) – CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 219, em especial nota de rodapé n. 533.

adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.

Ora, se a própria lei de regência fulmina de nulidade as cláusulas do acordo de colaboração que violem, v.g., critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, poderia o juiz, na sentença, reconhecer a nulidade dessa cláusula, anteriormente chancelada na fase da homologação do acordo?

A nosso ver, a resposta é negativa, devendo ser prestigiado o entendimento de que o acordo homologado gera direito subjetivo à sanção premial, ainda que atípica.

Há, evidentemente, o risco de, por força da homologação de acordos que prevejam sanções ou formas de cumprimento de pena atípicas, acabe-se por derruir o firme propósito do legislador de observância do regime de legalidade estrita no acordo e na outorga de sanções premiaias.

De toda sorte, sopesando-se os interesses em conflito, o maior risco, a nosso ver, seria surpreender na sentença, com a glosa do benefício pactuado, o colaborador que, diligentemente, cumpriu com sua parte no acordo.

A propósito, a determinação da fase de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada foi objeto de intensos debates no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de questão de ordem na Petição (PET) 7.074/DF, Relator o Ministro Edson Fachin.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, o juízo de homologação feito pelo relator é precário e efêmero, por se limitar à análise perfunctória da voluntariedade, da regularidade e da legalidade do acordo, requisitos que, em um segundo momento, deverão ser submetidos ao exame do juiz natural (Colegiado), como corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A seu ver, a decisão monocrática do relator não vincula o Colegiado, de modo que, no julgamento de mérito, haverá nova possibilidade de se sindic

o acordo homologado, em face de eventual ilegalidade. Destacou o Ministro Ricardo Lewandowski que cabe ao Colegiado, juiz natural da causa, a “última palavra relativamente à legalidade e a constitucionalidade das cláusulas e condições que foram ajustadas no acordo de colaboração premiada”.

Para o Ministro Gilmar Mendes, não se pode negar o espaço de controle do acordo por ocasião da sentença, razão por que sua própria validade, “como negócio jurídico, pode ser revista na sentença, de acordo com os parâmetros de apreciação da validade dos negócios jurídicos em geral”.

Na sua perspectiva, “a homologação do acordo não tem eficácia preclusiva, de modo que não afasta a possibilidade de sua revisão, por ocasião do julgamento”.

De outro lado, emprestando maior força ao princípio da segurança jurídica, como corolário da homologação do acordo de colaboração, manifestaram-se os Ministros Edson Fachin (relator), Roberto Barroso, Dias Toffoli e Celso de Mello.

Para o Ministro Edson Fachin,

[...] legalidade é exame que se cinge apenas ao ato da homologação, e que somente a eficácia (como cumprimento ou adimplemento) se projeta para análise da sentença.

Nessa linha, o acordo homologado como regular, voluntário e legal, gera vinculação, condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração.

Conforme o Ministro Roberto Barroso, uma vez homologado o acordo de colaboração,

[...] as questões de legalidade estão superadas e, conseqüentemente, o que se vai verificar é se o acordo foi ou não cumprido, salvo, eventualmente, os fundamentos legítimos de invalidação de qualquer negócio jurídico, seja por vícios sociais ou por vício da vontade – sob coação, se houve suborno. São situações excepcionais, mas, como regra geral, só se vai verificar, a meu ver, o cumprimento do acordo.

Do seu ponto de vista, o princípio da reserva legal em matéria penal é instituído, antes e acima de tudo, em favor do acusado, razão por que

o Ministro Roberto Barroso admite que seja acordada uma *sanção mais benéfica do que a que está prevista em lei*, desde que não se trate de uma *sanção vedada, ou totalmente contra a ordem pública, ou uma sanção que agrave a situação do colaborador em relação ao direito vigente*.

O Ministro Celso de Mello destacou que

[...] o acordo de colaboração premiada regularmente homologado, qualquer que tenha sido a instância perante a qual celebrado, qualifica-se como ato jurídico perfeito, revelando-se insuscetível de modificação, ressalvadas as hipóteses de seu descumprimento por parte do agente colaborador ou da superveniência de causa legítima apta a desconstituí-lo.

[...]

Presente essa configuração do acordo de colaboração premiada homologado por órgão judiciário competente, circunstância que o torna subsumível – insista-se – à noção de ato jurídico perfeito, passa ele a reger as relações jurídicas entre o Estado e o agente colaborador, produzindo, como resultado que lhe é conatural, importantes consequências no plano do Direito, que se acham protegidas pela norma de salvaguarda consubstanciada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, como ordinariamente ocorre com simples contratos de direito privado (RTJ 89/634 – RTJ 90/296 – RTJ 106/314 – RTJ 106/317 – RTJ 107/394 – RTJ 112/759, v.g.), ressalvadas, como já destacado, as situações excepcionais anteriormente mencionadas (inadimplemento, pelo agente colaborador, das obrigações pactuadas e/ou superveniência de causa legitimadora da invalidação do acordo de colaboração premiada).

Em suma: o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de força vinculante quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão

cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé ('pacta sunt servanda').

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, ressaltou a soberania do Plenário do Supremo Tribunal Federal para reanalisar os termos do acordo de colaboração premiada, razão por que não admitiu a vinculação do Colegiado à homologação monocrática do acordo pelo relator. De toda sorte, assentou que a homologação gera o direito subjetivo do colaborador à sanção premial estipulada.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, o controle de legalidade das cláusulas do acordo deve ser feito na fase da homologação, em atenção ao princípio da segurança jurídica, de modo que, “se houver cláusula que ofenda preceito constitucional ou legal, há que se sindicá-la desde logo”.

Na sua óptica, a lei de regência da colaboração premiada

[...] é expressa ao fixar a fase da homologação como o momento de sindicabilidade das cláusulas negociais, do ponto de vista de sua regularidade formal e legalidade, não de sua conveniência e oportunidade.

Trata-se de uma fase de extrema relevância: em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança, exige-se a máxima exação do juiz na análise da legalidade das cláusulas, antes de homologar o acordo.

[...]

Finalmente, estabelece o § 11 do art. 4º que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

“Apreciar” os termos do acordo, na fase da sentença, não significa revisitá-los para glosa, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, mas, simplesmente, estabelecer a eventual correspondência entre o que foi acordado e os resultados da atividade de colaboração, previstos no art. 4º, I a V, da Lei 12.850/13.

Trata-se de medir, na sentença, os resultados da colaboração, para que se possa aferir a extensão da sanção premial a ser concedida.

Por fim, ressaltou o Ministro Dias Toffoli que,

[...] por se tratar de um negócio jurídico, o acordo de colaboração, mesmo que tenha sido homologado judicialmente, poderá ser sindicado ulteriormente, no todo ou em parte, conforme o caso, se houver demonstração superveniente, v.g., de erro, dolo, coação, fraude ou simulação.

[...] essa demonstração superveniente compreende não apenas os fatos novos, como também os fatos pretéritos ou contemporâneos ao acordo, e que somente venham a ser descobertos após sua homologação.

O Ministro Alexandre de Moraes preconizou a estrita observância, no julgamento colegiado da ação penal, dos termos do acordo de colaboração monocraticamente homologado pelo Relator, objetivando a outorga do prêmio na hipótese de ter havido o efetivo adimplemento das obrigações assumidas pelo colaborador, segundo a prova produzida.

A seu ver,

[...] não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente realizada, sob pena de atentar contra a ratio legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente.

O Ministro Alexandre de Moraes, todavia, excepcionou a vinculação absoluta do Colegiado, no julgamento de mérito, aos termos do acordo monocraticamente homologado, assentando a possibilidade de anulação do ato homologatório, com fundamento no art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil¹⁰, em razão de fatos supervenientes ou de conhecimento posterior à homologação, “nas mesmas hipóteses permissivas da rescisão da coisa julgada e dos defeitos do negócio jurídico”.

¹⁰ Art. 966, § 4º, Código de Processo Civil: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

A maioria do Supremo Tribunal Federal aderiu a essa tese, assim sintetizada na ementa do julgado proferido na Petição (PET) 7.074/DF:

Salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.

Por fim, é importante registrar que *nem sempre* o mesmo órgão jurisdicional que homologar o acordo julgará a ação penal e avaliará o resultado da colaboração.

Essa dicotomia é usual em colaborações premiadas homologadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo colaborador sem prerrogativa de foro.

Nessas hipóteses, a competência da Suprema Corte para homologar o acordo se firma em razão de o colaborador, na “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”, ou na “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”, apontar o envolvimento de titular de prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal.

Por se tratar de um meio de obtenção de prova que, no caso, subsidiará investigação ou ação penal em desfavor de titular de prerrogativa de foro (v.g., parlamentar federal), a colaboração premiada deve ser submetida ao juízo de homologação da Suprema Corte (art. 102, I, “b”, da Constituição Federal)¹¹.

¹¹ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 3/5/18, ao concluir o julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal (AP) 937, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, restringiu a competência por prerrogativa de função, em se tratando de membro do Congresso Nacional, aos crimes praticados no exercício e em razão do mandato parlamentar. Embora o julgamento do Plenário somente se referisse a parlamentares federais, e não a outras autoridades detentoras dessa prerrogativa de foro, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 4.703, estendeu aquela *ratio decidendi* aos Governadores de Estado, por entender que o crime em apuração não teria relação com o exercício desse mandato. Também a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento das Ações Penais 857 e 886, fixou o entendimento de que a prerrogativa de foro de Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas Estaduais é restrita aos crimes praticados no exercício do cargo e em razão deste. Quanto a membros do Poder Judiciário, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de questão de ordem na Ação Penal 878, em 19/12/18, manteve a prerrogativa de foro de desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná quanto a crime que não guardava relação com

Todavia, o só fato de a Suprema Corte homologar o acordo *não atrai* necessariamente, para sua competência, o colaborador que não seja titular de prerrogativa de foro.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 3.515/SP-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/3/14, decidiu que a regra, em havendo conexão ou continência que envolva titular de foro por prerrogativa de função junto à Suprema Corte, é o desmembramento da investigação ou do processo já instaurado.

O Ministro Roberto Barroso, na ementa de seu voto convergente nesse julgado, destacou:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESMEMBRAMENTO DO INQUÉRITO DETERMINADO PELO RELATOR.

- 1. É excepcional o foro por prerrogativa de função e, por consequência, a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento de inquéritos e ações penais originárias.*
- 2. Assim, a menos que haja risco de prejuízo relevante para a apuração dos fatos investigados e/ou para a prestação jurisdicional, deve-se proceder ao desmembramento de investigação ou processo já instaurado a fim de limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal aos detentores de foro por prerrogativa de função.*
- 3. No caso, a narrativa dos fatos não indica a caracterização de especial complexidade na tarefa de individualizar a participação de cada um dos envolvidos, de modo que o desmembramento não acarreta prejuízo à formação da opinio delicti.*
- 4. Agravo regimental desprovido.*

o exercício do cargo (lesão corporal). Assim se decidiu para que o desembargador acusado não “houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal”. A *contrario sensu*, interpretando esse julgamento do STJ, se o desembargador, por crime sem relação com o cargo, houver de responder perante juiz de outro tribunal (seja da Justiça Comum, seja da Justiça Especial), não prevalecerá a prerrogativa de foro. Essa é a *ratio decidendi* do referido julgamento do STJ. Por sua vez, na PET 7115, relativa a suposto crime de violência doméstica imputado a ministro do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, aplicou a *ratio decidendi* da AP 937-QO, afastou a competência do STF e determinou a baixa dos autos ao primeiro grau. Finalmente, ainda não houve pronunciamento colegiado específico do Supremo Tribunal Federal a respeito da prerrogativa de foro dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, razão por que não se sabe se, para as turmas ou para o plenário do STF serão exigidos, nessa hipótese, os requisitos cumulativos “no exercício” e “em razão” da função.

Esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 2.903/AC-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 1º/7/14, onde se assentou que o desmembramento do feito, em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro, deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante.

No mesmo sentido, destacamos ainda o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento de embargos de declaração na Ação Penal 956/AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/5/16:

- [...] 3. O Supremo Tribunal Federal assentou que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função. Precedentes.*
- 4. Apenas em situações excepcionais, é admissível a instauração do simultaneus processus perante o Supremo Tribunal Federal, por força de conexão ou continência.*
- 5. A aplicação da regra do desmembramento, fixada por iterativa jurisprudência da Corte, prescinde de fundamentação adicional.*
- 6. Somente a permanência do feito, em caráter excepcional, no STF exige motivação específica.*
- 7. Trata-se de escorreita aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), não cabendo ao réu eleger o foro em que será julgado.[...]*

Logo, mesmo que aponte a participação de titular de prerrogativa de foro em ilícitos penais para os quais também tenha concorrido, isto não significa que o colaborador será necessariamente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá, após a homologação do acordo, ordenar a cisão do feito e encaminhar os autos desmembrados ao juízo de primeiro grau, para prosseguimento em relação aos não detentores de prerrogativa de foro, incluindo-se o colaborador premiado.

Nessa hipótese, embora o acordo de colaboração premiada tenha sido homologado pelo Supremo Tribunal Federal, competirá ao juízo de primeiro grau, na sentença, conceder ou não a sanção premial ajustada, na correspondência, em conformidade com as provas dos autos, do grau de colaboração do agente.

Trata-se, a nosso ver, de argumento de reforço às teses de que a fase de controle da legalidade do acordo é a de sua homologação e de que não se pode admitir a sindicabilidade de cláusula, no julgamento da ação penal, com fundamento em mera interpretação jurídica diversa daquela adotada naquele juízo de delibação.

Se, na fase da homologação, ainda que de forma implícita, uma determinada cláusula for interpretada como sendo conforme o princípio da legalidade, não se poderá invalidá-la na fase do julgamento por mera interpretação dissonante.

O Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do HC 127.483/PR, externou a compreensão de que,

[h]avendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.

Para o Supremo Tribunal Federal, embora o confisco

[...] não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões “redução de pena”, prevista na Convenção de Palermo, e “mitigação de pena”, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.

Destacou ainda o Supremo Tribunal Federal que, se um dos objetivos dos programas de proteção instituídos em favor do colaborador

[...] é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.

Trata-se de uma interpretação de normas legais e convencionais que permitiria que as partes, no acordo, imunizassem determinados bens do colaborador contra a decretação de sua perda como efeito da condenação.

Nesse contexto, adotada tal interpretação na fase da homologação, não se poderia na sentença reputar inválida essa cláusula, a pretexto de que a Lei 12.850/13 não teria previsto expressamente o prêmio da imunização contra o confisco, ou de que se trataria de disposição que colidiria frontalmente com o disposto no art. 91, II, “b”, do Código Penal, e no art. 7º, I, da Lei 9.613/98, a não ser que se partilhe do entendimento de que o art. 4º, § 7º, III, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, veda expressamente a concessão de qualquer benefício não previsto na lei de regência.

Finalmente, se o juízo de primeiro grau, na sentença, glosar cláusula de acordo de colaboração homologado pelo Supremo Tribunal Federal, a pretexto de sua ilegalidade, a nosso ver caberá reclamação à Suprema Corte “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (art. 102, I, alínea “l”, da Constituição Federal).

3. Da legitimidade para postular a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada

O acordo de colaboração será submetido ao devido controle jurisdicional a requerimento do Ministério Público ou do imputado, ou por representação da autoridade policial, caso nele figure como parte.

O delatado, todavia, segundo o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não tem legitimidade para impugnar o acordo de colaboração, a pretexto, v.g, da ausência de seus requisitos de validade.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, decidiu que,

[p]or se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’. (art. 6º, I, da Lei 12.850/13)

Entendeu-se que o acordo de colaboração,

como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: res inter alios acta. Sua finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trazer para a investigação e o processo criminal.

Para o Supremo Tribunal Federal,

[...] a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração. Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86 e no art. 41 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente. Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação

das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros.

De toda sorte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, reconheceu ao delatado a legitimidade para

[...] confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas – mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.

Concluiu-se que negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses, uma vez que, além de poder confrontar, nos procedimentos em que figurar como imputado, as declarações do colaborador e as provas com base nelas obtidas, não poderão ser impostas, em desfavor do delatado, com fundamento apenas nas declarações do colaborador, medidas cautelares reais ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa, ou sentença condenatória (art. 4º, § 16, Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime).

Esse entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.983/DF, Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 12/5/16, no qual se destacou que

[...] a eventual desconstituição de acordo de colaboração tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando e nem prejudicando terceiros. Mesmo em caso de retratação, o material probatório colhido em colaboração premiada pode ainda assim ser utilizado, naturalmente cercado de

todas as cautelas, em face de terceiros, aos quais caberá, se for o caso, deduzir as razões de defesa nos procedimentos ou ações que em face a elas venham a ser promovidos. É o que decorre de texto normativo expresso, no § 10 do art. 4º da Lei 12.850 (§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor).

No mesmo sentido, vide Reclamação 21.258/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/4/16 e Inquérito 3.979/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 16/12/16.

Mais recentemente, esse entendimento veio a ser contrastado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 151.605, julgado em 20/3/2018, e nos Habeas Corpus 142.205 e 143.427, julgados em 25/8/20, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se assentou a legitimidade do terceiro delatado para impugnar o acordo de colaboração.

Destaco os seguintes excertos do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes nos acórdãos proferidos nos Habeas Corpus 142.205 e 143.427, nos quais se observou que a lógica civilista deveria ser lida com cautelas na esfera penal:

- Há uma quase total intangibilidade e incontrolabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornamos os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis.

- O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova.

- Não se pode aceitar que o Estado “incentive” investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

4. Do objeto sindicável

Nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, celebrado o acordo de colaboração premiada, caberá ao juiz, na fase de homologação, examinar “sua regularidade, legalidade e voluntariedade”.

A regularidade do acordo de colaboração, a legalidade de seus termos e a voluntariedade do agente colaborador constituem, portanto, o objeto do controle jurisdicional.

Em princípio, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na discricionariedade das partes para estipular as obrigações do colaborador e a sanção premial correspondente.

O art. 4º da Lei 12.850/13 prevê as seguintes *fattispecies* premiais:

- I – identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*
- II – revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*
- III – prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*
- IV – recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e*
- V – localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

Tratando-se de um negócio jurídico, há que se reconhecer a autonomia das partes para dispor sobre os termos do acordo de colaboração.

Assim, cabe exclusivamente às partes acordar qual dessas atividades de cooperação será desenvolvida pelo colaborador, descrevendo-se “o relato da colaboração e de seus possíveis resultados”, e qual será a sanção premial correspondente, descrevendo-se “as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, I e II, da Lei 12.850/13).

Tanto isso é verdade que, por expressa determinação legal, o juiz não participa das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13).

Nos Estados Unidos da América, em geral, também é vedada, no *plea bargaining*, a participação do juiz na fase das negociações. No seu sistema jurídico coexistem

[...] textos normativos que vedam pura e simplesmente a participação do juiz nas negociações (é o que se passa ao nível federal) com outros que permitem uma intervenção que não seja desencadeadora da negociação (o caso de Illinois), ou ainda, com aqueles que não põem limites a essa participação (como acontece na Flórida e na Carolina do Norte).¹²

Como anota Pedro Soares de Albergaria, um dos argumentos favoráveis à intervenção do juiz nas negociações seria a necessidade de impregná-las de maior transparência, “tirando-as das sombras dos corredores e dos gabinetes”.¹³

No mesmo sentido, observa Luigi Ferrajoli que a discricionariedade manifestada na transação sobre a declaração de culpabilidade (*guilty plea*) constitui fonte de arbítrios, por não ser possível nenhum controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação.¹⁴

De fato, no Brasil, as negociações para obtenção de acordos de colaboração premiadas se revestem de altíssimo grau de informalidade, à margem, portanto, de qualquer controle formal do Poder Judiciário, e as razões da eventual recusa do Ministério Público em transigir nem sequer são reduzidas a escrito.

De toda sorte, ainda que não participe das negociações, deverá o juiz, na fase da homologação do acordo já celebrado, mais precisamente na audiência a que se refere o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, inquirir o colaborador a respeito das circunstâncias em que o acordo foi negociado, no intuito de aferir a existência de algum vício que o contamine.

¹² ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 79.

¹³ Op. cit., p. 79.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 523-524.

Finalmente, para que se possa delimitar o objeto sindicável, sob a óptica da legalidade, enfrentaremos uma questão primordial: qual a extensão dos poderes negociais do Ministério Público?

A depender da premissa que se estabeleça, haverá maior ou menor possibilidade de glosa judicial das cláusulas acordadas.

4.1. Da regularidade

No exame da *regularidade* do acordo de colaboração, deverá o juiz i) aferir a presença dos *elementos de existência* do negócio jurídico e ii) realizar o *controle da estrutura formal* do instrumento negocial.

Como já exposto, os elementos de existência do acordo de colaboração premiada estão previstos no art. 6º, da Lei 12.850/13:

O acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Se faltar um dos elementos essenciais do negócio jurídico, que conformam sua própria existência, como a descrição da atividade de cooperação a ser desenvolvida pelo imputado ou da sanção premial a que fará jus o colaborador, não será possível sua homologação, por verdadeira *falta de objeto*, e o juiz poderá determinar às partes que supram a omissão.

Outrossim, como assevera Carlo Ruga Riva, exige-se que a conduta premial consista em um *quid* processualmente verificável (“*principio di determinatezza*”)¹⁵.

Logo, a atividade de cooperação deve ser descrita da maneira mais concreta possível, de modo a permitir, parafraseando-se Luigi Ferrajoli, a verificabilidade ou refutabilidade da hipótese premial e sua comprovação

¹⁵ RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Verbania, 2000, p. 353.

empírica, em virtude de procedimentos que possibilitem tanto a verificação quanto a refutação¹⁶.

No tocante ao *controle da estrutura formal* do instrumento negocial, cumpre expungir do acordo cláusulas dúbias, equívocas ou contraditórias, bem como suprir eventuais omissões que, sem afetar a própria existência do acordo, prejudiquem sua correta compreensão.

Esse exame de regularidade formal é de capital relevância para prevenir o ulterior surgimento de controvérsias na fase da sentença (*rectius*, de julgamento), quando será valorado o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador e aferida a sanção premial correspondente, máxime quando a homologação do acordo e o julgamento da ação penal competirem a distintos órgãos jurisdicionais.

Para a perfeita compreensão da natureza e da extensão da cooperação do imputado e da sanção premial acordada é imprescindível que as cláusulas que a disciplinem não suscitem dúvidas ou ambiguidades.

Em suma, impõe-se a máxima exação do juiz na análise da regularidade das cláusulas do acordo, sem interferir nos juízos de conveniência e de oportunidade das partes.

4.2. Da voluntariedade

Quanto à voluntariedade, o Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, destacou que

[...] requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.

Logo, não há impedimento a que o acordo seja firmado por quem esteja preso, desde que haja voluntariedade na colaboração, vale dizer, se a declaração de vontade do colaborador for desejada com plena consciência da realidade e escolhida *com liberdade*.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 38-41

Tanto isso é verdade que, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, a Lei 12.850/13 admite a colaboração premiada de quem se encontre preso (art. 4º, § 5º).

Para a Suprema Corte, fator determinante para a colaboração premiada é a ausência de coação, pouco importando que o colaborador esteja preso ou solto, uma vez que “entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia”.

Assim, recusar-se ao preso a possibilidade de firmar esse acordo e de obter benefícios por seu cumprimento violaria o princípio da isonomia, por não haver correlação lógica entre essa vedação e a supressão da liberdade física do agente, uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a sua liberdade psíquica, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele solto ou não.

Exige-se a voluntariedade da conduta, não a sua espontaneidade. Pouco importa, portanto, que a iniciativa do acordo de colaboração premiada seja do Ministério Público, ou que o imputado decida colaborar após a decretação de uma medida cautelar pessoal em seu desfavor.

Irrelevantes, ainda, os motivos que o levam a colaborar, vale dizer, se por arrependimento sincero ou por mero cálculo utilitarista, por exemplo, depois da sua prisão ou de outros copartícipes terem colaborado.¹⁷

O que importa é a voluntariedade da colaboração e sua aptidão, em tese, para alcançar o resultado probatório pretendido, uma vez que a exigência de elementos externos de corroboração de suas declarações constituirá o necessário *antídoto* para o eventual desejo de prejudicar terceiros.

Nesse sentido, Alberto Silva Franco, embora tratando da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/99, bem observa que

[a] conduta do delator deve ter relevância, sob o enfoque objetivo e deve ser voluntária, sob o ângulo subjetivo. Pouco importa que tal conduta não tenha sido espontânea. Tem o mesmo significado a cooperação que decorre de um arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido dada por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento

¹⁷ RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Verbania, 2000, p. 290.

*de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator [...].*¹⁸

A voluntariedade do acordo poderá ser aferida pelo juiz em audiência própria com o colaborador e seus defensores, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, da qual, segundo o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Edson Fachin, não participará o Ministério Público, pois o seu objetivo é aferir se o colaborador sofreu algum tipo de coação por parte dos responsáveis pela persecução penal.

O art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, em sua redação originária, estabelecia ser uma faculdade do juiz ouvir o colaborador, de modo que essa audiência poderia ser dispensada se os elementos de informação coligidos permitissem aquilatar, desde logo e com segurança, a voluntariedade da conduta.

Com a nova redação dada ao referido dispositivo legal pelo Pacote Anticrime, a oitiva do colaborador tornou-se mandatória.

É possível, aqui, fazer-se um paralelo com o sistema de *plea bargain* norte-americano.

Segundo o Black's Law Dictionary, *plea* significa a resposta ou declaração formal de um acusado de “culpado” (*guilty*), “não culpado” (*not guilty*) ou de “não contestar” (*nolo contendere*) em face de uma acusação criminal, ao passo que *plea bargain* é o acordo negociado entre a promotoria e o acusado mediante o qual este último se declara culpado ou que não contestará uma imputação menor ou alguma de múltiplas imputações, em troca de alguma concessão pela promotoria, usualmente uma sentença mais leniente ou a retirada de outras acusações.¹⁹

Nos Estados Unidos da América, as *Federal Rules of Criminal Procedure*, verdadeiro Código de Processo Penal, regulam todos os procedimentos criminais nas *district courts*, nas *courts of appeals* e na Suprema Corte (*Rule “1(a)(1)”*).

A *Rule 11* disciplina os *pleas* e, de conformidade com a *Rule 11(b)(2)*, antes de aceitar um *plea of guilty* ou de *nolo contendere*, o juiz deverá

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 343/343

¹⁹ GARNER, Bryan A. (Editor in Chief.). *Black's Law Dictionary*. – 10ª ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2014, p. 1.337

ouvir pessoalmente o acusado em sessão aberta para se certificar de que o acordo é voluntário e *não resulta de força, ameaça ou de outras promessas não relacionadas ao próprio acordo*.²⁰

Segundo Yue Ma, dentre as estratégias do Ministério Público estadunidense para aumentar seu poder na negociação e intimidar o imputado a aceitar um acordo destacam-se i) a “sobreacusação” (*overcharging*), consistente no oferecimento de denúncia – ou mesma na ameaça de o fazer – com base em imputações que não se sustentem em plataforma indiciária idônea, vale dizer, sem justa causa, e ii) a possibilidade de transferir o processo da competência estadual para a federal, uma vez que “as penas cominadas por leis federais para crimes semelhantes são em geral mais graves”.²¹

Uma das críticas mais contundentes à *plea bargaining* reside no fato de que a

*[...] substância das concessões que [o Ministério Público] esteja disposto a fazer crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua; ou, dito de forma mais enxuta, “nos casos fracos” (weak evidence cases) tenderá a ser “generoso”; nos ‘casos fortes’ (strong evidence cases ou ainda, no jargão judiciário, dead-bang ou slam-dunk), tenderá a conter essa generosidade.*²²

A Suprema Corte americana, no caso *Bordenkirsher v. Hayes* (1978), ao analisar a questão da voluntariedade, concluiu que o Ministério Público, durante as negociações de um *guilty plea*, não desbordou dos limites constitucionais ao ameaçar imputar ao réu, caso não aceitasse o acordo, um crime mais grave do que aquele que originariamente lhe seria imputado.

Como destacado no voto condutor do acórdão, da lavra do *Justice Stewart*, desde que o promotor disponha de “causa provável” para crer que

²⁰ No original: *Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).*

²¹ MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. In: Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. n° 1. Brasília – junho de 2011, p. 197-198.

²² ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 66.

o acusado cometeu um crime, a decisão de processá-lo ou não, e de que imputação fazer, de modo geral, repousa inteiramente em sua discricionariedade.²³

Pedro Soares de Albergaria bem sintetizou a relevância desse julgado, ao apontar que

[...] ficava assim traçado o caminho entre a ameaça resultante da overcharging [sobreacusação] e do bluffing [blefe, mentira] – ilícita, porque não assente em elementos probatórios que a sustentem – e aquela outra que, quando muito, poderia resultar em full prosecution – lícita, porque assente em elementos probatórios reais.²⁴

Também no Brasil, a colaboração premiada não pode resultar de força (*vis corporalis* ou *vis absoluta*), ameaça (*vis compulsiva*) ou de promessas *impróprias*.

Nesse particular, as prisões temporária e preventiva não podem ser utilizadas como instrumento de coação do imputado, para forçá-lo a firmar um acordo de colaboração premiada.

Como já tivemos a oportunidade de anotar,²⁵

[...] é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.²⁶ Embora constitucional

²³ No original: “In our system, so long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rests entirely in his discretion”.

²⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 85.

²⁵ CAPEZ, Rodrigo *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2017, pp. 428-430.

²⁶ Nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 248-249. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico.* Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 162. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais.* São Paulo: Método, 2011, pp. 277-280.

a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziria um resultado inconstitucional.²⁷

Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária.²⁸

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante havia sido a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida.²⁹

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação da prisão temporária ou preventiva do imputado pelo seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento³⁰ ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório”.³¹

E não é só.

Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347, nota de rodapé nº 6.

²⁸ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 394-395 e pp. 401-403. O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que o *periculum libertatis* não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações. Por essa razão, Vittorio Grevi assevera “[...] che in nessun caso l'esercizio del diritto al silenzio, da parte dell'imputato, possa essere posto a fondamento, sul terreno del *periculum libertatis*, di una misura cautelare disposta a suo carico e, quindi, a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carcerária) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l'imputato stesso a collaborare con l'autorità giudiziaria”.

²⁹ HC 99.289/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 4/8/11.

³⁰ HC 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07.

³¹ HC 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000.

de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente.

[...]

Ainda que legalmente se admita, diante da relevância da colaboração, o perdão judicial, a redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 3º, I, e 4º, da Lei n. 12.850/13), é vedado utilizar-se da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar.

Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 127.186/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJE de 3/8/15, referente à denominada “Operação Lava-a-Jato”, assentou que

seria extrema arbitrariedade que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, caput e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.

Nesse contexto, o acordo de colaboração premiada não tem o condão de interferir, por si só, na custódia cautelar do imputado, razão por que:

- i) ou estão presentes o *pressuposto do fumus commissi delicti* (que se traduz na prova existência da infração e em indícios suficientes de autoria) e o requisito, em seu grau máximo, do *periculum libertatis* (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado), e o colaborador deverá permanecer preso preventivamente, com direito a oportuna

detração, sem falar no seu direito subjetivo à concessão de medida cautelar pessoal menos gravosa, na hipótese de o *periculum libertatis* não se apresentar em seu grau máximo; ou

- ii) ou estão ausentes o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis*, e o colaborador deverá permanecer em liberdade até a formulação do juízo definitivo de culpabilidade, podendo, se o desejar, renunciar ao direito de recorrer da sentença condenatória para que somente então se inicie a execução da pena.

Relembre-se que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: i) prisão em flagrante, ii) prisão cautelar (temporária ou preventiva) e iii) prisão-pena ou sanção.

A prisão-pena, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, *exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado*, conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 12/11/20).

Ora, é fato *notório* que vinham sendo homologados diversos acordos de colaboração prevendo – *de forma inconstitucional*, a nosso ver – a imediata submissão do colaborador à execução antecipada da pena, logo após o juízo homologatório.

Ocorre que não se pode confundir o direito à detração penal, decorrente da prisão cautelar do colaborador (art. 42, Código Penal), com a exigência de sua imediata submissão à execução antecipada de uma pena “virtual”, nas hipóteses em que o acordo tenha sido homologado antes de qualquer condenação ou do próprio início da ação penal.

A pretexto de “beneficiar” o colaborador, essa inovação impõe, de modo kafkiano, que ele *inicie o cumprimento de uma pena que ainda não existe*, o que é manifestamente inconstitucional (*nulla poena sine iudicio*).

Calha, aqui, invocar o modelo italiano de colaboração premiada.

A Lei 45, de 13 de fevereiro de 2001, que alterou a disciplina de proteção e do tratamento sancionatório daqueles que colaboram com a justiça, introduziu, no art. 9º, do Decreto-lei 8/91, convertido pela Lei 82/91, o seguinte parágrafo 3º:

Para o fim de aplicação das medidas especiais de proteção, têm relevância a colaboração ou as declarações feitas no curso de um procedimento penal. A colaboração e as citadas declarações devem ter o caráter de intrínseca credibilidade. Devem também ter o caráter de novidade ou de integralidade, ou por outros elementos devem parecer de notável importância para o desenvolvimento da investigação, ou para fins de julgamento ou para as atividades de investigação sobre conotações estruturais, dotações de armas, explosivos ou bens, articulações e as ligações internas ou internacionais das organizações criminosas do tipo mafioso ou terrorista-subversivo, ou sobre os objetivos, as finalidades e as modalidades operacionais de tais organizações.

A Lei 45/01 também inseriu no referido Decreto-lei 8/91 o art. 16-*quater*, segundo o qual, para fins de concessão das medidas especiais de proteção e o reconhecimento de atenuantes e benefícios penitenciários, a pessoa que manifestar a vontade de colaborar prestará ao Procurador da República, no prazo de 180 dias, contados da mencionada manifestação de vontade, todas as informações úteis/relevantes de que dispuser i) para a reconstrução dos fatos e das circunstâncias sobre as quais é questionado, ii) sobre outros fatos de maior gravidade e alarme social de que tiver conhecimento e iii) para a identificação e captura de seus autores. Prestará ainda outras informações necessárias à identificação, ao sequestro e ao confisco de dinheiro, dos bens e de quaisquer outros benefícios de que ela mesma ou outros membros de grupos criminosos disponham direta ou indiretamente.

As declarações do colaborador devem ser documentadas em um instrumento denominado “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, cujo conteúdo será submetido ao devido controle jurisdicional (arts. 16-*quater*, § 3º, e 16-*quinqüies*, § 2º, do Decreto-lei 8/91 convertido pela Lei 82/91, introduzidos pela Lei 45/01).

A Lei 45/01 introduziu ainda no Decreto-lei 8/91 o art. 16-*quinqüies*, com a rubrica “atenuantes no caso de colaboração”, o qual estabelece que, em matéria de colaboração relativa a crimes de terrorismo, de subversão da ordem ou de tipo mafioso ou assimilados, as circunstâncias atenuantes previstas no Código Penal e em disposições especiais somente poderão ser concedidas àqueles que, no referido prazo de 180 dias

(art. 16-*quater*), tiverem firmado o “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”.³²

O legislador italiano, portanto, estabeleceu um pressuposto indispensável para que o juiz possa reconhecer atenuantes ou causas de redução de pena no caso da colaboração premiada: o “*verbale illustrativo*”.

Ocorre que, por expressa determinação legal, o “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, *por si só, não repercute na prisão preventiva do colaborador*.

Nos termos do art. 16-*octies* do Decreto-lei 8/91, também introduzido pela Lei 45/01, a custódia cautelar não poderá ser revogada nem substituída por outra medida menos gravosa pelo só fato de o preso adotar uma das condutas de colaboração que admitam o reconhecimento de circunstâncias atenuantes, mas somente se, *ao avaliar as exigências cautelares*, o juiz, ouvido o Procurador-Nacional Antimáfia ou Procurador-Geral no respectivo tribunal, constatar que não há elementos indicativos da atualidade da relação do colaborador com a criminalidade organizada do tipo mafioso ou terrorista-subversiva.³³

Veda-se, assim, que a prisão cautelar seja indevidamente utilizada como instrumento de coação ou de barganha com o imputado.

4.3. Da legalidade

Para que o acordo de colaboração seja válido, o seu objeto, *que compreende tanto a atividade de cooperação quanto a sanção premial ajustadas*, deve ser “lícito, possível e determinado ou determinável”.

³² De toda sorte, o art. 16-*quinquies*, § 3º, introduzido pela Lei 45/01 no Decreto-lei 8/91 convertido pela Lei 82/91, admite que, se a colaboração se manifestar na fase do “*dibattimento*”, o juiz poderá reconhecer atenuantes mesmo na ausência do “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, que deverá então ser formalizado no prazo já prescrito.

³³ No original: Art. 16-*octies*. – (*Revoca o sostituzione della custodia cautelare per effetto della collaborazione*) – 1. *La misura della custodia cautelare non può essere revocata o sostituita con altra misura meno grave per il solo fatto che la persona nei cui confronti è stata disposta tiene o ha tenuto taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali. In tali casi, alla revoca o alla sostituzione può procedersi solo se, nell'ambito degli accertamenti condotti in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, il giudice che procede, sentiti il procuratore nazionale antimafia o i procuratori generali presso le corti di appello interessati, non ha acquisito elementi dai quali si desuma l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico-eversivo e ha accertato che il collaboratore, ove soggetto a speciali misure di protezione, ha rispettato gli impegni assunti a norma dell'articolo 12.*

A determinação ou determinabilidade do objeto é de extrema relevância não apenas por se tratar de um requisito de validade do acordo como também para possibilitar a sua correta execução, como vimos ao tratar do exame da regularidade desse negócio jurídico processual.

O controle de legalidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada pressupõe que se determine a extensão dos poderes negociais do Ministério Público.

Com efeito, os limites horizontais (amplitude) e verticais (profundidade) da cognição judicial no exame do acordo de colaboração estão diretamente relacionados aos limites da discricionariedade de atuação que se reconheça ao Ministério Público.

Ennio Amodio, ao examinar a disciplina legal dos colaboradores da justiça nos sistemas Continental e de *Common Law*, aduz que, enquanto os sistemas continentais europeus se alinham ao modelo de *premiabilidade legal*, Inglaterra e Estados Unidos da América se valem do modelo de *premiabilidade negocial*.

A seu ver,

*[...] à fattispecie da premialidade legal, cujos pressupostos são delineados pela lei penal substancial e remetidos à verificação jurisdicional, se contrapõem as várias formas de isenção do processo e da pena que no processo penal anglo-americano são permitidas pela discricionariedade da ação penal conferida ao prosecutor.*³⁴

O modelo de justiça criminal consensual dos Estados Unidos da América reconhece ao órgão da acusação uma discricionariedade quase absoluta para o exercício da ação penal e para transacionar sobre o processo e a pena.

Para a Suprema Corte americana,

a disposição sobre acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado é um componente essencial da administração da Justiça. Administrado

³⁴ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 256-257, grifo nosso.

*de forma adequada, há que ser encorajado. Se toda acusação criminal estiver sujeita a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal necessitariam multiplicar em muitas vezes o número de juízes e de instalações de cortes.*³⁵

Pedro Soares de Albergaria, após observar que as modalidades *básicas* de negociação não excluem outras possibilidades “*que só são virtualmente limitadas pela criatividade das partes negociadoras*”, aduz que é

*[...] tradicional a distinção entre charge bargaining (ou charge concession), sentence bargaining (ou sentence concession) ou, ainda, uma forma mista de negociação. No primeiro caso, trata-se de negociação da própria imputação: em troca da declaração de culpa, o M.P. compromete-se a ‘desclassificar’ a acusação para uma infracção punível com pena inferior. Esta ‘desclassificação’ pode ainda desdobrar-se em duas outras modalidades: pode tratar-se de uma alteração da imputação para outra de menor gravidade (p. ex., de murder para manslaughter) ou não (p. ex., de uma felony para uma misdemeanor, ou até para um ilícito administrativo) da mesma categoria de infracções – trata-se de uma redução qualitativa ou vertical das imputações, ou, no caso de várias imputações, a ‘deixar cair’ alguma(s) dela(s) – trata-se, agora, de uma redução quantitativa ou horizontal das imputações, ou ainda conjugar as duas hipóteses”.*³⁶

Segundo esse magistrado português, no caso da *sentence bargaining* negocia-se diretamente a sanção penal, haja vista que

[e]m troca da declaração de culpa em relação à imputação original (on the nose plea), o M.P. compromete-se a recomendar ao juiz uma sanção de

³⁵ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

³⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, pp. 22-23.

certa natureza (p. ex., multa em vez de prisão), com uma determinada medida (um ano em vez de dois anos de prisão) ou a não deduzir oposição a atenuante invocada pelo arguido ou, ainda, quando o juiz possa participar das negociações, compromete-se a aplicar certa sanção.

No sistema adversarial norte-americano, portanto, às partes se reconhece o poder de dispor do objeto do processo: o promotor pode renunciar à ação penal ou encerrá-la sem qualquer controle judicial, e o imputado pode declarar-se culpado (*guilty plea*) e exonerar a acusação do ônus de provar o fundamento da imputação,³⁷ negociando a pena a que se submeterá.

Diversamente, no modelo italiano, típico do sistema continental europeu, as sanções premiaias para condutas de colaboração em matéria de *criminalidade organizada* se limitam ao reconhecimento pelo juiz, no caso de condenação, de atenuantes ou causas de redução de pena,³⁸ não havendo margem para que o Ministério Público transacione sobre a natureza da imputação ou a quantidade de pena a ser imposta ao colaborador.

No Brasil, o art. 7º da Lei dos Crimes Hediondos introduziu no art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), a seguinte causa de redução de pena:

Art. 159. [...]

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

A Lei dos Crimes Hediondos também fixou, no art. 8º, parágrafo único, uma causa de diminuição de pena para conduta de colaboração premiada em se tratando de crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP)

³⁷ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 211-213.

³⁸ Vide Decreto-lei 152/91, convertido pela Lei 203/91, e o Decreto-lei 8/91, convertido pela Lei 82/91, com as posteriores alterações introduzidas pela Lei 45/01.

Art. 8º [...]

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Como bem salientou Alberto Silva Franco, “a delação premiada constituiu, na Lei 8.072/90, uma inovação importada do direito italiano e que era aplicável apenas a dois tipos penais: a extorsão mediante sequestro e a quadrilha ou bando”.³⁹

De fato, foi exatamente no crime de extorsão mediante sequestro que a técnica premial foi introduzida na Itália pela Lei 497, de 14 de outubro de 1974, a qual acrescentou um parágrafo no art. 630 do Código Penal – *que comina pena de reclusão de 25 a 30 anos para o crime de sequestro para fins de roubo ou extorsão, e de prisão perpétua para o agente que provocar a morte do sequestrado* – para estabelecer que o agente que atuasse de modo a permitir que a vítima fosse libertada sem o pagamento do resgate estaria sujeito somente às penas menos graves cominadas ao crime de sequestro simples (art. 605, CP).

Posteriormente, a Lei 9.269/96 deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal, para dispensar a exigência, para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, de que o crime de extorsão mediante sequestro tenha sido cometido por quadrilha ou bando, reputando suficiente o mero concurso de agentes:

Art. 159. [...]

§ 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Na sequência da Lei dos Crimes Hediondos, diversos diplomas legislativos passaram a contemplar sanções premiais para condutas de colaboração.

A Lei 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional, foi alterada pela Lei 9.080/95, que incluiu em seu art. 25 o seguinte parágrafo 2º:

³⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 342.

Art. 25. [...]

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Essa mesma Lei 9.080/95 também incluiu, no art. 16 da Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, o seguinte parágrafo único:

Art. 16. [...]

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Outrossim, a Lei 9.807/99 foi o primeiro diploma legal a tratar de forma mais abrangente e sistematizada da proteção a réus colaboradores, não apenas do ponto de vista da concessão de sanções premiais, como também no âmbito tutório, para preservar sua integridade física, a teor de seus arts. 13 a 15:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e

o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.

A Lei 9.807/99, portanto, passou a prever não somente uma causa de redução de pena, tal como previsto nas leis que a antecederam, como também uma causa de perdão judicial.

Por sua vez, a Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) foi modificada pela Lei 12.683/12, que acrescentou ao seu art. 1º o seguinte parágrafo 5º:

Art. 1º [...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Como se observa, a Lei 9.613/98, com a modificação em questão, passou a admitir, além do perdão judicial e da causa de redução de pena,

a possibilidade i) de cumprimento da pena em regime aberto ou semia-aberto, independentemente do *quantum* de pena imposto, bem como ii) de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A Lei 11.343/06, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, também instituiu, no seu art. 41, uma causa de diminuição de pena para colaborador:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

De outro lado, a Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe, no seu art. 86, sobre o acordo de leniência com o CADE, com a previsão de extinção de punibilidade ou de redução de penalidades, no caso de efetiva colaboração com as investigações, e desde que dessa colaboração resulte “i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

Nos termos do art. 87 do referido diploma legal,

*[n]os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.*

Finalmente, adveio a Lei 12.850/13, que dispôs sobre o crime de organização criminosa, sua investigação criminal e os respectivos meios de obtenção de prova, dentre os quais a colaboração premiada.

A Lei 12.850/13 prevê, no art. 4º, caput, e parágrafos 1º a 5º, com as alterações feitas pelo Pacote Anticrime, as sanções premiaias para a colaboração premiada:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. *Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador*
§ 5º *Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.*

Portanto, os benefícios que o juiz legalmente pode conceder, de acordo com a nova lei de regência da colaboração premiada, são o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se a colaboração premiada for *anterior* à da sentença, ou a redução da pena até a metade e a progressão de regime sem o preenchimento de requisitos objetivos, se a colaboração premiada for *posterior* à sentença.

Admite a Lei 12.850/13 ainda, tal como já o havia feito a Lei 12.529/11 ao tratar do acordo de leniência, a possibilidade de o Ministério Público não oferecer a denúncia, desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

A análise de todos os diplomas legais que trataram desse instituto revela que a colaboração premiada no Brasil historicamente foi contemplada como causa de: i) perdão judicial; ii) redução de pena; iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iv) fixação de regime prisional mais brando do que a pena imposta exige; v) progressão de regime prisional, sem o preenchimento de requisitos objetivos; e vi) imunidade (não oferecimento de denúncia).

Ainda que possa variar, em função do seu grau de efetividade, o tipo de benefício estipulado para as condutas de cooperação, em nosso modelo de colaboração premiada as sanções premiais se restringem àquelas *legalmente previstas* e a sua concessão depende da verificação judicial de seus requisitos.

A Lei 12.850/13 não se apartou da técnica de *premiabilidade legal* historicamente adotada em nosso país, ancorada no sistema Continental-Europeu e, portanto, num verdadeiro freio à discricionariedade das partes, não adotou o modelo de premiabilidade tipicamente negocial de *Common Law*.

A nosso ver, o Pacote Anticrime reforçou o modelo de premialidade legal adotado pela Lei 12.850/13, ao determinar que o juiz, no momento da sindicabilidade do acordo, verifique a

adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.

Ora, se fosse lícito ao Ministério Público propor sanções penais atípicas, qual a razão para que a lei, além de enumerar expressamente os benefícios cabíveis, ainda determinasse ao juiz que, na sindicabilidade do acordo, verificasse se a proposta de sanção premial se amolda estritamente ao modelo legal?

Não obstante o nosso posicionamento, há que se ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 4.405-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, assentou que

a fixação de sanções premiais não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido.

Outrossim, no Brasil, o negócio jurídico da colaboração premiada não se erige em *conditio sine qua non* da concessão da sanção premial, uma vez que o prêmio deriva, por força de lei, da própria atividade de cooperação, e não do acordo formalizado em si.

Em verdade, o acordo constitui um incentivo à cooperação do investigado, conferindo-lhe segurança jurídica e o *status* de colaborador para

obtenção de medidas de proteção, mas, repita-se, não há necessidade de se firmá-lo para que o juiz conceda o prêmio legalmente estabelecido – diversamente do que, de regra, ocorre no direito italiano quanto ao “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”.

Se o próprio juiz está adstrito à concessão de *sanções premiais típicas*, não poderia o Ministério Público, no acordo, estipular benefícios não previstos em lei, tratado ou convenção de que o Brasil seja signatário, o que corrobora a conclusão de que seus poderes negociais estão submetidos ao *princípio da legalidade estrita*.

Assim, “*as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia*” (art. 6º, II, da Lei 12.850/13) devem se ater ao modelo de *premiabilidade legal*, vale dizer, somente podem dispor sobre benefícios expressamente previstos em lei.

Nesse contexto, são manifestamente ilegais, a nosso ver, cláusulas que criem novas causas de interrupção ou suspensão da prescrição; que instituem regimes prisionais atípicos ou que fixem a pena máxima a que estará sujeito o colaborador em caso de condenação.

De acordo com a Lei 12.850/13, em sede de *condenação* os benefícios legalmente previstos são a redução de pena corporal e a substituição por restritiva de direitos, ao passo que, em sede de *execução*, os benefícios expressamente previstos na lei de regência são a redução de pena e a progressão de regime sem o cumprimento de requisitos objetivos.

Dessa feita, a integralidade da pena imposta ao colaborador deverá ser efetivamente cumprida, *tal como ocorre na Itália, cujo modelo inspirou o legislador brasileiro*, ressalvada a possibilidade de concessão de benefícios em sede de execução penal (v.g., livramento condicional, indulto).

O Brasil adotou o que poderíamos denominar de *modelo de premiabilidade típica*, de modo que na fase de homologação, momento adequado para o controle da legalidade do acordo, o juiz deverá glosar cláusulas que não encontrem suporte em lei, tratado ou convenção de que seja signatário o Brasil.

Se, por qualquer motivo, não se operar essa glosa na homologação e uma sanção premial *atípica* vier a ser judicialmente chancelada, a nosso ver, essa cláusula já não mais poderá ser sindicada na fase de julgamento da ação penal.

Nessa hipótese, se o colaborador houver adimplido suas obrigações, há que se reconhecer o seu direito subjetivo à obtenção da sanção premial

atípica acordada, ressalvada flagrante teratologia, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Finalmente, devem ser glosadas, por serem manifestamente inconstitucionais, cláusulas negociais que pretendam suprimir ou neutralizar, *em abstracto*, o exercício do direito fundamental do colaborador de acesso à jurisdição, seja pela via do remédio constitucional do *habeas corpus*, seja pela via recursal (art. 5º, XXXV e LXVIII, da Constituição Federal), nada obstando que venha a ser voluntariamente negociada a desistência de um específico *habeas corpus* previamente impetrado ou de um recurso já interposto.

A propósito, dispõe o art. 4º § 7º-B, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, serem nulas, de pleno direito, as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada.