



EDIÇÃO DE  
HOMENAGEM  
**31 ANOS DE  
JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

MINISTRO  
**CELSO  
DE MELLO**

EDIÇÃO DE HOMENAGEM

**31 ANOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

MINISTRO

**CELSO DE MELLO**

Brasília, 2020.



### **Secretaria-Geral da Presidência**

Pedro Felipe de Oliveira Santos

### **Gabinete da Presidência**

Patrícia Andrade Neves Pertence

### **Diretoria-Geral**

Edmundo Veras dos Santos Filho

### **Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação**

Alexandre Reis Siqueira Freire

### **Coordenadoria de Difusão da Informação**

Thiago Gontijo Vieira

### **Consolidação do conteúdo**

Alexandre Reis Siqueira Freire

Ana Paula Alencar Oliveira

Gabriel Campos Soares da Fonseca

Jean Francisco Corrêa Minuzzi

Pedro Felipe de Oliveira Santos

Soraia de Almeida Miranda

Thiago Gontijo Vieira

### **Revisão textual**

Alexandre Augusto Moraes Muniz

### **Revisão da prova diagramada**

Edigar Neves da Silva

Juliana Silva Pereira de Souza

Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy

Rosa Cecília Freire da Rocha

### **Capa**

Flávia Carvalho Coelho Arlant

Roberto Hara Watanabe

### **Projeto gráfico**

Yanic Diener Braga

### **Diagramação**

Camila Penha Soares

Neir dos Reis Lima e Silva

Roberto Hara Watanabe

Yanic Diener Braga

### **Fotografia**

Carlos Humberto

Fellipe Sampaio

Rosinei Coutinho

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)**

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).  
31 anos de jurisdição constitucional [recurso eletrônico] : Ministro  
Celso de Mello / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília : STF,  
Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.  
eBook (857 p. : il., fot.)

Edição de homenagem.  
Traz votos notórios do Ministro Celso de Mello durante sua  
trajetória no Supremo Tribunal Federal.  
Modo de acesso:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalComemoracoes/anexo/Homenagem31CelsoMello.pdf>>.  
ISBN : 978-65-871-2521-3.

1. Ministro do Supremo Tribunal Federal, homenagem. 2. Ministro  
de Supremo Tribunal Federal, aposentadoria. 3. Supremo Tribunal  
Federal, jurisprudência. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).  
II. Mello Filho, José Celso de, 1945-

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## Plenário

Ministro Luiz Fux – Presidente  
Ministra Rosa Weber – Vice-Presidente  
Ministro Celso de Mello – Decano  
Ministro Marco Aurélio  
Ministro Gilmar Mendes  
Ministro Ricardo Lewandowski  
Ministra Cármen Lúcia  
Ministro Dias Toffoli  
Ministro Roberto Barroso  
Ministro Edson Fachin  
Ministro Alexandre de Moraes

## Primeira Turma

Ministra Rosa Weber – Presidente  
Ministro Marco Aurélio  
Ministro Dias Toffoli  
Ministro Roberto Barroso  
Ministro Alexandre de Moraes

## Segunda Turma

Ministro Gilmar Mendes – Presidente  
Ministro Celso de Mello  
Ministro Ricardo Lewandowski  
Ministra Cármen Lúcia  
Ministro Edson Fachin



## APRESENTAÇÃO

---

*Ministro Celso de Mello:*

*o farol do Supremo Tribunal Federal*

Segundo o jurista italiano Piero Calamandrei<sup>1</sup>, o bom juiz é aquele que “*põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, por mais humildes que sejam*”. Para o bom juiz, não deve haver diferença entre causas grandes ou pequenas, haja vista que a injustiça representa um verdadeiro veneno “*mesmo em doses homeopáticas*”.

José Celso de Mello Filho, o querido Ministro Celso de Mello, é a representação viva do bom juiz de Calamandrei. Afinal, ao longo desses 31 anos como magistrado da Suprema Corte, mostrou-se comprometido com a busca da justiça e, sobretudo, com a incansável defesa das liberdades fundamentais presentes na Carta de 1988, cuja existência praticamente se confunde com o serviço prestado pelo Ministro no Pretório Excelso.

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução: Ivo de Paula. São Paulo: Pilares, 2013. p. 234.

De um lado, trata-se de juiz visionário e progressista, um homem à frente de seu tempo. Nascido em 1º de novembro de 1945, o jovem simples de Tatuí e intelectual egresso das Arcadas do Largo São Francisco (FD/USP) proferiu decisões que verdadeiramente revolucionaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atualizando-a aos ares democráticos do País. De outro lado, sua postura serena e o seu perfil conciliador transformaram-no em um Decano singular: ponto de equilíbrio nos momentos de instabilidade e farol nas situações de escuridão.

À luz de sua sabedoria enciclopédica e vasta erudição, comprovadas na obra seminal de sua autoria **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)**<sup>2</sup>, apelidei-o carinhosamente de “*pen-drive humano*”. O apelido reflete, portanto, a memória exemplar do Ministro Celso, que nos brinda com conexões entre o passado e o presente do Tribunal a fim de serem guias para um futuro melhor.

O Ministro Celso de Mello é inspiração pessoal e referência profissional para todos os que ocupam uma cadeira na Suprema Corte brasileira. Sua altivez e cordialidade tornaram-no uma inegável referência interna, uma liderança natural. É ele quem nos socorre nas questões sensíveis, com lições sábias e conselhos acolhedores. É ele quem toma a frente para preservar e defender o Tribunal, com discrição e autocontenção, mas coragem heroica, nos momentos delicados.

Não por outra razão, a sua mensagem de liderança encontra-se fixada nas paredes do STF, esclarecendo a missão institucional da Corte para quem nela adentra:

---

<sup>2</sup> MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)**. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

Incumbe, ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho de suas altas funções institucionais e como garantidor da intangibilidade da ordem constitucional, o grave compromisso – que lhe foi soberanamente delegado pela Assembleia Nacional Constituinte – de velar pela integridade dos direitos fundamentais, de repelir condutas governamentais abusivas, de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a injustas perseguições e a práticas discriminatórias, de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal e de nulificar os excessos do Poder e os comportamentos desviantes de seus agentes e autoridades, que tanto deformam o significado democrático da própria Lei Fundamental da República.

Se o nosso Decano encarna uma espécie de patrimônio imaterial e moral do Supremo Tribunal Federal, suas próprias decisões são também aulas didáticas a respeito da história viva do STF desde a redemocratização do País. Cuida-se de manifestações sempre marcadas por um alto grau de densidade e de profundidade, acompanhadas pelo seu *jeito* único **e sublime de escrever**.

Mercê de todo o exposto, foi uma tarefa verdadeiramente hercúlea selecionar 31 decisões paradigmáticas acerca da trajetória do Ministro Celso no STF, iniciada no abençoado dia 17 de agosto de 1989, após quase 20 anos honrando o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Deveras, tenho a completa noção de que a lista poderia ser complementada com várias outras manifestações. Não obstante tamanha dificuldade, passo agora a uma breve exposição da relevância das decisões (*v.g.* relatorias, despachos, votos vogais) que compõem esta obra em homenagem ao eminente Ministro Celso de Mello, agrupando-as nos seguintes conjuntos: **(i)** direitos fundamentais e defesa de minorias políticas; **(ii)** direitos humanos no plano internacional; **(iii)** garantias processuais e segurança jurídica, sobretudo na seara penal; **(iv)** liberdades civis e o princípio republicano.

## **I. Direitos fundamentais e defesa de minorias políticas**

Em seu discurso de posse como Presidente do STF, o Ministro Celso de Mello ressaltou a importância de se defender, com unhas e dentes, a prerrogativa precípua de todo nosso ordenamento constitucional: o “*fator de geração dos demais direitos e liberdades*”. É dizer: o reconhecimento de que “*toda pessoa tem direito a ter direitos*”, não importando sua origem, classe, etnia ou gênero.<sup>3</sup> Consectariamente, fez da **proteção dos direitos fundamentais e da defesa de minorias políticas** o seu mote ao longo dos anos que aqui esteve.

Inicialmente, cumpre destacar a impressionante defesa de minorias políticas por parte de nosso home-nageado, mesmo no âmbito parlamentar, conforme expressado no **Mandado de Segurança 26.441/DF**, cuja relatoria expôs posicionamento acompanhado pela unanimidade do Pleno. É que, segundo o Ministro Celso, “*existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário*”. Por respeito a esse estatuto constitucional, o Plenário decidiu que a Câmara dos Deputados deveria, sim, instalar comissão parlamentar de inquérito (CPI) para investigar as causas, as consequências e os responsáveis pela crise ocorrida no setor aéreo brasileiro.

No bojo da **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF**, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, objetivava-se a declaração da plena constitucionalidade da Lei 12.990/2014, que reservava a candidatos negros um percentual de vagas oferecidas em concursos públicos no âmbito da administração pública federal. O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no caso é memorável por duas razões. Primeiro, porque, ao

---

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Celso de Mello: 25 anos no STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. p. 32.

fundamentar a sua manifestação pela integral procedência do pedido, desconstrói o mito da “*perfeita democracia racial*” e afirma categoricamente que “*o preconceito e o racismo constituem, ainda, questões lamentavelmente presentes na vida e nas práticas sociais*” brasileiras. Segundo, pois apresenta robusta fundamentação jurídica a respeito da compatibilidade do princípio da isonomia com a existência de medidas compensatórias e de ações afirmativas pelo Estado a fim de rechaçar as desigualdades raciais existente no País.

Em igual sentido, na **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**, o Ministro Celso proferiu voto-vogal robusto, perpassando por aspectos sociais e históricos em torno da discriminação de uniões homoafetivas, para destacar a legitimidade de tal entidade familiar. Afinal, segundo o nosso Decano, “*os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República*”. No tema, o homenageado ainda foi relator da decisão histórica na **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**, na qual se enquadraram as condutas homofóbicas e transfóbicas como crime de racismo, compreendido em sua dimensão social, até que sobrevenha lei emanada pelo Congresso Nacional a fim de implementar “*os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República*”.

Em resumo, nessas decisões, o Ministro Celso buscou efetivar um dos objetivos fundamentais desta República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Não obstante, o Ministro Decano sempre se preocupou também em ser ativo na salvaguarda dos direitos sociais, consubstanciando outro objetivo fundamental: o de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais existentes.

No **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 748.206 2º julg/SC**, de sua relatoria, nosso homenageado proferiu brilhante voto, ressaltando o direito ao meio ambiente equilibrável e a necessidade

de se buscar um desenvolvimento sustentável, conciliando desenvolvimento econômico com a preservação ambiental. Nesse sentido, a satisfação desse direito social traria um dever de proteção estatal ao meio ambiente consubstanciado até mesmo na presunção interpretativa favorável à preservação da natureza. Sendo assim, a proibição municipal do uso de um herbicida altamente tóxico e nocivo à saúde e ao patrimônio ambiental foi considerada plenamente possível e legítima.

Por fim, o seu voto proferido na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF** demonstra que o Ministro Celso de Mello é, igualmente, um defensor expressivo da ideia de que a inércia do Poder Público também desrespeita a Constituição e termina por ofender os direitos fundamentais nela inscritos. Desse modo, foi voz ativa na jurisprudência deste Pretório Excelso no sentido de que o Poder Judiciário não desrespeita o corolário da separação dos poderes, mas sim prestigia o princípio da supremacia da Constituição, ao determinar medidas para efetivar políticas públicas, “*se e quando se registrar (...) situação configurada de inescusável omissão estatal*”, tal como observado no verdadeiro “*estado de coisas inconstitucional*” existente no sistema penitenciário brasileiro.

## **II. Direitos humanos no plano internacional**

**Em segundo lugar**, é fato notório que nosso Decano foi verdadeiramente leal à causa dos direitos humanos, a qual, segundo ele, deve refletir “*um compromisso ético e político irrenunciável das gerações presentes e futuras*”<sup>4</sup>.

Mais especificamente no plano dos direitos humanos internacionais, ao reafirmar a impossibilidade da prisão civil

---

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Celso de Mello: 25 anos no STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. p. 38.

do depositário infiel no ***Habeas Corpus* 90.450/MG**, o Ministro Relator, Celso de Mello, estimulou uma instigante discussão a respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais envolvendo direitos humanos: teriam eles caráter de supralegalidade (posição vencedora no Plenário) ou natureza constitucional (posição do relator)? A despeito de sua posição não ter prevalecido, a fundamentação trazida, com força na defesa fervorosa dos direitos humanos, sugeriu a existência de um princípio hermenêutico básico, recorrentemente utilizado por esta Suprema Corte: o da “*primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana*” a fim de conferir-lhe maior proteção jurídica. Inspirado por tais valores protetivos e pelo compromisso inarredável com a luta dos direitos humanos, o Ministro Decano foi relator, ainda, de duas importantes extradições: (i) a **Extradição 1.442/DF** e (ii) a **Extradição 1.334/DF**.

No primeiro caso, a Segunda Turma acompanhou-o de forma unânime no sentido de indeferir o pedido de extradição formulado pela República da China, uma vez que o Estado Requerente deixou de fornecer as garantias mínimas de que o súdito estrangeiro seria submetido a um julgamento justo e hígido, segundo os ditames do devido processo legal. A despeito da imprescindível cooperação internacional entre os países envolvidos, com força na fundamentação de seu Decano, o Supremo Tribunal Federal atuou como guardião da Constituição brasileira, impondo que o súdito estrangeiro não poderia ser privado dos direitos inerentes a qualquer pessoa humana, como esfera de seu núcleo intransponível de dignidade.

No segundo caso, demonstrando a sua postura equilibrada, acompanhada unanimemente pelos demais integrantes da Segunda Turma, o Ministro Celso assentou uma tese central na jurisprudência do STF quanto à referida classe processual. Segundo ele, a “*inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil*”, por meio de nota verbal formalmente transmitida pela via diplomática.

Já no ***Habeas Corpus* 94.016/SP**, em acórdão conduzido pela sensibilidade humana do Ministro Relator, nosso Decano, a Segunda Turma concedeu a ordem para que um réu estrangeiro pudesse questionar os demais réus, sob o fundamento de que a condição de estrangeiro com domicílio no exterior não legitima tratamento arbitrário ou discriminatório, sobretudo se restringir os meios de defesa do réu. No caso *sub examine*, o direito de formular perguntas aos corréus havia sido negado ao súdito estrangeiro não domiciliado no Brasil, um dos litisconsortes penais passivos. Ao garantir esse meio de defesa ao estrangeiro, o homenageado esclareceu que a *persecutio criminis* somente se legitima enquanto respeitar todas as prerrogativas que compõem o devido processo legal.

Na **Petição 4.625/DF**, no exercício eventual da Presidência do STF, o Ministro Decano prolatou denso despacho de dezenove páginas, solicitando a manifestação da Procuradoria-Geral da República acerca do pedido formulado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) para que o governo brasileiro prendesse e entregasse o então Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir, caso entrasse em território brasileiro. O homenageado trouxe à baila importantes reflexões para o deslinde da causa, tais como: a diferenciação entre os institutos da entrega e da extradição; o reconhecimento, ou não, da competência originária do STF para a análise do tema; as possíveis incompatibilidades do Estatuto de Roma, o qual delimita a jurisdição do TPI, com a Constituição Federal brasileira.

Por fim, no **Agravo Regimental na Carta Rogatória 8.279/República Argentina**, de sua relatoria, também se consolidou como um *decisum* relevante para a Corte, a qual acompanhou o relator de forma unânime. Por meio desse precedente histórico, o Ministro Relator, Celso de Mello, assentou a incompatibilidade do dito “princípio do efeito direto” ou “postulado da aplicabilidade imediata” dos tratados ou convenções internacionais

em face do sistema constitucional então vigente. Para alterar esse processo de incorporação, facilitando-o para questões do Mercosul, seria necessária uma reforma de caráter constitucional, e não por instrumentos normativos internacionais.

### **III. Garantias processuais e segurança jurídica**

**Em terceiro lugar**, no âmbito das garantias processuais, sobretudo na seara penal, o Ministro Celso de Mello incorpora a postura de um exímio defensor dos direitos do réu e da segurança jurídica.

Na seara penal, acompanhou a maioria dos votos proferidos na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444/DF** no sentido de que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório (art. 260 do Código de Processo Penal) não foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988. Em seu voto, o Ministro Celso destacou que a “*resposta do poder público ao fenômeno criminoso (...) não pode manifestar-se de modo cego e instintivo*”, sendo necessário observar o processo penal como uma figura destinada a “*limitar e impor contenção à vontade do Estado*”.

Na **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**, apesar de destacar que a atuação criminosa e corrupta no âmbito governamental tem o condão de “*subverter a dignidade da função política e da própria atividade governamental*”, seguiu sua leitura a respeito da presunção de inocência e defesa irrestrita das liberdades. O Ministro Decano proferiu voto pela procedência dos pedidos formulados, confirmando a tese de que “*a execução provisória da sentença penal condenatória*” se apresenta “*frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal*”.

De igual maneira, no **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90.376/RJ**, o Ministro Celso de Mello, relator, conduziu o posicionamento unânime da Segunda Turma deste STF no sentido de restabelecer a sentença penal absolutória proferida em primeira instância, assentando que o quarto de hotel, enquanto ocupado, enquadra-se como “casa”, logo, sendo necessária autorização judicial para adentrá-lo à luz da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. A decisão foi relevante justamente por expandir as hipóteses subsumidas ao conceito de “casa” e aplicar a doutrina da ilicitude por derivação a fim de garantir que nenhuma prova resultante direta ou indiretamente de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais fosse utilizada para condenar.

Nessa chave de leitura garantista, o Ministro Celso ressaltou monocraticamente, no âmbito do **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.076/PR**, que a previsão normativa do quesito genérico de absolvição no tribunal do júri (art. 483, III e §2º, CPP) “*legitima a possibilidade de os jurados (...) absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica*” em respeito aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados.

Não obstante, de forma equilibrada e serena, temperando o princípio da soberania do júri à luz dos demais valores constitucionais, o Ministro Decano concedeu a medida liminar requerida no **Habeas Corpus 174.759/CE**. Desse modo, determinou a suspensão do início da execução provisória da pena de indivíduo condenado, pelo tribunal do júri, pela prática de homicídio qualificado. Assim, permitiu que o indivíduo pudesse aguardar em liberdade o julgamento do respectivo recurso de apelação.

Já na **Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421/SC**, no qual o impetrante pretendia revogar a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva decretada pelo magistrado da primeira instância, o

Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática concedendo a ordem. Em sua fundamentação, bravamente entendeu que o moderno processo penal é marcado pelo perfil democrático, sendo necessária a mais expressiva preservação das características inerentes à estrutura acusatória, tais como a indispensabilidade da provocação do *Parquet* ou da autoridade policial para a concessão de medidas cautelares.

Por derradeiro, no que tange à proteção da confiança e da segurança jurídica, duas decisões monocráticas da lavra do homenageado podem ser destacadas. A primeira, no bojo do **Recurso Extraordinário 1.203.231/SP**, diz respeito ao seu posicionamento de que “*a sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica*” ação rescisória, no prazo decadencial previsto em lei, mesmo nos casos em que o ato judicial encontre fundamento em legislação posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, “*quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade*”. Já a segunda, na **Medida Cautelar no Mandado de Segurança 32.494/DF**, o Ministro Celso de Mello iniciou a discussão ainda latente no STF a respeito dos poderes implícitos do Tribunal de Contas da União para decretar a desconsideração da personalidade jurídica de certa empresa em virtude de questões afetas à sua competência constitucional.

#### **IV. Liberdades civis e o princípio republicano**

Por derradeiro, **em quarto lugar**, arrisco afirmar que, em meio a tantas contribuições relevantes, a atuação de maior destaque de nosso Decano seja na seara da salvaguarda das liberdades civis consagradas pela Constituição Federal. Não por acaso, no ano de 2019, o Ministro Celso foi agraciado com o Prêmio da Associação Nacional de Jornais (ANJ) de Liberdade de Imprensa.

O nosso homenageado é um ferrenho opositor à censura, incansável defensor das liberdades de reunião, de expressão, de informação, de imprensa, de profissão e de religião. Pode-se afirmar, com tranquilidade, que as manifestações jurisdicionais do Ministro Celso traduzem fielmente sua filosofia judicial, qual seja: a de que “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis e das franquias constitucionais”<sup>5</sup>.

Como relator da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**, conduziu o posicionamento unânime da Corte em autorizar a realização dos eventos popularmente cunhados de “marcha da maconha”, utilizados precipuamente para defender a descriminalização da referida droga. A importância desse *decisum* é monumental. De um lado, o relator ressaltou a relevância das liberdades civis para a formação de um debate público democrático, desinibido e robusto. De outro, destacou a própria conexão entre a liberdade de reunião e a livre expressão do pensamento, sendo a primeira uma “*pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político*”, bem como no processo de tomada de decisão do Estado.

Nesse mister, em seu voto-vogal na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548/DF**, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Decano ressaltou igualmente que a “*tentação autoritária de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, especialmente quando destinada aos mestres e professores, não pode ser tolerada nem admitida por esta Suprema Corte*”. Sobretudo no âmbito universitário, o direito de criticar, de opinar e de dissentir representa expressão da autonomia universitária, da liberdade de expressão e do próprio direito de reunião. Tomando como exemplo o ato heroico do filósofo Miguel de Unamuno, reitor da Universidade de Salamanca no início da Guerra Civil da Espanha, o Ministro acompanhou

---

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Celso de Mello: 25 anos no STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. p. 38.

a unanimidade do Tribunal Pleno para declarar nulas decisões proferidas por órgãos da Justiça Eleitoral que impunham a interrupção de manifestações públicas, no âmbito universitário, de apreço e de reprovação a certos candidatos políticos à Presidência da República às vésperas do fim do pleito eleitoral de 2018.

Em verdade, segundo o Ministro em seu voto-vogal na **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF**, “*qualquer deliberação estatal cuja execução importe em controle do pensamento crítico*”, do postulado da liberdade de expressão ou da criação artística tem o inerente perigo de desestabilizar a ordem democrática, visto que “*não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão*”. Nesse sentido, acompanhou a posição unânime do Plenário de declarar inconstitucionais os dispositivos da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) que impediam emissoras de rádio e televisão de veicular programas de humor ou sátira acerca de candidatos, de partidos e de coligações nos três meses anteriores ao pleito eleitoral.

No que tange à própria liberdade de imprensa, no âmbito do **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 31.117/PR**, de sua relatoria, o Ministro foi claro ao afirmar que o poder geral de cautela judicial não poderia ser utilizado como uma ferramenta em prol da censura estatal. A liberdade de imprensa seria, portanto, uma prerrogativa fundamental inerente ao pensamento livre e crítico; ao passo que o sigilo da fonte, uma prerrogativa constitucional intrínseca ao jornalista.

Já nos **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 635.023/DF**, de sua relatoria, o Ministro Celso de Mello conduziu o posicionamento do Plenário assentando a incompatibilidade da exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil para o exercício da profissão de músico em face das liberdades constitucionais de expressão artística e de ofício/profissão, haja vista que a arte e a cultura “*representam expressões fundamentais da liberdade humana*”, isto é, domínios interditados à nociva e perigosa intervenção estatal.

No âmbito da liberdade religiosa, debatida na **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439/DF**, o Ministro Decano proferiu belíssimo voto-vogal acompanhando o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, pela procedência do pedido no sentido de que o ensino religioso nas escolas públicas não poderia estar vinculado a uma religião específica, ficando proibida a admissão de professores representantes de confissões religiosas. Essa posição ficou vencida, por 6 votos a 5, tendo o Plenário entendido que, nas escolas públicas brasileiras, o ensino religioso pode ter natureza confessional. No entanto, o seu profícuo voto dissidente trouxe luzes para a discussão na medida em que sintetizou, de modo sublime, o posicionamento vencido, ao qual também me filiei: “*a consagração constitucional do Estado laico traduz decisivo fator para o exercício da liberdade religiosa*”, demandando, por conseguinte, uma “*neutralidade axiológica [por parte do Estado] em relação a qualquer denominação confessional*”.

Entretanto, de nada adiantaria a defesa dessas liberdades consagradas na Constituição Federal, caso o ambiente político não fosse probo, íntegro e interessado em canalizar institucionalmente essas demandas, informações, críticas e opiniões.

Nessa linha, o homenageado, Ministro Relator do **Mandado de Segurança 26.603/DF**, liderou o posicionamento do Pleno no sentido de negar seguimento ao *mandamus*, reconhecendo, todavia, que a infidelidade partidária consiste em causa para a perda de mandato, visto que esse não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito. Ao revés, trata-se de uma expressão derivada da indispensável vinculação do candidato ao partido político. A decisão foi de suma importância, pois preservou a legitimidade do processo eleitoral e do próprio modelo de representação popular, concretizando o princípio republicano.

Nesse diapasão, apesar de ter acompanhado o posicionamento vencido na **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526/DF**, ao qual também me filiei, o Ministro Celso proferiu exemplar voto

demonstrando que o mandato eletivo não pode ser visto como uma forma de coibir a regular ação do Poder Judiciário, sobretudo para garantir a probidade pessoal, os valores republicanos e a moralidade administrativa na atividade parlamentar.

Por sua vez, em decisão monocrática proferida nos autos do **Inquérito 4.831/DF**, o Ministro Celso analisou garantias processuais penais à luz do princípio da igualdade, ao decidir se o Presidente da República, quando sob investigação criminal, teria o direito de responder por escrito ao seu interrogatório. Esse tema se encontra pendente de exame pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Buscando a limitação do chefe do Poder Executivo, o Ministro foi ainda o responsável por desempatar o relevante julgamento da **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048/DF**. Destarte, manifestou sua visão de incompatibilidade do “cesarismo governamental”, por meio da edição excessiva de medidas provisórias por presidentes da República, na medida em que diminuem a importância político-institucional do Poder Legislativo no processo deliberativo, sobretudo em matéria orçamentária.

Não obstante sua faceta republicana ao julgar, o Ministro Decano jamais perdeu seu senso garantidor de liberdades, demonstrando seu equilíbrio e temperança constantes. No âmbito da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144/DF**, de sua relatoria, a maioria dos integrantes do Plenário do STF julgou improcedente o pedido para assentar a inadmissibilidade de criação, por decisão judicial, de novas causas de inelegibilidade, estendendo a presunção de inocência para além do âmbito penal e processual penal.

Conforme nos ensina o poeta Mário Quintana, *“a saudade é o que faz as coisas pararem no tempo”*. Esta obra representa a imortalização da trajetória de um magistrado que dedicou sua vida à causa pública e ao bem comum, por meio de decisões universais e atemporais. Muito obrigado pelos seus 31 anos de devoção

ao Supremo Tribunal Federal, Ministro José Celso de Mello Filho. As sessões compartilhadas com Vossa Excelência, no Plenário da mais alta Corte de nosso País, representam uma honra única e um aprendizado eterno para mim.

Vossa Excelência é fonte de orgulho para todos os cidadãos brasileiros e será sempre um farol para os integrantes desta Corte. Sem dúvidas, José Celso de Mello Filho entra agora para o rol seletivo de Ministros que moldaram este Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 28 de setembro de 2020.

**Ministro Luiz Fux**

Presidente do Supremo Tribunal Federal



## SUMÁRIO

---

Votos notórios .....	<b>25</b>
1 Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 – DF.....	<b>26</b>
2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – DF.....	<b>42</b>
3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439 – DF .....	<b>72</b>
4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 – DF.....	<b>104</b>
5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526 – DF.....	<b>121</b>
6 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 – DF.....	<b>150</b>
7 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 – DF.....	<b>160</b>
8 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – DF.....	<b>198</b>
9 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 – DF.....	<b>218</b>
10 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548 – DF.....	<b>242</b>
11 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – DF.....	<b>265</b>
12 Extradicação 855 – DF.....	<b>383</b>
13 Extradicação 1.442 – DF.....	<b>410</b>
14 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90.376 – RJ.....	<b>432</b>
15 Habeas Corpus 90.450 – MG.....	<b>456</b>
16 Habeas Corpus 94.016 – SP.....	<b>487</b>
17 Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – DF.....	<b>518</b>
18 Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421 – SC .....	<b>574</b>
19 Inquérito 4.831 – DF .....	<b>596</b>
20 Mandado de Segurança 26.441 – DF .....	<b>643</b>
21 Mandado de Segurança 26.603 – DF .....	<b>648</b>
22 Petição 4.625 – DF .....	<b>671</b>
23 Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 635.023 – DF .....	<b>689</b>
24 Recurso Extraordinário 1.203.231 – SP e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912 – RS .....	<b>702</b>
25 Agravo Regimental na Carta Rogatória 8.279 – República Argentina .....	<b>721</b>
26 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.076 – PR.....	<b>736</b>
27 Medida Cautelar no Mandado de Segurança 32.494 – DF .....	<b>757</b>
28 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 748.206 2º julg.–SC.....	<b>773</b>
29 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048 – DF.....	<b>791</b>
30 Medida Cautelar no Habeas Corpus 174.759 – CE .....	<b>815</b>
31 Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 31.117 – PR.....	<b>831</b>





## ➤ Votos notórios\* ➤

**A** história do Ministro Celso de Mello se confunde com a história da própria Constituição Federal de 1988.

\* Nesta homenagem respeitaram-se os destaques utilizados pelo gabinete do Ministro Celso de Mello e a ortografia vigente à época da formalização dos votos e das decisões selecionados para esta obra.

## 1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 – DF

Quotas étnicas como instrumento de efetivação da igualdade de oportunidades, de defesa dos direitos das vítimas de discriminação racial, de fortalecimento da identidade racial brasileira de concretização de modelo inclusivo – Direito de acesso ao serviço público - Reserva de vagas – Adoção - Legitimidade constitucional – Convenção da Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial – Estatuto da Igualdade Racial – Conferência Internacional de Durban (2001): racismo e discriminação étnica como negação dos princípios proclamados pela Declaração Universal da Direitos da Pessoa Humana – “Não há democracia sem igualdade, não há democracia sem igualdade étnica e racial” (Professora Dra. Edna Roland, Relatora-Geral da Conferência de Durban – Ações afirmativas como instrumento de implementação dos mecanismos compensatórios – Legitimidade – A questão do “bloco de constitucionalidade” – “Direito à busca da felicidade” – Imanência no sistema constitucional brasileiro – Derivação, por implicitude, do princípio da dignidade da pessoa humana – Consequente validade constitucional da Lei nº 12.990/2014. [ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, voto-vogal do Min. Celso de Mello, DJE de 17-8-2017.]

Inteiro teor do acórdão



## VOTO

### O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

Trata-se de processo de controle normativo abstrato, **instaurado por iniciativa** do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **no qual se objetiva o reconhecimento da plena constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, editada** pela União Federal **com a finalidade de reservar aos negros “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (...)” (grifei).**

O diploma legislativo em questão, por sua vez, **estabeleceu**, em seu art. 2º, “caput”, **que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros “aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE” (grifei).**

A legislação em causa **também instituiu sanções aplicáveis às hipóteses de falsidade ideológica (CP, art. 299), prescrevendo, no parágrafo único** desse mesmo art. 2º, que, **“Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que**

*lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (grifei).*

O autor da presente ação declaratória de constitucionalidade **demonstrou a existência de controvérsia jurídica relevante em torno da questão pertinente à reserva de vagas em concursos públicos em favor de negros (pretos ou pardos, na expressão da própria Lei nº 12.990/2014), indicando julgados** inteiramente desfavoráveis à adoção, pela Administração Pública, **dessa medida compensatória** resultante de políticas governamentais de ações afirmativas.

O E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **ao justificar a sua pretensão de constitucionalidade, sustenta que a reserva de vagas em concursos públicos destinada a pessoas negras mostra-se inteiramente compatível com o que dispõem os incisos I, II, III e IV do art. 3º da Constituição da República, além de harmonizar-se com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, subscrita pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 65.810/69.**

*Sendo esse o contexto, passo a examinar* o tema ora proposto **na presente** sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **destacando, desde logo, a integral procedência** do pedido em causa, **cujos fundamentos – brilhantemente expostos pelos eminentes Advogados Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, então Presidente do E. Conselho Federal da OAB, e Dra. Bruna de Freitas do Amaral – conferem**

suporte legitimador ao pleito que busca a declaração de validade constitucional da Lei nº 12.990/2014.

**Cabe reconhecer**, antes de mais nada, **a irrecusável importância** de que se reveste o debate em torno da discriminação racial, **notadamente** se se considerar, **a despeito** de opiniões **que preconizam** a ideia de que se vive no Brasil perfeita democracia racial, **que o preconceito e o racismo constituem**, ainda, questões **lamentavelmente** presentes na vida e nas práticas sociais em nosso País.

**A discriminação racial**, *que traduz gesto inaceitável de perversão moral*, **tem encontrado** mecanismos destinados a combatê-la, **seja mediante** instrumentos de repressão penal (CF, art. 5º, XLII, c/c a Lei nº 7.716/89), **seja por meio** de políticas governamentais de ações afirmativas **vocacionadas a garantir à população negra** a efetivação da igualdade de oportunidades e a defesa dos direitos étnicos individuais e metaindividuais (coletivos e difusos), **sendo certo**, ainda, que o ordenamento positivo brasileiro, **na linha do que estabelece** o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), **adota como diretriz político-jurídica a inclusão** das vítimas de desigualdade étnico-racial, **a valorização** da igualdade étnica **e o fortalecimento** da identidade nacional brasileira.

**Ao assim proceder**, o Estado brasileiro **busca implementar** medidas, ações e programas referidos em convenções internacionais, **assumindo**, desse modo, **expressivos compromissos no plano do**

*Direito das Gentes, como se vê*, p. ex., **de sua vinculação** à Convenção das Nações Unidas para eliminação de todas as formas de discriminação racial.

**O desvalor ético-jurídico e político-social de que se acha impregnada a discriminação racial**, **notadamente** se se considerarem **os efeitos perversos** que decorrem *dessa conduta indigna e desprezível*, **evidencia-se pelas diversas formas** (sutis ou ostensivas) com que tal comportamento se manifesta, **em claro desrespeito à essencial dignidade das pessoas**, **que não podem sofrer, em razão** de sua cor ou de sua origem étnica, situações de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades **tanto no domínio público quanto na esfera privada**.

**A Convenção Internacional** sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial **define-a** como “qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública” (**Artigo I**).

**O Estatuto da Igualdade Racial** (Lei nº 12.288/2010), por sua vez, **considera discriminação racial ou étnico-racial** “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo

*ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” (Art. 1º, parágrafo único, inciso I).*

**Presentes** tais considerações, **impede reconhecer que a questão das quotas étnicas não pode** (e não deve) ser tratada **de maneira inconsequente**, porque **de seu adequado** tratamento **depende** a proteção jurisdicional **de milhões** de pessoas que continuam a sofrer *inaceitável processo de exclusão* que as coloca, **injustamente**, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

**De nada** valerão os direitos **e de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, **como** *aqueles proporcionados pelas políticas de ação afirmativa, cujos altos objetivos, por efeito* de sua própria vocação constitucional, **consistem** em dar efetividade e expressão concreta a políticas e a programas de inclusão.

**É preciso proclamar, desse modo, que assiste** à população negra **uma prerrogativa básica** que se qualifica como fator de viabilização **dos demais** direitos e liberdades.

**Torna-se imperioso afirmar**, por isso mesmo, *que toda pessoa tem direito a ter direitos,*

**assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa** de ver tais direitos *efetivamente implementados* em seu benefício.

**É que**, Senhora Presidente, **sem se considerar** que a Constituição **impõe** ao Estado **o dever** de atribuir **aos desprivilegiados** – *verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional* – **a condição essencial** de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas **investidas** de dignidade **e merecedoras** do respeito social, **não se tornará possível** *construir a igualdade* **nem realizar** *a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).*

**Para além** de uma disputa de escolas de pensamento – **notadamente** aquela que **antagonizou** a visão de Florestan Fernandes **e** de Fernando Henrique Cardoso, da Universidade de São Paulo, *de um lado, em face da concepção* exposta por Gilberto Freire, *de outro, que forjou a ideia ou o mito da democracia racial* – **este julgamento** deve considerar o tema ora em exame **não apenas** sob estrita dimensão jurídico-constitucional, **mas, também, deve analisá-lo** sob perspectiva ética, **pois** a questão das práticas discriminatórias **representa** um grave problema de índole moral **com que se defronta** qualquer sociedade, **mesmo** as sociedades **fundadas** em bases democráticas.

**A discriminação étnico-racial**, Senhora Presidente, *como anteriormente assinalado,*

constitui perversão do senso moral, refletindo distorcida visão de mundo **de quem busca construir**, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo étnico-racial **sobre os demais** existentes nas diversas formações sociais.

**Uma sociedade que tolera e que se mostra indiferente a práticas discriminatórias não pode qualificar-se** como uma formação social democrática, **porque** – ao frustrar e aniquilar a condição de cidadania da pessoa **que sofre a exclusão estigmatizante** propiciada pela discriminação, assim ofendendo os valores essenciais da dignidade da pessoa humana e da igualdade – **constitui, ela própria, a antítese mesma** dos objetivos fundamentais da República, **entre os quais figuram** aqueles que visam a construção de uma sociedade livre, de uma sociedade justa, de uma sociedade solidária, de uma sociedade inteiramente comprometida com a redução das desigualdades sociais.

**A prática do racismo e da discriminação configura grave violação de todos** os direitos humanos **e representa ilícito obstáculo** ao gozo pleno e integral de tais direitos e prerrogativas, **significando**, em sua concreta expressão, injusta denegação do dogma de que todos os seres humanos, sem qualquer distinção, **nascem livres e iguais** em dignidade e em direitos.

**Eis porque**, Senhora Presidente, **a importante Conferência Internacional de Durban**, em 2001, na

África do Sul, **reconheceu** que o racismo e a discriminação étnico-racial constituem a própria negação dos princípios, dos propósitos e dos objetivos **proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada** em 10/12/1948.

**Claro e significativo o relevo** dessa Conferência, cujo real significado **consistiu** na enfática proclamação **de que os valores** da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade **e** do multiculturalismo **representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos** no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia **e** a todas as modalidades correlatas de intolerância.

**Daí o integral acerto** da afirmação *que então fez* a Dra. EDNA ROLAND, **psicóloga, militante** da causa das mulheres negras **e Relatora- -Geral** dessa fundamental Conferência **realizada** em Durban, em 2001, **no sentido de que “não há democracia sem igualdade, não há democracia sem igualdade étnica e racial” (grifei).**

**Imperioso, portanto, que se dê consequência (e consequência efetiva) aos compromissos** que o Brasil **assumiu tanto no plano doméstico – proclamando, no texto de nossa Constituição, a sua explicita repulsa ao racismo e a práticas de discriminação étnico-racial – quanto perante a comunidade internacional, ao subscrever, entre outros importantes**

*instrumentos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), de um lado, e os Pactos Internacionais de 1966, quer sobre os direitos civis e políticos, quer sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, além da Declaração e do Programa de Ação de Viena, adotados na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que se realizou, na década de 90, na capital austríaca.*

**O modelo institucional de ações afirmativas como instrumento de implementação de mecanismos compensatórios destinados a concretizar, no plano material, o direito das pessoas negras ajusta-se, precisamente, ao que dispõem** esses instrumentos normativos, **todos eles impregnados de inquestionável fundamentabilidade. Na verdade,** as políticas públicas **têm, na prática das ações afirmativas,** um poderoso e legítimo recurso **impregnado de eficácia necessariamente temporária destinado a conferir efetividade e a dar sentido e consequência** aos próprios objetivos **de plena** realização da igualdade material.

**Como** anteriormente salientado, **cabe reconhecer** que a adoção de mecanismos compensatórios, *fundados em políticas públicas de ação afirmativa,* **tem** por explícita finalidade **contribuir** para a realização, *no plano material,* do princípio constitucional da igualdade, **além de revelar** extrema fidelidade à exigência, *que é também constitucional,*

**de viabilizar** a promoção do bem-estar de todos, **de erradicar** a marginalização **e de fazer respeitar** o postulado da dignidade da pessoa humana, **em ordem a permitir** que se construa, *em nosso País,* uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária. **Busca-se,** enfim, *por esses meios,* **compensar** situações de desnível que historicamente se registraram **e que ainda, lamentavelmente, subsistem** no Brasil.

**Impende enfatizar que, em razão da Conferência de Durban,** os Estados nacionais **foram instados** a adotar programas de ações afirmativas **ou medidas de ações positivas, em ordem a viabilizar** o acesso aos serviços públicos **e aos serviços sociais básicos em favor** dos indivíduos **que são vítimas de exclusão ou de discriminação. Para esse efeito,** recomendou-se a adoção de providências destinadas a capacitar estudantes – *estudantes que compõem os denominados grupos vulneráveis* –, **permitindo-se-lhes frequentar** instituições de ensino superior **ou ingressar** no serviço público, **assegurando-se-lhes,** *em consequência,* um ambiente livre **de quaisquer** práticas de racismo, de discriminação **ou** de intolerância.

**Vale registrar um ponto que me parece importante:** a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, *já incorporada,* formalmente, ao plano do Direito Positivo interno brasileiro, **estimula,** em suas diversas cláusulas, **a adoção** da chamada “*discriminação positiva*”

*ou reversa”, no sentido de que sejam acolhidas, no plano doméstico, medidas especiais tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer, em plenitude, os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, advertindo, ainda, que tais medidas não serão consideradas práticas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.*

**Lembro-me** de que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **no precedente** que esta Corte **estabeleceu no julgamento da ADPF 186/DF, destacou, precisamente, esse aspecto que venho de mencionar:** as medidas compensatórias **somente** deverão ser implementadas **enquanto subsistirem** as situações de injusta exclusão que elas objetivam neutralizar. **No momento** em que tais situações **não mais** se verificarem, **ter-se-á, então, por cumprido** esse programa **impregnado de nítido conteúdo inclusivo e que é fortemente recomendado por várias convenções, em particular pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.**

**Cumpre fazer, neste ponto, uma observação que tenho por juridicamente relevante: entendo que os tratados internacionais de direitos humanos**

**qualificam-se como instrumentos normativos materialmente constitucionais e, nessa condição, passam a integrar e a compor o denominado bloco de constitucionalidade. Essa noção – a de bloco de constitucionalidade – reveste-se de suma importância, na medida em que, a partir dela, amplia-se aquele núcleo mínimo de direitos fundamentais. É também sob essa perspectiva que considero inteiramente compatível com a ordem constitucional global a adoção de medidas compensatórias, como as que se acham positivadas na legislação que ora estamos a examinar: a Lei nº 12.990/2014.**

**Cabe referir, a propósito do que venho de destacar, que se registram expressivas lições na doutrina – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT) –, cujo magistério sustenta, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, esses eminentes**

**doutrinadores** que as convenções internacionais *em matéria de direitos humanos* **revestem-se de caráter materialmente constitucional**, **compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual de bloco de constitucionalidade**.

**A definição do significado de bloco de constitucionalidade** apresenta-se impregnada de altíssimo relevo, **ainda mais se se tiver** em consideração a vocação protetiva **que assumem as declarações internacionais de direitos humanos**, **como** a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, **promulgada** pelo Decreto nº 65.810/69.

**Daí a importância** de compreender-se, *com exatidão*, **o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade**, **tal como este é concebido pela teoria constitucional** (BERNARDO LEÔNIO MOURA COELHO, “**O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança**”, in **Revista de Informação Legislativa** nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “**Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales**”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “**Jurisdicción y Procesos Constitucionales**”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “**Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes**”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/

FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “**El bloque de la constitucionalidad**”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “**O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução**”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “**Contentieux Constitutionnel**”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.), **pois dessa percepção resultará**, *em última análise*, **a efetiva concretização** de direitos fundamentais **consagrados e reconhecidos** pelo Estado brasileiro no contexto de tratados internacionais subscritos por nosso País.

**É importante assinalar**, *neste ponto*, **que o tratamento diferenciado em favor de pessoas negras, cuidando-se, especificamente, de acesso** ao serviço público **mediante utilização do mecanismo da reserva de vagas (20%)**, **tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (e, também**, nas convenções internacionais subscritas pelo Brasil), **cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo**, os desníveis e as dificuldades **que afetam** os indivíduos **que compõem esse grupo vulnerável** (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “**Direito Administrativo**”, p. 490, item n. 13.4.3, 20ª ed., 2007, Atlas; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “**Curso de Direito Administrativo Positivo**”, p. 117, item n. I.3.1.a, 6ª ed., 2007, Del Rey; HELY LOPES MEIRELLES, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 496, item n. 3.2, 39ª ed., 2013, Malheiros, **atualizado** por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel

Burle Filho; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 644/646, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 877/878, 8ª ed., 2012, Forum, v.g.).

**Vale referir**, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento da decisão na qual a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, **julgando o RE 676.335/MG**, de que foi Relatora, **reconheceu** a legitimidade constitucional da adoção, **pelo legislador comum**, da reserva de vagas, **assinalando que essa providência revela-se juridicamente válida no contexto de políticas governamentais de ações afirmativas**:

**“De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função:**

**a) garantir ‘a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual** com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988’, como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1º.2.2008);

**b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos** de acesso aos cargos públicos, permitindo, a um só tempo, que pessoas com necessidades especiais

participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e

**c) possibilitar à Administração Pública preencher os cargos** com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.” (grifei)

**A Lei** nº 12.990/2014, objeto deste processo, **ao assegurar**, em determinado percentual (20%), **aos negros, a reserva de vagas em concursos públicos, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de medidas compensatórias em favor** de tais pessoas, **orientando-se, no domínio das ações afirmativas, pelo que prescrevem tanto as declarações constitucionais de direitos (que realçam os postulados** da igualdade, da prevalência dos direitos fundamentais, da solidariedade e da dignidade humana) **quanto os tratados internacionais, como** a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

**Cabe destacar**, por oportuno, **no sentido** que venho de expor, **a lição** do eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA **a propósito** da matéria em exame (“**A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 151, jul/set 2001, p. 143):

**“Essa outra modalidade de ‘discriminação positiva’ tem recebido o beneplácito** do Poder Judiciário. **Com efeito, tanto** o Supremo Tribunal Federal **quanto** o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema (...).

(...)

**Como se vê, a destinação de um percentual de vagas** no serviço público aos deficientes físicos **não viola** o princípio da isonomia. **Em primeiro lugar,** porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras **traduz-se em uma situação de nítida desvantagem** em seu detrimento, **fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado** no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. **Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem** aos concursos públicos, **devendo necessariamente lograr** aprovação. **A reserva de vagas, portanto, representa uma dentre as diversas técnicas de implementação da igualdade material (...).**” (grifei)

**Não constitui demasia insistir** na afirmação de que o diploma legislativo ora em exame, **ao prescrever** normas destinadas **a assegurar às pessoas negras o direito de acesso** ao serviço público, **estabelece** regras **que visam a instituir mecanismos compensatórios que traduzem ações afirmativas** a serem implementadas pelo Poder Público **e que buscam**, na realidade, **“promover e proteger os direitos e**

**a dignidade das pessoas negras**”, **corrigindo** “as profundas desvantagens sociais” **que afetam** tais pessoas, **em ordem a tornar efetiva** “sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos”.

**Veja-se, portanto, que o tratamento diferenciado a ser conferido à pessoa negra, longe de vulnerar** o princípio da isonomia, **tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima** as instituições republicanas, **motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação** do texto normativo **que beneficia** as pessoas negras, **os vetores que buscam dar concreção ao postulado segundo o qual todos são iguais perante a lei.**

**Não se pode desconhecer**, neste ponto, **a essencialidade do postulado da isonomia, cuja observância – sabemos todos – vincula, incondicionalmente, todas** as manifestações do Poder Público, devendo ser considerado, **em sua precípua função de obstar** discriminações **e de extinguir** privilégios (**RDA** 55/114), **sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445 – RTJ 140/747-748, v.g.).** A igualdade **na lei** – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – **constitui exigência destinada ao legislador**, que, **no processo** de elaboração legislativa, **não poderá incluir** no projeto respectivo fatores de discriminação **responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.** A igualdade **perante a lei, contudo, pressupondo**

*lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais* que, **na aplicação concreta** da norma legal, **não poderão subordiná-la** a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório, **como** esta Suprema Corte **já teve o ensejo** de decidir (**MI 58/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

*Torna-se de fundamental importância reconhecer* **que o processo hermenêutico não pode comprometer** a força normativa da Carta Federal, **expondo**, perigosamente, **a autoridade suprema** da Constituição da República **a critérios de exegese que culminem por subtrair** *aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica* a sua máxima eficácia, **tornando-os**, em consequência, **fórmulas vazias**, *incompreensivelmente destituídas* de significação **e despojadas da abrangência** **que lhes quis** emprestar o próprio legislador constituinte.

**Daí a correta afirmação** de que, *no processo de indagação constitucional*, **impõe-se** ao intérprete, **mediante adequada pré-compreensão dos valores** que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, **conferir-lhes** sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado **tem o dever** de atuar **na defesa** de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana **e a**

permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** *quando as condutas desviantes* instaurarem tratamentos discriminatórios **fundados em inadmissíveis visões excludentes**.

**Aceitar** tese diversa **significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção** que o ordenamento jurídico **dispensa**, *no plano nacional e internacional*, aos grupos **que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**.

**Não custa lembrar** que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno **e** do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

**Em suma**: os magistrados **e** Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos**, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) **consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana**, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

**O Poder Judiciário**, *nesse processo hermenêutico* **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável

(que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **de modo a viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente os mais vulneráveis**, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs** (HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Outro aspecto que tenho por extremamente relevante **consiste** na afirmação, **constante** do douto voto **proferido** pelo eminente Ministro LUIZ FUX **no julgamento do RE 898.060/SC**, de que “**Tanto a dignidade humana** quanto o devido processo legal, **e assim também o direito à busca da felicidade**, encartam um mandamento comum: **o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos**, condutas e modos de vida, **sendo vedado** a quem quer que seja, **incluindo-se legisladores e governantes**, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte” (grifei).

**Não constitui demasia assinalar**, neste ponto, **que a busca da felicidade representa o fim natural da vida humana**. **O eudemonismo**, nesse contexto, **desempenha um papel de significativa importância, pois encerra** a noção, *já formulada no Século IV a.C.*,

por ARISTÓTELES (“*Ética a Nicômaco*”, 1.12.8), **para quem** “*A felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações*”.

**Tenho enfatizado**, bem por isso, *em anteriores decisões proferidas nesta Corte (RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)*, **assistir a todos, sem** qualquer exclusão, *o direito à busca da felicidade*, verdadeiro postulado constitucional implícito, **que se qualifica** como expressão *de uma ideia-força derivada do princípio que consagra a essencial dignidade da pessoa humana*.

**Assume** papel relevante, *nesse contexto*, **segundo penso, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz**, *de modo expressivo, um dos fundamentos* em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “**Dignidade da Pessoa**

**Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**", 2008, Renovar, v.g.).

Como **precedentemente** assinalado, o direito à busca da felicidade representa derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos postulados constitucionais implícitos **cujas raízes mergulham, historicamente, na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

**Essa Declaração, fortemente influenciada pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL ("**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina,

Civilização Brasileira, 2006) –  **mencionem** o fato de que "*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*" (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**", p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação do Iluminismo*, **qualificou o direito à busca da felicidade** como prerrogativa fundamental **inerente a todas as pessoas**:

**"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica."** (grifei)

**A força normativa** inerente aos princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional

**exprimem** aspectos *de alto relevo que delineiam* alguns dos elementos **integrantes** do marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao *neoconstitucionalismo*, **em ordem a permitir**, *numa perspectiva de implementação concretizadora*, **a plena realização**, *em sua dimensão global*, **do próprio** texto normativo da Constituição, **a partir** dos grandes postulados que nela estão contemplados.

Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, **que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se, em função de sua própria teleologia**, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cujas ocorrências** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos e franquias individuais.

**Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu** no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”).**

**Desnecessário referir** a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem**

**reconhecido** (e aplicado) esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações diversas **envolvendo, entre outros valores essenciais, a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

**Vale mencionar** o fato de que *a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão* de 1947 (Artigo 13), *da Constituição da República Francesa* de 1958 (**Preâmbulo** *em que se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual se contém o reconhecimento desse direito fundamental*) **e da Constituição do Reino do Butão** de 2008 (**Preâmbulo**).

**Parece-me irrecusável, desse modo, considerado** o objetivo fundamental da República de

“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **também autoriza**, *presente o contexto em exame*, **o acolhimento** das razões **que dão substância** ao notável voto do eminente Relator.

**Concluo o meu voto**, Senhora Presidente: **tenho para mim** *que se torna relevante observar*, para efeito de conferir **maior** eficácia e preponderância *à norma mais favorável* à pessoa negra, **os vetores que atribuem plena legitimidade** à legislação em causa (**Lei** nº 12.990/2014), **destacando-se**, *em tal contexto*, **como elementos fundamentais** viabilizadores do reconhecimento da diversidade humana, **os princípios referentes (1) à dignidade** das pessoas, **(2) à igualdade** entre elas, **(3) à sua autonomia individual**, **(4) à sua plena e efetiva** participação e inclusão na sociedade, **(5) ao respeito pela alteridade**, **(6) à igualdade** de oportunidades e **(7) à busca** da felicidade.

**Sendo assim**, e tendo em vista as razões expostas, **acompanho** o magnífico voto do eminente Relator **e**, em consequência, **julgo procedente a presente ação declaratória, para confirmar a inteira validade constitucional da Lei** nº 12.990, de 06/06/2014.

**Também acolho**, Senhora Presidente, **a proposta** de tese **formulada** pelo eminente Relator, **no**

**sentido de revelar-se constitucional “(...) a reserva de 20% das vagas oferecidas** nos concursos públicos **para provimento** de cargos efetivos e empregos públicos **no âmbito** da administração pública direta e indireta”, **mostrando-se igualmente legítima**, sempre sob perspectiva constitucional, “(...) **a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários** de heteroidentificação, **desde que respeitada** a dignidade da pessoa humana **e garantidos** o contraditório e a ampla defesa” (grifei).

**É o meu voto.**



## 2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 – DF

**Caso da união estável homoafetiva.** [ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, voto-vogal do Min. Celso de Mello, *DJE* de 14-10-2011.]

Inteiro teor do acórdão



## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Quero destacar, *antes de mais nada*, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator **da presente** causa, *bem assim* **registrar** a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juizes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, *seja* pelas partes, *seja* pelos terceiros que intervieram como “*amici curiae*”.

**Também** não posso deixar de aludir à *primosa peça processual*, **da lavra** da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, **agindo** na condição de Procuradora-Geral da República, *em exercício*, **propiciou** o exame, **por parte** deste Tribunal, de uma *relevantíssima* questão de índole constitucional.

**I. A intervenção do “*amicus curiae*”: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal**

**Com a efetiva atuação** das partes e, *ainda*, **com a intervenção de diversas** entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) e **permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários

à resolução da controvérsia, **viabilizando-se**, *com tal abertura procedimental*, **a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões **emanadas** desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, “**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “**Tribunal e Jurisdição Constitucional**”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “**Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?**”, 2010, Saraiva, *v.g.*), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, *em abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se** – *tal como salienta* o eminente Ministro GILMAR MENDES (“**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – **como** “*mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*”, *em ordem a pluralizar*, **em abordagem** que deriva da *abertura material* da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “**As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**”, “*in*” **RDA** 211/125-134, 133), **conferindo-se**, *desse modo*, **expressão real e** efetiva ao princípio democrático, **tudo** para que **não** se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato,

um **indesejável** *deficit* de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

**É, portanto, nesse papel** de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando, de um lado, a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais e relevantes ora em exame), **e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou*, **com especial destaque** para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, **passo a examinar**, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto*, para breve digressão histórica **em torno** do tema **subjacente** à presente causa.

## **II. A repressão ao “*pecado nefando*”: do “*Liber Terribilis*” das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar**

**Se** revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, **e analisarmos** as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como “*liber*

*terribilis*”, **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa)** com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

**É interessante observar que as Ordenações do Reino** – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também** qualificada como “*pecado nefando*” (**ou**, *na expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** “*cousa indigna de se exprimir com palavras: coisa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, **cominaram** sanções gravíssimas que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do “*supplicium extremum*” **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por “*desviantes*”, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, **em Dissertação** de Mestrado (“**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**”, Niterói, UFF, 2010):

*“As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrutamento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira*

para os transgressores, **equipararam o crime de sodomia** ao de lesa-majestade, **ou seja, quem cometesse um ato sodomítico** sofreria **as mesmas sanções de quem traísse** a pessoa do rei **ou** o seu real estado, **declarando** que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’.

**Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes** a ocupação de cargos públicos, **além de incitar** a delação, **prometendo** um terço da fazenda dos acusados **aos que apontassem culpados**, ‘em segredo **ou** em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

**Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino** previa que, **em caso** de delação, que culminasse na prisão do acusado, **lhe fosse** perdoada toda pena cível, ‘e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)’. **As disposições** ali registradas **valiam tanto** para os que pecaram **antes** de sua promulgação **quanto** para os que, porventura, cometessem o dito crime **dali** em diante.

**As regras valiam também para a sodomia feminina**, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

**As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas** de qualquer

qualidade, **incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia** de seus descendentes, **da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade**. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. **Em caso** de delatados despossuídos, **a Coroa pagaria cem cruzados** ao ‘descobridor’, **quantia** que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. **Da mesma forma** que as Manue-linas, **condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo** os que não colaborassem com a justiça **e reafirmavam** a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

(...)

**Esse código legislativo apresentou inovações** que merecem ser destacadas. **O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer**. A molície entre pessoas **do mesmo** sexo, que **não** constava nas duas primeiras ordenações, **passou a ser punida** gravemente com a pena do degredo para as galés ‘e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia **do peccado**’: (...)

**Duas testemunhas** de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. **Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia**.

**As ‘Ordenações Afonsinas’ observaram apenas os atos sodomíticos em si e as ‘Ordenações Manuelinas’ incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os ‘tocamentos desonestos’ não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.**

**Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).**

**Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as ‘Ordenações Manuelinas’ aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com ‘medo da dor’, ratificasse uma falsa confissão. (...).**

**As três ‘Ordenações’ não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas ‘Leis Extravagantes’ também**

**tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma ‘Lei Extravagante’, promulgada por D. Sebastião, ditava que ‘as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado’. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barão e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de ‘melhor qualidade’, seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, ‘perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios.’ (grifei)**

**A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT (“Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial”).**

**Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares**

que dispensaram esse *duríssimo* tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra “Confissões da Bahia”), **reprimiu-os e puniu-os**, severamente, em nosso País, **como se vê** dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, **como aqueles que se referem**, por exemplo, **à Primeira Visitação do Santo Ofício** (1591) e **que teve**, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (“A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil”):

**“As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.**

**A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava**

**ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis.” (grifei)**

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas **iniciadas**, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, **a Inquisição foi instituída**, em Portugal, **no reinado** de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, **que promulgou** a Bula “Cum ad nihil magis”, de 23/05/1536, **que restaurou** anterior documento pontifício, **com igual** denominação e finalidade, **editado**, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, “Religião e Ordem Social”, “in” Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, “Os Equilíbrios Sociais do Poder”, “in” História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), **refletiu**, naquele momento histórico, **a forte influência** resultante do Concílio de Trento (1545-1563), **cujas deliberações** – as denominadas **resoluções tridentinas** – **exacerbaram**, ainda mais, **a reação hostil** ao comportamento homossexual, **valendo lembrar**, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):

**“Marcado por ‘um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se’, o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como ‘tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio’.**

(...)

**Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo ‘Concílio de Trento’, não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos ‘desvios morais’, isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguiu a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.” (grifei)**

**Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel**

das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), **experimentando**, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, **como resulta claro** da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, **que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito** das organizações castrenses (CPM, art. 235), **o que tem levado alguns** autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, “Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM”, “in” “Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, “Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?”, v.g.) **a sustentar a inconstitucionalidade material** de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

**III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar**

**Os exemplos** de nosso passado colonial **e o registro** de práticas sociais **menos** antigas **revelam** o tratamento preconceituoso, excludente **e** discriminatório **que tem sido dispensado à vivência homoerótica** em nosso País.

**Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser privado de direitos

**nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual.

Isso significa *que também os homossexuais têm* o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunidade nacional.

**Incumbe**, por isso mesmo, **a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, *em assim agindo*, **o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica –, **estará viabilizando a plena realização dos valores** da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à **configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, **o julgamento** que hoje se realiza **certamente** marcará a vida deste País **e imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

**Busca-se**, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo a injustas divisões**, fundadas em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

**Esta decisão** – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, *até agora*, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

*Com este julgamento*, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos

minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina – apoiando-se** em valiosa hermenêutica construtiva **e invocando** princípios fundamentais (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e** da busca da felicidade) – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado de que se revestem *tanto o reconhecimento* do direito personalíssimo à orientação sexual *quanto a proclamação* da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, *em ordem a permitir* que se extraiam, *em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano* do Direito, *notadamente* no campo previdenciário, **e, também, na esfera** das relações sociais e familiares.

**Essa visão do tema**, que tem a virtude de superar, **neste início** da segunda década do terceiro milênio, **incompreensíveis** resistências sociais **e** institucionais **fundadas** em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, **vem sendo externada**, como anteriormente enfatizado, **por eminentes autores, cuja análise** de tão significativas questões **tem**

**colocado em evidência**, com absoluta correção, **a necessidade** de se atribuir *verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas* (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

**Cumpre rememorar**, neste ponto, tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na **ADI 3.300-MC/DF**, de que fui Relator, **a notável lição** ministrada pela eminente Desembargadora, **hoje** ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado

Editora), cuja reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

**“A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.**

**Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.**

**Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.**

**Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado –, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)” (grifei)**

**Vale destacar, ainda, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal**

Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados:

**“Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.”**

**(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil – grifei)**

**“(…) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam**

**encontrar--se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como passível de**

*ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, **deve a relação da Previdência** para com os casais **de mesmo** sexo dar-se **nos mesmos** moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”*

*(Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA – grifei)*

**IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar**

*De outro lado, Senhor Presidente, **convencem-me**, inteiramente, **as razões** excelentemente expostas pelo eminente Relator, **no ponto** em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal **impediria** o acolhimento do pedido.*

*Também **não vislumbro**, no texto normativo da Constituição, **no que concerne** ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, **a existência** de lacuna voluntária **ou** consciente (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação **evidenciaria** a*

existência de “**silêncio eloquente**”, *capaz de comprometer* a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se**, *constitucionalmente*, “*como entidade familiar*” (CF, art. 226, § 3º).

**Extremamente precisa**, quanto a esse aspecto, **a autorizada observação** de DANIEL SARMENTO (“Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais”, “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), **cuja lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica** do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia** o exato sentido da norma constitucional em referência:

*“Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável **entre** pessoas **do mesmo** sexo **é a redação** do art. 226, § 3º, da Constituição, **segundo o qual** ‘para o efeito de proteção do Estado, **é reconhecida** a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.’*

***Os adversários da medida** alegam que o preceito em questão **teria barrado a possibilidade** do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, **pelo menos** enquanto **não fosse** aprovada emenda **alterando** o texto constitucional. **Contudo**, o argumento, que se apegava **exclusivamente na literalidade** do texto, **não procede**.*

**Com efeito**, sabe-se que a Constituição, **em que pese** o seu caráter compromissório, **não é apenas** um amontado de normas isoladas. **Pelo contrário**, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, **em que cada um** dos elementos **deve ser compreendido** à luz dos demais. A **noção de sistema** traduz-se num importantíssimo **princípio** de hermenêutica constitucional, **que é o da unidade da Constituição**. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais **que desempenham** um valor mais destacado no sistema, **compondo** a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O **constituente já tratou de fazê-lo** no Título I da Carta, **que se intitula exatamente** ‘Dos Princípios Fundamentais’. **E é lá que vão ser recolhidas** as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: **princípios** da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, **dentre outros**.

**Estes vetores apontam firmemente no sentido** de que a exegese das normas setoriais da Constituição – **como o nosso § 3º do art. 226 –**, **deve buscar a inclusão e não a exclusão** dos estigmatizados; **a emancipação** dos grupos vulneráveis **e não a perenização** do preconceito e da desigualdade.

(...) **Da leitura do enunciado normativo**

reproduzido, **verifica-se** que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, **mas nada disse** sobre a união civil dos homossexuais.

**Esta ausência** de referência **não significa**, porém, **silêncio eloqüente** da Constituição. O **fato** de que o texto **omitiu** qualquer alusão à união entre pessoas **do mesmo** sexo **não implica**, necessariamente, que a Constituição **não assegure** o seu reconhecimento.

(...)

**Não bastasse**, o elemento teleológico da interpretação constitucional **também não é compatível** com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, **segundo a qual** do referido preceito **decorreria**, ‘a contrario sensu’, **o banimento constitucional** da união entre pessoas do mesmo sexo.

**Com efeito**, o referido preceito **foi inserido** no texto constitucional **no afã de proteger** os companheiros das uniões **não** matrimonializadas, **coroando um processo histórico** que teve início na jurisprudência cível, **e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito**. Por isso, **é um contra-senso interpretar** este dispositivo constitucional, **que se destina a ‘inclusão’**, como uma cláusula de exclusão social, **que tenha** como efeito discriminar os homossexuais.” (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, **expondo** esse mesmo

entendimento **e ao também afastar** a objeção **fundada na estrita literalidade** do texto normativo inscrito **no § 3º** do art. 226 da Constituição (**que se refere** à união estável “entre o homem e a mulher”), **expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam** que essa alusão **à diversidade de gênero “não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações homoafetivas”, pois** – segundo assinala esse ilustre jurista –, “**Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento**” (grifei).

**E aduz, ainda, em seu douto magistério:**

**“Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão ‘união estável entre o homem e a mulher’ importa, ‘a contrario sensu’, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher,**

**e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.”** (grifei)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, **entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.**

**V. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**

**Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos**

*da maioria* **ou**, ainda, **contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

**Em um dos memoriais** apresentados a esta Suprema Corte (**e**, aqui, **refiro-me**, de modo particular, **àquele produzido** pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** “parcela minoritária (...) da população”, **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

**Esse aspecto** da questão *talvez explique* a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

**O Poder Legislativo**, certamente influenciado por valores **e** sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois**, *ninguém o ignora*, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

**É evidente** que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

**É por isso** que tenho *por inteiramente procedentes* as observações que fez, **em precisa abordagem** do tema, **o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual**:

**“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.**

**Portanto**, da mesma forma **que se veda à maioria** que faça determinadas escolhas - **suprimindo** direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - **é igualmente vedado** a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

**Ao não estabelecer** regras jurídicas **que regulem** a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, **o Poder Legislativo** - representando a maioria da população brasileira - **exclui, marginaliza e diminui** o papel social dos indivíduos **que mantêm** relações homoafetivas. **Retira-lhes** a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

**Para salvaguardar** os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.

**Com efeito, não pode o Estado democrático** de direito **conviver** com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional** punir, perseguir **ou** impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos

do direito à segurança em suas relações afetivas.

**São irrelevantes**, do ponto de vista jurídico, **as opiniões morais ou religiosas** que condenam as relações homossexuais. **Ainda** que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), **nem a maioria**, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, **está acima** da Constituição.

**Nesse passo**, o Poder Judiciário **assume sua mais importante função**: a de atuar **como poder contramajoritário**; de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas **ou** indignas das majorias. **Ao assegurar** à parcela **minoritária** da população o direito **de não se submeter** à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes **e** na função como garante dos direitos fundamentais.” (grifei)

**Cabe enfatizar**, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, **quando assim proferidos, objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e** valores **que identificam** os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de

intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

*Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor*, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaia-ram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

**Lapidar**, sob a perspectiva de *uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir** todos os direitos **das minorias e impedir toda prepotência**, todo arbítrio, toda opressão **contra elas. Mais que isso** – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, **deve atribuir** um relevante papel institucional **às correntes minoritárias** mais expressivas.

(...)

**Na democracia**, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante**, decisiva mesmo: **a de oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

**O principal papel da oposição** é o de formular propostas alternativas às idéias e ações **do governo da maioria** que o sustenta. **Correlatamente**, critica, **fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**, à opinião pública, como alternativa. **Se a maioria governa**, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.

(...)

**Daí a necessidade** de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência **da minoria**, para que se tenha verdadeira república.

(...)

**Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.**

(...)

**É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.**

(...)

**Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...).** (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (“**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**”, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária – **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apóia-se** na existência **de uma imprescindível harmonia entre** a “Majority rule” e os “Minority rights”:

“A **verdadeira** idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e **dominação da maioria, com a corretiva proteção às minorias políticas**, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. O **princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O **princípio democrático não é**, pois, **a tirania do número, nem a ditadura** da opinião pública, **nem tampouco a opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: ‘Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro’. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas ‘Considerations on Representative Government’, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (**‘of true and false Democracy’**): ‘A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar

*e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre** maioria e minoria.” (grifei)*

**O Estado de Direito**, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

**A opção** do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter conseqüências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

*Desse modo, e para que* o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *mera-*mente conceitual **ou** simplesmente formal, **torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.

**Isso significa**, portanto, *numa perspectiva*

*pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes* da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades **e** garantias fundamentais *em favor das minorias*, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

**Daí a inteira procedência** da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na petição inicial** que subscreveu **na condição** de Procuradora-Geral da República:

*“Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a **efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas**, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a **proteção dos direitos das minorias diante** do arbítrio ou do descaso das maiorias.*

**13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidas oficialmente as uniões afetivas, com todas as conseqüências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.**

(...)

**88. É exatamente essa liberdade** que se denega ao homossexual, **quando não se permite** que ele forme a sua família, **sob o amparo** da lei, com pessoas do sexo **para o qual** se orienta a sua afetividade. **Ao não conhecer** a união entre pessoas **do mesmo** sexo, o Estado **compromete** a capacidade do homossexual **de viver a plenitude** da sua orientação sexual, **enclausurando** as suas relações afetivas no ‘armário’. **Esta negativa**, como salientou Luis Roberto Barroso, **embaraça** ‘o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, **depreciando** a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

**89. É certo** que as liberdades individuais, **mesmo** as de natureza existencial, **não são** de natureza absoluta. **Como os demais** direitos fundamentais, **elas podem ser restringidas**, de forma proporcional e razoável, **em face** de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

**90. Contudo**, como foi ressaltado em item precedente, **não há qualquer interesse legítimo** que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. **O reconhecimento** em questão **não afeta** qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. **A sua recusa consubstancia** medida autoritária, **que busca impor** uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, **vitimizando** os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. **Daí a grave ofensa** ao princípio constitucional de proteção da liberdade.” (grifei)

**VI. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**

**Enfatizo**, na linha do que acentuei em passagem anterior deste voto, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** suporte legitimador em princípios fundamentais, **como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade **e da busca da felicidade**.

**Assume** papel relevante, nesse contexto, **o postulado** da dignidade da pessoa humana, **que representa** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma e

inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**”, 2008, Renovar, v.g.).

**Reconheço que o direito à busca da felicidade** – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado por correntes majoritárias, omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, *a grupos minoritários*, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana,

**qualificando-se** como **um dos mais** significativos postulados constitucionais implícitos **cujas raízes** mergulham, *historicamente, na própria* Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas idéias iluministas, **precedidas, no ponto, pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (“**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**”, p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) –  **mencionem** o fato de que “Jefferson estava em condições de *aproveitar* o trabalho de muitos outros, *inclusive* o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia” (grifei).

*Não é por outra razão* que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**”, p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América** como típica manifestação do Iluminismo, **qualificou** o direito à busca da feli-

cidade como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

*“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, **que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar.** O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei)*

**A força normativa** de que se acham impregnados os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos **de alto relevo que delineiam** alguns dos elementos **que compõem** o marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao neoconstitucionalismo, **em ordem a permitir**, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, **do próprio** texto normativo da Constituição.

**Nesse contexto**, o **postulado constitucional da busca da felicidade**, **que decorre**, por implicitude, **do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de

práticas **ou** de omissões lesivas **cujas ocorrências** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos **e** franquias individuais.

**Registre-se**, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/PE**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um *“importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”*, **como anota o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (**“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”**).

**Desnecessário referir** a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de*

*ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.*

**Vale mencionar** o fato de que *a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).*

**Parece-me irrecusável**, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força** que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos** que impedem **a pretendida qualificação** da união civil homossexual como entidade familiar.

**VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família**

**Isso significa** que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar, desde** que presentes, *quanto a ela, os mesmos*

requisitos **inerentes à união estável constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as *conjugualidades homoafetivas, por repousarem* a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor **e** de projetos de vida em comum, **hão de merecer** o *integral amparo* do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

**Incensurável**, quanto a tal aspecto, **a observação** feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 20):

*“Desta forma, conclui-se **que não existem razões** de peso suficiente **que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais**, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.*

69. **Pelo contrário, se a nota essencial** das entidades familiares **no novo paradigma introduzido** pela Constituição de 88 **é a valorização do afeto, não há razão alguma** para exclusão das parcerias homossexuais, **que podem caracterizar-se** pela **mesma** comunhão **e** profundidade de sentimentos **presentes** nas relações estáveis **entre** pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica.” (grifei)

Com efeito, **torna-se indiscutível** reconhecer **que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após** o advento da Constituição Federal de 1988,

**para fins** de estabelecimento de direitos/deveres **decorrentes** do vínculo familiar, **consolidou-se** na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS (“**A Homoafetividade Como Direito**”, “in” “**Novos Direitos**”, coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), **de cuja lição extraio** o seguinte fragmento:

*“O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte **espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.***

*A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, **independentemente** da celebração do casamento, **vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.**” (grifei)*

**Cabe referir, por necessário, que esse entendimento – no sentido de que o afeto representa** um dos

fundamentos **mais significativos** da família moderna, **qualificando-se**, para além de sua dimensão ética, **como valor** jurídico **impregnado** de *perfil constitucional* – **tem o beneplácito** de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “**Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**”, p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “**Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**”, p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas – MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, “**Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**”, p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), **valendo destacar**, em razão de sua extrema pertinência, **a ênfase** que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“**Manual da Homoafetividade**”, p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) **atribui** ao afeto, *nele divisando verdadeiro* “princípio jurídico-constitucional”:

*“(…) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.*

Nesse sentido, **o reconhecimento** do ‘status’ jurídico-familiar da união estável, por si, **alçou o**

**afeto à condição** de princípio jurídico implícito, **na medida em que é ele, afeto** (amor romântico, no caso), **o motivo que faz com que duas pessoas** decidam manter uma união estável. **O elemento formador** da família contemporânea **é o ‘amor familiar’, mas é o amor romântico** que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.

(...)

(...) **Com efeito, a partir do momento** em que a Constituição Federal **reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa** à condição de princípio constitucional implícito, **que pode ser extraído** em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, **que permite** o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

**Essa evolução social** quanto à compreensão da família **elevou o afeto** à condição de princípio jurídico **oriundo** da dignidade da pessoa humana **no que tange** às relações familiares, **visto que estas**, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (**inerentes** à dignidade humana), **precisam ser pautadas pelo afeto** e não por meras formalidades **como** a do casamento civil. **Assim, ‘o princípio do afeto é** um princípio constitucional implícito, **decorrente** da

dignidade da pessoa humana e, ainda, **da própria união estável’, que tem, nele, o principal elemento** para reconhecimento do ‘status’ jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.” (grifei)

**Também** o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (op. cit., p. 643) **revela igual percepção** em torno dessa particular questão, **reconhecendo, no afeto, enquanto** valor jurídico-constitucional, **um elemento fundamental** (e preponderante) **na esfera** das relações do direito de família, **inclusive** no âmbito das uniões **entre** pessoas **do mesmo** sexo:

“**Enfim, se a nota essencial** das entidades familiares **no novo** paradigma introduzido pela Constituição de 88 **é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão** das parcerias homossexuais, **que podem caracterizar-se** pela **mesma** comunhão e profundidade de sentimentos **presentes** no casamento **ou** na união estável entre pessoas de sexos opostos, **não existindo**, portanto, **qualquer justificativa legítima para a discriminação** praticada contra os homossexuais.” (grifei)

**VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero**

**Torna-se importante assinalar**, por relevante, que a postulação ora em exame **ajusta-se** aos

Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações **dirigidas** aos Estados nacionais, **fruto de conferência** realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, **sob a coordenação** da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa **Carta de Princípios** sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar**, em seu texto, **o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:**

#### **“DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA**

**Toda pessoa tem o direito** de constituir uma família, **independente** de sua orientação sexual **ou** identidade de gênero. **As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família** pode ser sujeita à discriminação **com base** na orientação sexual **ou** identidade de gênero **de qualquer** de seus membros.

#### **Os Estados deverão:**

**a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar** o direito de constituir família, **inclusive** pelo acesso à adoção **ou** procriação assistida (**incluindo** inseminação de doador), **sem discriminação** por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

**b) Assegurar** que leis e políticas **reconheçam a diversidade de formas de**

**família, incluindo** aquelas não definidas por descendência ou casamento **e tomar** todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias **para garantir que nenhuma família** possa ser sujeita à discriminação **com base** na orientação sexual **ou** identidade de gênero **de qualquer** de seus membros, **inclusive** no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

(...)

**f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar** que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício **disponível** para parceiros não-casados de sexo diferente **esteja igualmente disponível** para parceiros não-casados **do mesmo** sexo; (...).” (grifei)

#### **IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República**

**Nem se alegue**, finalmente, no caso ora em exame, **a ocorrência de eventual ativismo judicial** exercido pelo Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da

República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada, *como na espécie, por pura e simples omissão* dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais e **ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional e **demonstrar**, com esse gesto, **o respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

*Práticas de ativismo judicial*, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

**A omissão** do Estado – **que deixa de cumprir**, em maior **ou** em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos

postulados e princípios da Lei Fundamental, **tal como tem advertido** o Supremo Tribunal Federal:

**“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um **‘facere’** (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exeqüíveis, **abstando-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse **‘non facere’** ou **‘non praestare’**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...)”

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A percepção da gravidade e das conseqüências levissimas derivadas do gesto infiel do Poder Público, que transgredir, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) e **reafirmada** por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, “**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, “**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, “**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), **em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo**.

**O desprestígio da Constituição** – por inércia de órgãos meramente constituídos – **representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional**, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado, que **não** tolera, *porque inadmissível*, o desrespeito, *pela maioria*, dos direitos e interesses **de grupos minoritários**.

**Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que**

**dispõe** o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, que converteu os juizes e os Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social e na arena política, **considerado o relevantíssimo papel** que se lhes cometeu, *notadamente* a esta Suprema Corte, **em tema** de jurisdição constitucional.

**Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional** da decisão que o Supremo Tribunal Federal *está a proferir* neste julgamento, **que representa verdadeiro marco histórico** no processo de afirmação e de consolidação dos direitos *da minoria homossexual* em nosso País.

*Torna-se de vital importância reconhecer*, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal – 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, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a conseqüente proteção *dos direitos das minorias*), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas e **a legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

**Concluo** o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, julgo procedente** a presente ação constitucional, **para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem **e** mulher, **além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante**, que os **mesmos** direitos **e** deveres dos companheiros nas uniões estáveis **estendem-se** aos companheiros na união entre pessoas **do mesmo** sexo.

**É o meu voto.**



### 3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.439 — DF

**Escola Pública – Ensino religioso – Aulas de carácter confessional – Vedação – Primado da laicidade do Estado – A questão da liberdade religiosa.** [ADI 4.439/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, voto-vogal do Min. Celso de Mello, *DJE* de 21-6-2018.]

Inteiro teor do acórdão



## VOTO

### O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Possibilidade de controle normativo abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de tratados, convenções ou atos de direito internacional público, como o Acordo bilateral Brasil/Santa Sé

**Preliminarmente, rejeito** a alegada inadmissibilidade de controle de constitucionalidade de atos de direito internacional público celebrados pelo nosso País, como o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, que instituiu, entre nós, o Estatuto Jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana.

**Impõe-se reconhecer**, desde logo, que esse Acordo bilateral **qualifica-se** como ato internacional **de conteúdo essencialmente normativo**, veiculador de regras gerais, abstratas e impessoais, **destinadas** à observância dos Estados-Partes.

**Sustenta-se**, ainda, **em preliminar**, que o Supremo Tribunal Federal **não dispõe** de competência para apreciar a constitucionalidade de referido Acordo, **eis que**, tratando-se de ato internacional de caráter bilateral, esse controle abstrato **transcenderia** a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro, **afetando**, em consequência, as relações normativas **já estabelecidas, entre o Brasil e a Santa Sé, no plano internacional.**

**Registre-se**, por necessário, **que o Acordo** em questão **já se acha formalmente incorporado** ao

plano do direito positivo interno do Brasil, **pois foi aprovado** pelo Congresso Nacional (**Decreto Legislativo** nº 698/2009) **e promulgado** pelo Presidente da República (**Decreto** nº 7.107/2010).

As cláusulas convencionais, **inscritas** em mencionado Acordo, *agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro*, **expõem-se**, em consequência, **ao pleno** controle jurisdicional de constitucionalidade.

**Na realidade**, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (“*rectius*”: dos atos estatais domésticos **que incorporaram** as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) **qualifica-se**, *na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil*, **como consequência necessária** que deriva **da irrecusável** supremacia da Constituição da República **sobre todos** os tratados internacionais **celebrados** pelo Estado brasileiro.

**Sabemos** que o exercício do “*treaty-making power*”, *pelo Estado brasileiro* – **não obstante o polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados –, **está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.**

A Constituição **qualifica-se** *como o estatuto fundamental da República*. **Nessa condição**, todas as leis domésticas **e** tratados **celebrados** pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade hierárquico-normativa desse instrumento básico que é a nossa Carta Política. *Portanto*, **nenhum** valor jurídico terá o ato de direito internacional público que,

**incorporado** ao nosso sistema normativo interno, **transgredir**, *formal ou materialmente*, o texto da Constituição da República, **considerada** a posição de eminência da Lei Fundamental, **como já decidiu esta Corte** (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) e **entende o magistério da doutrina** (MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional”, vol. I/77, 1988, Lisboa; MARCELO NEVES, “Teoria da Inconstitucionalidade das Leis”, p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 54/58, item n. 15, 15ª ed., 1998, Malheiros; OSWALDO LUIZ PALÚ, “Controle de Constitucionalidade”, p. 75/76, 1999, RT; ALFREDO BUZAID, “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; RUY BARBOSA, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. IV/135 e 159, **coligidos** por Homero Pires, 1933, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; ELIVAL DA SILVA RAMOS, “A Inconstitucionalidade das Leis”, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “A Teoria das Constituições Rígidas”, p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky, *v.g.*).

É que o sistema jurídico brasileiro **não confere** qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento

constitucional. É **essencial reconhecer**, *portanto*, **que a inconstitucionalidade** de tratados, convenções ou atos de direito internacional público **impedirá** a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, **ao contrário** do que prevalece, *p. ex.*, no sistema normativo **vigente** em Portugal, cuja Constituição (1976) – **com as alterações introduzidas** pela Segunda Revisão Constitucional (1989) – **excepcionalmente admite** a incidência de normas **formalmente** inconstitucionais **constantes** de tratados internacionais (**art. 277, n. 2**): “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, **desde que** tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”.

*Desse modo*, a **relação de eventual antinomia** entre o tratado internacional e a Constituição da República **impõe que se atribua**, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, **irrestrita precedência hierárquica** à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional. **Daí a procedente advertência** de JOSÉ FRANCISCO REZEK (“Direito dos Tratados”, p. 462/463, item n. 388, 1984, Forense):

“Assim, **posto o primado da constituição em confronto com a norma ‘pacta sunt servanda’**, **é corrente que se preserve a autoridade da lei**

***fundamental do Estado**, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.*

*Embora sem emprego de linguagem direta, **a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade**, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.*

*Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.*  
(...)

***Abstraída a constituição do Estado**, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.”*  
(grifei)

***Foi por essa razão – e tendo presente o absoluto primado da Constituição da República sobre os atos de direito internacional público – que o Pleno do***

Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sede de controle normativo abstrato (**Rp 803/DF**), **declarou a inconstitucionalidade parcial** da Convenção nº 110 da Organização Internacional do Trabalho (**RTJ 84/724**, Rel. Min. DJACI FALCÃO).

**O eminente Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entendeu conveniente enfatizar, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República (Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/5/92, p. 9241):**

*“(...) **Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição.**”* (grifei)

**O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem necessariamente conformar-se ao domínio normativo da Constituição da República,**

*sob pena de invalidade e de ineficácia* das cláusulas convencionais.

**Não há dúvida, portanto, de que se revela possível impugnar** “*in abstracto*”, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **a legitimidade constitucional** de atos normativos de direito internacional público, **desde que** – *reitere-se* – **já incorporados** ao plano do direito positivo interno brasileiro.

**O magistério doutrinário, por sua vez, reconhece a possibilidade jurídica de os atos domésticos** – *que aprovaram* (decreto legislativo) **e que promulgaram** (decreto presidencial) os tratados e convenções internacionais, *incorporando-os formalmente ao plano do direito positivo interno – qualificarem-se como atos passíveis de controle abstrato de constitucionalidade* (GILMAR FERREIRA MENDES, “**Jurisdição Constitucional**”, p. 155 e 168, 1996, Saraiva; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 142, 1995, RT; ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, “**O Poder de Celebrar Tratados**”, p. 277, 1995, Fabris Editor, Porto Alegre; JOSÉ FRANCISCO REZEK, “**Direito Internacional Público**”, p. 104, item n. 49, 5ª ed., 1995, Saraiva, *v.g.*).

**Mais do que isso**, o próprio Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** essa questão **sob a égide** da Carta Política de 1969, **expressamente admitiu** a sua competência para, *em sede de fiscalização concentrada*, efetuar a verificação em abstrato da

constitucionalidade de atos internacionais, **enfatizando** que as regras acolhidas em tratado **ou** em convenção, “**não obstante** oriundas de instrumento internacional (...), **não guardam validade** na órbita interna, **se afrontam** preceito da Lei Magna” (RTJ 84/724, 727, Rel. Min. DJACI FALCÃO – grifei).

Esta Suprema Corte, **ao reconhecer** a competência do Poder Judiciário **para efetuar** o controle de constitucionalidade dos atos internacionais, **limitou-se, na realidade, a proclamar a inquestionável supremacia jurídica** da ordem constitucional **sobre as prescrições** emergentes de qualquer tratado internacional, **pois, consoante adverte** PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**”, tomo IV/146, item 35, 2ª ed., 1974, RT), “**Também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional**” (grifei).

*Na verdade, essa compreensão* do tema, **que confere absoluta precedência à Constituição da República sobre os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, tem sido reiterada em outros julgamentos** do Supremo Tribunal Federal, *de que constituem exemplos expressivos as decisões proferidas no RE 109.173/SP*, de que foi Relator o eminente Ministro CARLOS MADEIRA (RTJ 121/270-276) **e na ADI 1.480/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

*Assim sendo, rejeito* a preliminar suscitada **e reconhecimento**, em consequência, **a possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal **efetuar o controle abstrato de constitucionalidade do Acordo Brasil/**

**Santa Sé, porque** – não obstante o caráter bilateral desse ato normativo internacional – **está ele sujeito**, uma vez incorporado definitivamente ao direito positivo interno do Brasil, **à eficácia subordinante** das cláusulas **inscritas** na Constituição da República.

## 2. A pretensão de inconstitucionalidade

O Acordo Brasil/Santa Sé, **que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil**, sofreu impugnação, **em sede de controle normativo abstrato, por iniciativa** da Senhora Procuradora-Geral da República em exercício.

**Com efeito**, a douta Procuradoria-Geral da República **ajuizou** a presente ação direta **para que** esta Corte Suprema “**(i) realize interpretação conforme a Constituição** do art. 33, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da Lei no 9.394/96, **para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional**, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas; **(ii) profira decisão de interpretação conforme a Constituição** do art. 11, § 1º, do ‘Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil’, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.107/2010, **para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional; ou (iii) caso se tenha por incabível o pedido formulado no item imediatamente acima, seja declarada a inconstitucionalidade** do

trecho ‘católico e de outras confissões religiosas’, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé acima referido” (grifei).

**É interessante observar**, neste ponto, *para efeito de mero registro histórico*, que o Estado brasileiro **celebrou, até hoje, 03 (três) Acordos diplomáticos** com a Santa Sé: **o primeiro** deles, **formalizado** em 28/10/1862, **durante** o Segundo Reinado **e sendo** Romano Pontífice o Papa Pio IX, **referente** à Troca de Notas Reversais entre o Governo Imperial do Brasil **e** o Governo Pontifício **a respeito** do envio, organização **e** direção das missões apostólicas **junto** às “Tribos indígenas do Império do Brasil”; **o segundo**, concluído em 23/10/1989, **no Pontificado** de João Paulo II, denominado “Acordo bilateral” sobre assistência religiosa às Forças Armadas brasileiras; **e, finalmente, o terceiro** pactuado **no Pontificado** de Bento XVI, **intitulado** “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil”, **que foi objeto de aprovação congressional (Decreto Legislativo nº 698/2009), de ratificação presidencial e**, posteriormente, **de promulgação mediante** edição do Decreto nº 7.107/2010.

*Sendo esse o contexto*, **entendo necessário estabelecer algumas premissas que tenho por indispensáveis** à formulação de meu voto **na presente** causa.

**3. A questão da liberdade humana e a intolerância**, notadamente em matéria religiosa

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou**, *até mesmo*, com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, *fundamentalmente*, **no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar**, *no contexto de uma dada formação social*, **uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações estatais **que lhes restrinjam** os direitos por motivo de crença religiosa **ou** de convicção política ou filosófica.

**Vê-se**, *portanto*, **que a intolerância**, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, **transgride**, *de modo frontal*, **valores básicos**, como a dignidade da pessoa humana **e** o pluralismo político (**CF**, art. 1º, III e V), **que compõem**, *enquanto fundamentos estruturantes que são*, **a própria** noção de Estado Democrático de Direito.

**O que se mostra irrecusável**, *presente essa configuração da ordem democrática*, **consiste** no fato de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** o veto absoluto **a qualquer** discriminação **atentatória** aos direitos e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

**Nesse contexto**, Senhora Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas **em favor** do indivíduo, **a liberdade** de manifestação

de pensamento, **que se qualifica** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente **estruturada** em bases democráticas e **regida**, *por isso mesmo*, **pelo princípio fundamental** do pluralismo político.

**Tenho sempre enfatizado**, *nesta Corte*, que **nada** se revela *mais* nocivo **e mais** perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir ou de cercear a liberdade de expressão, **inclusive em matéria confessional**, *mesmo* que se objetive, **com apoio** nesse direito fundamental, **notadamente** no campo da liberdade religiosa, **expor** ideias, **oferecer** propostas doutrinárias **ou apresentar** formulações teológicas **que a maioria** da coletividade repudie, **pois**, *nesse tema*, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, *permanentemente* livre, *essencialmente* livre.

**Inquestionável**, *desse modo*, que a liberdade religiosa **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, *em sede confessional*, **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

**Nenhuma** autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica *ou confessional*, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque

“o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “**o mais precioso privilégio dos cidadãos...**” (“**Crença na Constituição**”, p. 63, 1970, Forense).

**Resulta claro**, pois, que o tratamento constitucional **dispensado**, *entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa*, **à liberdade religiosa deslegitima** qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra** o pluralismo de ideias.

**Importante lembrar**, neste ponto, **a afirmação** de NORBERTO BOBBIO (“**Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais**”, p. 149/155, 2000, UNESP) **quando** esse notável pensador italiano **registra** que “A ideia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas” **e que deu suporte**, a partir do reconhecimento da liberdade religiosa, **à formação dos Estados não confessionais**, **dando origem**, como natural consequência desse processo, **ao surgimento do espírito laico**, “como aquele modo de pensar que confia o destino do ‘regnum hominis’ mais à razão crítica que aos impulsos da fé”, **assim forjando**, com apoio no princípio da tolerância, “o respeito pela consciência alheia”, **na medida em que** o princípio da liberdade de religião **significa** o direito **não só** “daqueles que professam uma religião, mas também daqueles não professam nenhuma”.

**Sabemos** que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger *qualquer pessoa* cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevaletentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida *sobre ela*, por conta **e** efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias*, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, *pois todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias*, **ainda que estas** possam insurgir-se **ou** revelar-se *em desconformidade frontal* **com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**As ideias**, ninguém o desconhece, **podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas *até então* estabelecidos nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento, **inclusive** o pensamento religioso, **não seja reprimido e**, o que se mostra fundamental, **para que** as ideias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso** **fundado** em convicções antagônicas, **a**

**concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância.**

**Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, a proclamação** aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (**“Declaração de Princípios sobre a Tolerância”**), **que a define como** “a harmonia na diferença” **e como** “o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito”, **ao mesmo tempo em que adverte** que “praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções”, **traduzindo, ao contrário, um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito** pela diversidade das pessoas **e** pela multiculturalidade dos povos, **assim evitando** que irrompam, *no seio das formações sociais*, a exclusão, a marginalização, a violência **e** a discriminação **contra os grupos vulneráveis.**

**Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente** no plano das formulações de índole confessional, eis que tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer*, **com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético**, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*,

o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

**Em uma palavra: o direito de dissentir, que constitui** irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

**É por tal razão que a incitação** ao ódio público *contra qualquer* pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão.**

**Cabe lembrar, neste ponto, a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo 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 constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

**Bastante expressiva, também, a esse respeito, foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator**, que restou consubstanciado, no ponto ora em exame, **em acórdão assim ementado:**

“(...) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS**

CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA **FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS** – **O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS** – (...) – **DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO** ENTRE INTERLOCUTORES **E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS** – **O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL** – **CARÁTER NÃO ABSOLUTO** DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (**CF**, art. 5º, **incisos IV, V e X**; **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, Art. 13, § 5º) – **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS** – **O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO,**

QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, **NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL** – **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** – **INADMISSIBILIDADE DA ‘PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO’** – **NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE ‘LIVRE MERCADO DE IDEIAS’** – **O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO ‘FREE MARKETPLACE OF IDEAS’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO)** – **A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES** – **A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE**

**ANIMA** AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).”  
(**ADPF 187/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO,  
**Pleno**)

**Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso, ainda que se revele no plano sensível e delicado** das convicções de caráter religioso – **desde que não** resvale, abusivamente, **quanto** ao seu exercício, **para o campo do direito penal, vindo a concretizar**, em virtude de conduta desviante, **qualquer** dos delitos contra a honra (calúnia, difamação **ou** injúria) –, **encontra** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que, **de sua prática, possam resultar** posições, opiniões **ou** ideias **que não reflitam** o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social **ou** que, **até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária** de pensamento em determinada coletividade.

**Memoráveis**, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), **proferidas, em 1929**, em notável e histórico voto vencido (hoje qualificado como uma “powerful dissenting opinion”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais HOLMES deixou positivado** um “dictum” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo, a seguir, em livre tradução:**

“(...) **but** IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us **BUT** freedom for the thought that we hate.” (“**mas**, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, **é o princípio** que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade do pensamento apenas em favor** daqueles **que concordam** conosco, **mas**, sim, **a liberdade do pensamento** que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

**Trata-se** de fragmento histórico **e** retoricamente poderoso **que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional** à liberdade de manifestação do pensamento: **GARANTIR não apenas o direito daqueles que pensam como nós, MAS, igualmente, PROTEGER o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!**

**O pluralismo político** (que **legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância**) **exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

**É importante assinalar, nesse ponto, as reflexões** que BARUCH DE ESPINOSA **expôs** em seu

“**Tratado Teológico-Político**” (2ª ed., 2008, Martins Fontes), “*um livro forjado no inferno*”, **segundo** um de seus críticos, **que constitui**, *no entanto*, **a despeito** das inúmeras objeções contra ele feitas, **um dos textos filosóficos** mais relevantes e influentes na história do pensamento ocidental, **a ponto** de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, **impondo-lhe o** “*herem*”.

**Com efeito**, ESPINOSA, cuja vida foi **inteiramente** dedicada, *no plano filosófico*, **ao exame** da questão fundamental da liberdade humana, **jamais se despojou** de seu espírito crítico, **havendo sido punido**, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, *como salientado*, **com a sanção do** “*herem*”, **vale dizer**, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade **por razões** que claramente se apoiavam *em lamentável juízo de intolerância*, **que considerou heréticos**, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, **que assinalava**, *em suas reflexões teóricas*, que a narrativa contida na Bíblia **deveria expor-se**, *como qualquer outro livro*, à crítica histórica, pelo fato, *segundo ele*, de a Bíblia constituir “*uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (...)*”.

**E tudo isso** porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico **exaltava** a liberdade individual, **especialmente** em matéria religiosa, **procedeu**, *nessa única obra publicada em vida*, **à defesa incondicional** da liberdade de expressão, **o que levou estudiosos** de suas ideias a reconhecer, em seu “*Tratado*

*Teológico-Político*”, **que esse livro consubstanciava**, verdadeiramente, “*um elogio da tolerância e uma apologia da democracia*”.

Na **visão filosófica** de ESPINOSA, **tornava-se claro** que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias **que não deveriam confundir-se**, pois tinha ele, *por incontestável*, **que nem a teologia** deveria subordinar-se à razão de Estado **nem esta** ao pensamento teológico, **mesmo porque** as convicções no domínio religioso **pertencem, exclusivamente, ao plano** da razão individual **e** ao foro íntimo *de cada ser humano*, **que é**, *no âmbito da religião*, **a suprema autoridade**.

**A necessária** delimitação **entre a esfera religiosa**, *que concerne ao espírito*, **e o domínio secular**, *que é regido pelo Estado*, **constitui** fator, *por excelência*, da liberdade humana, **pois** – adverte ESPINOSA nessa obra escrita **em pleno** século XVII –, “*o verdadeiro fim do Estado é (...) a liberdade*” (“*op. cit.*”, cap. XX, p. 302).

**Inquestionável**, *desse modo*, **que o Estado** – **quando busca impor** o predomínio de uma dada religião **ou quando pretende restringir** os direitos de quem professa (**ou deixa** de professar) determinada fé religiosa, **instituindo** medidas de repressão **ou** de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas **inerentes** à liberdade religiosa – **revela**, *em toda a sua onipotência*, **a face intolerante** que as modernas Constituições de Estados democráticos **repudiam**, *certamente atentas* a uma advertência

**que, atravessando** os séculos **e apoiada** no pensamento filosófico de ESPINOSA – **que põe ênfase** na questão da liberdade humana **e que exalta** a virtude da tolerância –, **reconhece** os perigos **resultantes** do extravazamento, *pela teologia*, dos limites que a circunscrevem, **projetando-a sobre domínios a ela estranhos, com o propósito de controle** das instituições seculares **e, por consequência, de subjugação** do espírito que anima **e alimenta** o direito inalienável de ser *essencialmente* livre.

4. ***A questão da confessionalidade do Estado monárquico brasileiro e o postulado republicano da laicidade estatal no Brasil como pressuposto necessário ao pleno exercício da liberdade religiosa***

**Sabemos todos**, Senhora Presidente, **que o advento** da proclamação da República **importou em ruptura** de antiga tradição que, **oriunda** de nosso passado colonial, **prevaleceu** no Brasil **desde** o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 **e que consagrava, entre nós, o catolicismo como religião oficial do Estado.**

Essa situação **prolongou-se** durante o período colonial, **como se vê** da legislação reinol **e, sobretudo**, das Ordenações do Reino (*Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*), **subsistindo na fase** da dominação espanhola (1580/1640) **e projetando-se** até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

**Com a independência nacional**, o Brasil **manteve** a sua condição de *Estado confessional*, **pois a**

Carta Política de 25/03/1824 **proclamava**, em seu art. 5º, que “***A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo***”, **estabelecendo**, ainda, que “***Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado (...)***” (art. 179, n. V – grifei).

**Com a República**, no entanto, *como anteriormente assinalado*, **sobreveio a ruptura** preconizada pelos positivistas, **cujo suporte legitimador** apoiou-se *no Decreto nº 119-A, de 07/01/1890*, **editado** pelo Governo Provisório, **que aprovou** o projeto **elaborado** por Ruy Barbosa e Demetrio Nunes Ribeiro.

**Em decorrência** desse ato, **operou-se** uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, **afastando** da jovem República brasileira *a nota de confessionalidade que caracterizara, até então, o Estado no Brasil*, **que passou a ostentar o perfil de Estado verdadeiramente laico, como se pode ver, p. ex., do Decreto nº 181, de 24/01/1890, cujo texto veio a reconhecer como juridicamente válido, de forma absolutamente inovadora, apenas o casamento civil.**

**Vê-se, portanto, que é na República** que se situa o marco histórico-temporal **consagrador do princípio básico da laicidade estatal**, de cuja incidência **derivam, pelo menos, três consequências de fundamental importância: (a) a separação** orgânica entre

Igreja e Estado, **a propiciar** uma nítida linha divisória **entre a esfera secular ou temporal**, de um lado, **e o domínio espiritual**, de outro; **(b) a neutralidade** axiológica do Estado em matéria confessional, **a significar** que o Poder Público **não tem** preferência **nem** aversão **a qualquer** denominação religiosa; **e (c) o respeito incondicional** à liberdade religiosa, cuja prática **não** pode sofrer interferência do aparelho de Estado, **seja** para favorecer **aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar** religião alguma, **seja, ainda**, para prejudicá-los.

**Ninguém desconhece que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro**, com seus consecutórios de ordem institucional, **como o direito** de Padroado, **o beneplácito régio e o recurso** à Coroa, **culminaria por tornar inevitáveis os conflitos entre** a Igreja Católica Romana **e o Trono Imperial, como sucedeu** no contexto **da conhecida Questão Religiosa ou Questão Epíscopo-Maçônica** (1872-1875), **sem se falar**, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“**A Democracia Coroada**”, p. 403, 2ª ed., 1964, Vozes), **da supressão** do noviciado nas Ordens Religiosas **e das tentativas cismáticas e das propostas regalistas** do Padre Diogo Antônio Feijó, **que sustentava a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos, tanto que tal comportamento político** deu origem, **no Período Regencial, notadamente** entre 1831 e 1834, **à crise da Questão Clerical, que consistiu na proposta de abolição do celibato sacerdotal.**

Na base desses conflitos **estava a tentativa de submeter, ao poder secular do Estado, o exercício** dos direitos eclesiásticos **titularizados** pela Igreja Romana. **Esse fato vem corroborado** em cartas particulares **dirigidas** por Bispos diocesanos ao Imperador, **nas quais são relatadas** “*ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica*”, **sempre com o objetivo de subordinar** a Igreja ao Estado, **tanto que houve** tentativas, **como aquela empreendida** por Bernardo Pereira de Vasconcelos, “*em seus dias veementes de líder oposicionista no Primeiro Reinado*”, **de instituir, no Estado monárquico brasileiro, uma Igreja estruturada** segundo as concepções **regalistas** de poder, **em clara demonstração** de “*nacionalismo religioso*”.

Esse quadro histórico **revela-nos a alta inconveniência de adotar-se** determinada religião **como sendo** a religião de um particular Estado nacional. **É que a confessionalidade** do Estado **acaba por suprimir** a independência necessária de que deve gozar a Igreja, *qualquer que seja a denominação religiosa que ela represente*. **Quando Campos Salles, em sua condição de Presidente-eleito do Brasil, visitou** a Santa Sé, **em agosto de 1898, manteve encontro formal** com o Papa Leão XIII. **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO (“**O Presidente Campos Salles na Europa**”, p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, “*encareceu as vantagens por ela [Igreja Católica] conquistadas entre nós depois da Proclamação da República*”,

**em uma clara** (e diplomática) **referência ao grave conflito** que irrompera, *havia pouco mais de um quarto de século*, **entre** o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

**Torna-se importante reconhecer**, *bem por isso*, **a essencial necessidade** de se estabelecerem espaços de independente atuação, **sem** recíprocas interferências, **entre** a Igreja **e** o Estado, **criando-se** o que Thomas Jefferson, **já Presidente** dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, **denominara** “*a wall of separation between Church and State*”, **demonstrando**, *assim*, a nítida percepção **de que a separação formal (e efetiva) entre Igreja e Estado constitui pressuposto necessário** à realização de um duplo e fundamental objetivo: *de um lado*, **impedir** que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer** que sejam, **transgredindo**, *desse modo*, **a prática** da liberdade religiosa; **e**, *de outro*, **obstar** que grupos religiosos, **inclusive facções** fundamentalistas, **intervindo** no desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

**Quando os Fundadores da República**, *no Brasil*, **conceberam** essa forma de Governo, **preocuparam-se**, *desde logo*, **ao viabilizarem** as novas conquistas e avanços, **em implementar a separação institucional entre Igreja e Estado** (Decreto nº 119-A/1890),

**que se consolidou**, *em momento posterior*, **com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar**, *de maneira bastante expressiva*, **o princípio da laicidade estatal**.

**Cabe advertir**, *no entanto*, **que a fórmula constitucional da laicidade do Estado não significa** que o Estado republicano brasileiro **tornou-se um Estado ateu**, **nem sequer anticlerical**, **valendo re-memorar**, *no ponto*, **a correta observação** de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“**A Democracia Coroada**”, p. 405, 2ª ed., 1964, Vozes), **para quem** “*A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião*”.

**Na realidade**, esse mesmo autor **reconhece** *como um dos efeitos positivos resultantes da separação formal entre a Igreja e o Estado a emancipação da instituição religiosa em face do Poder Público*, **pois**, “*se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta*” (“**op. loc. cit.**”).

5. *A Constituição de 1934 e as relações entre Estado e Igreja: uma solução de compromisso*

**Essa rígida separação** – existente **sob a égide** da Constituição de 1891 (**que determinava**, em seu art. 72, § 6º, **fosse** “*leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos*”) – **sofreu significativo abrandamento motivado** por pressão da Igreja Católica, **que obteve solução de compromisso consubstanciada em verdadeira fórmula transacional acolhida e formalmente**

**positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, *entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado*, **contemplou**, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais e profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao “casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (...)” (CF/1891, art. 146).

**Daí a observação** feita pelo Padre JOSÉ SCAMPINI (“**A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 11, n. 43/165-166, Ano XI, jul/set 1974) **a propósito das relações** entre Estado e Igreja **sob a égide** da Constituição republicana de 1934:

“(...) **Durante o império**, a religião católica foi a religião do Estado. **Com o advento do regime republicano**, houve a completa separação dos dois poderes. **Decretou-se**, desta forma, **a laicidade do Estado** sob a influência da maçonaria e das idéias republicanas da época.

(...)

**Proclamava-se**, então, **a completa separação** da Igreja e do Estado; entre os dois poderes **não haveria**, de agora em diante, **relações** de dependência ou aliança.

**A 2ª Constituição Republicana**, de 1934, **mantém integralmente esses dispositivos**, não só quanto às subvenções oficiais como, também,

quanto às relações de dependência ou aliança entre os dois poderes, espiritual e temporal.

**No momento atual**, a ideologia revolucionária de 1930 **traçava novas diretrizes político-sociais**, mais de acordo com a mentalidade do Povo Brasileiro, **cujas aspirações foram sacrificadas** pela Constituição de 1891 nas questões **concernentes** à consciência religiosa. **Procurava-se estabelecer** um ‘modus vivendi’ entre esses dois poderes, ‘modus vivendi’ que, embora não implicando aliança da Igreja com o Estado, admitisse, entretanto, **a colaboração recíproca** em vista dos interesses coletivos.

**Os Deputados católicos insistiam nos vários debates**, afirmando que não se tratava de pleitear o reconhecimento da Igreja Católica como Igreja oficial ou Igreja do Estado. **Pediam eles a completa separação e independência da Igreja do Estado, a igualdade jurídica de todas as igrejas e cultos e a colaboração de todos os credos nos serviços públicos**. Em particular, **pugnavam pela reivindicação desses princípios: a ministração do ensino religioso nas escolas, a assistência religiosa** nos hospitais, nas penitenciárias e às classes armadas, **em identidade**, porém, **de condições** para todos e para todas as religiões, **independentemente** de seus credos.

**Todos**, pois, **concordavam em não ser possível** ao Estado **prescindir** da colaboração religiosa. (...)” (grifei)

Tratando-se do ensino religioso nas escolas públicas, **essa possibilidade**, com alterações pontuais, **foi mantida pela Carta Política de 1937** (art. 133, **sem** referência, *contudo*, à confissão religiosa do aluno), **pela Constituição de 1946** (art. 168, **inciso V**, **com** menção à preferência confessional do aluno), **pela Carta de 1967** (art. 168, § 3º, inciso IV, **sem** alusão aos princípios da confissão religiosa do aluno), **pela Carta de 1969** (art. 176, § 3º, V, **com redação idêntica** à Carta Federal de 1967), **e, finalmente, pela Constituição de 1988**, cujo art. 210, § 1º, **dispõe** que “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

**6. A separação formal entre Igreja e Estado**, *consequência natural do princípio da laicidade estatal, qualifica-se como condição essencial à prática da liberdade religiosa*

**A consagração constitucional do Estado laico traduz** decisivo fator **para o exercício** da liberdade religiosa, **que representa**, *no quadro das liberdades fundamentais*, **projeção concretizadora** do direito à livre manifestação de ideias e de convicções.

**A importância da laicidade do Estado e a indispensabilidade** de sua neutralidade axiológica **em relação a qualquer** denominação confessional **foram bem destacadas** por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (“A Constituição Federal Comentada”, vol. IV/102-104, 3ª ed., 1959, José Konfino):

“(...) a laicidade absoluta é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para a formação do espírito leigo, **hostil** a qualquer manifestação de natureza religiosa. (...) **Em matéria religiosa** o Estado **deve ser** neutro. **Nada justifica** sua intervenção, **nem no sentido** da religião oficial, **nem da laicidade absoluta**, porque são ambas formas extremas. **Ambas são processos de intervenção. O Estado leigo não é o Estado anticlerical**, mas o que respeita a crença e a religiosidade dos que nele vivem. (...)” (grifei)

**A solução de consenso que prevaleceu** em 1934 **ainda subsiste**, de certo modo, **sob a égide da vigente** Constituição republicana, que, **embora mantendo** – *como se impõe* – **a separação formal** entre Igreja e Estado (CF, art. 19, I), **não se revela anticlerical nem hostil** a qualquer denominação religiosa, **pois consagra** a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI), **garante** o livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), **assegura** a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (CF, art. 5º, VI), **estabelece** que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar** para eximir-se de obrigação legal **a todos** imposta (CF, art. 5º, VIII), **impede** que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, **desde que desempenhe** prestação civil alternativa (CF, art. 143, § 1º), **concede** imunidade

tributária aos templos de qualquer culto, **assim neutralizando** eventual tentativa do Poder Público de valer-se, **mediante** manipulação de sua competência impositiva, **de medidas que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa** (CF, art. 150, VI, “b”), **permite** a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (CF, art. 5º, VII) **e atribui** eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (CF, art. 226, § 2º).

Uma das dimensões em que se projeta o princípio da laicidade estatal **reside na observância, pelo Poder Público, de seu dever de neutralidade axiológica em matéria confessional, a significar** que o Estado **não pode** estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, **ou, ainda, embaraçar-lhes** o exercício, **como igualmente não pode nem deve manifestar** preferência **ou revelar** repulsa a qualquer organização ou denominação religiosa.

O saudoso Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, **ao proferir voto vencido** nesta Suprema Corte em 17/11/1949, **no julgamento do MS 1.114/DF**, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, **no qual se discutiu a legitimidade constitucional** de intervenção do Presidente da República **nas práticas litúrgicas da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira, após repudiar** a possibilidade de ingerência da autoridade civil **na esfera de celebração religiosa** de determinada organização confessional, **impondo-lhe indevidas restrições** quanto à utilização de vestimentas, de manifestações externas **e de celebrações rituais, deixou**

**consignadas**, em seu magistral pronunciamento, **algumas advertências que cumpre não ignorar:**

“(...) **parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença**, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

**Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto.**

**Devemos estes grandes princípios** à obra benemérita de Demétrio Ribeiro, **de cujo projeto surgiu**, em 7 de janeiro de 1890, **o sempre memorável ato** que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

**É de se salientar**, aliás, **que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava** durante o Império. **Foi durante o Império** que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; **foi durante o Império** que se verificou a luta entre maçons e católicos, **de que resultou a deplorável prisão** dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; **foi durante o Império** que prevaleceu a legislação de mão morta.

**Com a República, o prestígio da Igreja Católica cresceu**, como todos reconhecemos.

**Deve-se (...) atribuir**, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, **o ter-se ela batido pela separação** da Igreja do Estado, **o princípio civil** da separação da Igreja do Estado. **O princípio civil** da separação da Igreja do Estado **foi o princípio** que a Igreja Católica **defendeu** nos seus começos, **talvez contrariado** na teocracia católico-feudal da Idade Média. **Mas não há dúvida** em que a separação da Igreja e do Estado, **pela qual se bateu** a própria Igreja Católica, **e que é a base política republicana**, só **concorreu** para que ela crescesse de prestígio.

(...)

**Proíbe**, em consequente, **a Constituição que o poder temporal embarace** o exercício **de qualquer** culto religioso. (...).

(...)

**É este princípio fundamental da política republicana**, **este princípio da liberdade de crenças**, **que reclama a separação** da Igreja do Estado **e que importa**, necessariamente **na liberdade** do exercício do culto; (...).” (grifei)

**Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial** da organização institucional do Estado brasileiro, **representando**, nesse contexto, **uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores da República, **cuja**

**opção** – consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes – **teve em perspectiva**, **como anteriormente já referido**, a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante do gravíssimo conflito** que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia epíscopo-maçônica** (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

**7. Neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional e o exercício da liberdade religiosa**

**A laicidade** do Estado, **enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira**, **que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece**, a todos, **a liberdade de religião (consistente** no direito de professar **ou** de não professar qualquer confissão religiosa), **como assegura** absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo**, ainda, às pessoas **plena liberdade de consciência e de culto**.

**O conteúdo material** da liberdade religiosa – **que se qualifica como direito fundamental do indivíduo** – **compreende**, na abrangência de seu significado, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de fazer proselitismo, **a liberdade** de não aderir a religião alguma, **a liberdade** de alterar suas preferências

confessionais, **a liberdade** de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas **e a liberdade** de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, **valores esses** que representam elementos necessários **à própria** configuração da ideia de democracia, **cuja noção se alimenta, continuamente, do respeito ao pluralismo.**

**Torna-se importante registrar, no ponto, o tratamento normativo, inquestionavelmente liberal,** que Portugal **dispensou à liberdade religiosa, como se vê da Lei nº 16**, de 22/06/2001, que, **ao assegurar, em plenitude, o exercício** dos direitos individuais e coletivos **em matéria confessional, definiu, em caráter não taxativo, o conteúdo** da liberdade religiosa, **distinguindo, sob tal perspectiva, entre o conteúdo positivo e o conteúdo negativo** dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional **garantida a todos** os cidadãos, **sem** exceção.

**Esse diploma legislativo, ao enunciar, em bases meramente exemplificativas, o conteúdo positivo** da liberdade religiosa, **assim dispôs:**

**“Artigo 8º**

**Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto**

**A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:**

**a) Ter, não ter e deixar de ter religião;**

**b) Escolher** livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;

**c) Praticar** ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;

**d) Professar** a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;

**e) Informar** e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;

**f) Reunir-se**, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;

**g) Agir** ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;

**h) Escolher** para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;

**i) Produzir** obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião.” (grifei)

*De outro lado, o conteúdo negativo* da liberdade religiosa, **tal como delineado** por referida legislação, **compreende** importantes restrições estabelecidas

em favor da pessoa, em ordem a protegê-la contra indevidas interferências na esfera íntima de sua própria individualidade:

**“Artigo 9º**

**Conteúdo negativo da liberdade religiosa**

**1 — Ninguém pode:**

**a) *Ser obrigado a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;***

**b) *Ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros;***

**c) *Ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;***

**d) *Ser obrigado a prestar juramento religioso.” (grifei)***

**Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**,**

*como o é o Estado brasileiro, **haverá**, sempre, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face **da exigência constitucional** de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor** das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.*

**O fato irrecusável** é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, **e** as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré-compreensões** em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), **as suas próprias** convicções religiosas.

**Vale referir, bem por isso, **o preciso magistério** de DANIEL SARMENTO (“**Legalização do Aborto e Constituição**”, “in” “Nos Limites da Vida: Aborto,**

Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, p. 03/51, p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

**“A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...)**

**A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças**

religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

**Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os ‘outsiders’.**

**Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, ‘um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.’**

**(...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas**

*só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar.” (grifei)*

**Em matéria confessional**, portanto, o Estado brasileiro **há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade** do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

*8. O Estado laico não tem nem pode ter preferências de ordem confessional e não pode interferir na esfera das escolhas religiosas*

**Não podemos ignorar** que as liberdades públicas do pensamento **são** prerrogativas constitucionais essenciais, **cujo respeito efetivo**, por parte do Estado **e** de seus agentes, **qualifica-se** como pressuposto necessário à **própria** legitimação substancial do regime democrático. **A livre expressão e divulgação** de ideias **não deve** ser impedida pelo Estado, **especialmente se se considerar que o pluralismo de ideias, enquanto fundamento desta República, revela-se subjacente** à própria concepção do Estado democrático de direito, **consoante prescreve** o art. 1º da Constituição do Brasil.

**Na verdade**, a nossa Lei Fundamental **proclama** – em norma **plenamente** compatível com a natureza democrática do regime político **que hoje caracteriza** o Estado brasileiro – **a liberdade** de manifestação do pensamento, **assegurando, em consequência, a livre expressão e transmissão de ideias, inclusive** aquelas de carácter religioso **ou** as de índole não-confessional, **sem a possibilidade** de qualquer interferência **prévia** do aparelho estatal, **seja** para favorecer, **seja** para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

**O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais.** Ao Estado **é indiferente** o conteúdo **das ideias religiosas** que eventualmente venham a circular **e** a ser pregadas por **qualquer** grupo confessional, **mesmo porque não é lícito** ao Poder Público interditá-las **ou** censurá-las, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável** interferência em domínio **naturalmente** estranho às atividades estatais.

**É por essa razão**, Senhora Presidente, **que cabe destacar a relevantíssima** circunstância de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer que temas de carácter teológico ou concepções de índole filosófica – que busquem** atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores **de qualquer** fé religiosa – **estão, necessariamente, fora do alcance** do poder censório do Estado, **sob pena** de gravíssima **frustração e aniquilação** da liberdade constitucional de crença **e** de disseminação (**sempre**

legítima) das mensagens **inerentes** às doutrinas confessionais em geral.

**Relembro, neste ponto, o que disse logo no início** deste voto: **a separação constitucional** entre Estado e Igreja, **além de impedir** que o Poder Público *tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer* denominação religiosa, **objetiva resguardar** 2 (duas) posições **que se revestem** de absoluta importância: **(1) assegurar**, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa **e** a prática de seu exercício, **e** **(2) obstar**, *de outro*, que grupos fundamentalistas **se apropriem** do aparelho de Estado, **para**, com apoio em convicções **ou** em razões de ordem confessional, **impor aos demais cidadãos a observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

**Daí porque** esta Suprema Corte **não pode** resolver **qualquer** controvérsia, **como** a que ora se examina, **sob uma perspectiva** de índole confessional, **tal como acertadamente assinalou** o eminente Relator da causa.

**O único critério** a ser utilizado, *portanto*, **na solução** da controvérsia ora em exame **é aquele que se fundamenta** no texto da Constituição **e** das leis da República **e que se revela informado** por razões de ordem **eminentemente** social **e** de natureza pública.

**Note-se, por necessário**, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões *eminentemente não religiosas*, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como

uma República **essencialmente** laica **e não** confessional, **para que não se repita, uma vez mais, o gravíssimo** erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **que constrangeu** Galileu Galilei (*“eppur si muove!”*), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades **e** teólogos da Igreja de Roma.

#### **9. A não confessionalidade do ensino religioso na escola pública**

**É certo** que o ensino religioso nas escolas públicas, **tal como o demonstrou** o eminente Relator em seu magnífico voto, **não** pode **nem** deve ser confessional (ou interconfessional), **pois a não confessionalidade** do ensino público **traduz** consequência necessária do postulado, *inscrito em nossa vigente Constituição*, da laicidade do Estado republicano brasileiro.

PONTES DE MIRANDA, **ao comentar** a Constituição de 1934 (**“Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”**, tomo II/410, Editora Guanabara), **não obstante** a possibilidade, *nela autorizada*, de ministração do ensino religioso **em conformidade** com os princípios da confissão religiosa de aluno, **observava, contudo**, que *“A escola leiga (...) constitui medida de neutralidade do Estado”*.

*Na verdade*, **a não confessionalidade** do ensino religioso na escola pública **traduz, sob perspectiva**

constitucional, **fator obstativo** da ministração de aulas **em conformidade** com princípios doutrinários *de uma ou de algumas* instituições religiosas, **assim como proíbe que a escola pública atue como aparelho ideológico ou agente fomentador de determinada confissão religiosa, pois não compete ao Estado, que há de observar estrita neutralidade nesse domínio, exercer** atividade de difusão de ideias ou de apoio a crenças religiosas, *quaisquer que estas sejam*.

**A análise comparativa** entre o que estabelece **a vigente** Constituição **de 1988** (art. 210, § 1º) e o que prescrevia a Constituição **de 1946** (art. 168, V) **torna evidente o sentido de não confessionalidade acolhido** pela Lei Fundamental **que presentemente nos rege** a vida político-institucional.

*Com efeito, enquanto* a Constituição Federal **de 1946 autorizava** que o ensino religioso, na escola pública, **fosse** “ministrado **de acordo com a confissão religiosa do aluno**, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável” (art. 168, V), **reproduzindo, no ponto, o mesmo** conteúdo constante da Carta Política **de 1934** (art. 153), **o presente** estatuto constitucional, **afastando a possibilidade** de regência e direcionamento do ensino religioso *segundo a preferência confessional do aluno*, **limita-se a dispor** que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental” (art. 210, § 1º).

*Em uma palavra, o postulado da separação formal* entre Igreja e Estado **não permite** que o Poder Público, **tratando-se** de escolas oficiais, **culmine por assumir, caso se revelasse lícito reconhecer a possibilidade de ensino confessional, a condição de instrumento de propagação de ideias religiosas ou de meio executivo no processo de formação religiosa** dos alunos **nas escolas públicas** do ensino fundamental.

**É por isso** que o Conselheiro VITAL MOREIRA, **em declaração de voto** que proferiu no Tribunal Constitucional português, **em julgamento consubstanciado no Acórdão** nº 423/87, *de que foi Relator o Conselheiro MONTEIRO DINIS, advertiu, com inteira procedência, que o ensino de religião não constitui tarefa pública nem encargo da escola ou do Estado, concluindo* “(...) **que os princípios da separação entre o Estado e as igrejas, da não confessionalidade do ensino público, da pluralidade e igualdade das igrejas e da liberdade religiosa individual formam um conjunto essencial** do constitucionalismo democrático-republicano **reafirmado** na CRP de 1976 (...)” (grifei).

*10. A Constituição da República nada mais é do que a sua própria interpretação: a questão do divórcio entre a “mens legis” e a “mens legislatoris”*

**Sustentou-se**, na tribuna desta Corte, na palavra de um ilustre Advogado **que compôs e participou** da Assembleia Nacional Constituinte, *de que emanou a vigente Lei Fundamental de nosso País, que a intenção dos constituintes – conforme por ele*

expressamente salientado – **foi a de viabilizar** o ensino religioso de conteúdo confessional, **considerado** o fato de que a deliberação que aprovou a referência a Deus no preâmbulo da Constituição **resultou** da votação **favorável** de 487 votos a 13, **com** 07 abstenções.

**É preciso advertir**, neste ponto, que a “*mens legislatoris*” **representa** fator secundário no processo hermenêutico, **pois**, neste, **o que se mostra relevante** é a indagação **em torno** da “*mens legis*”, **vale dizer**, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei (**ou** da Constituição).

**Ninguém ignora** que a lei **nada mais** é do que a sua própria interpretação, **consoante tem proclamado** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA.**

– O ordenamento normativo **nada mais** é senão a sua própria interpretação, **notadamente** quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.

**A interpretação**, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, **tem por objetivo** definir o sentido **e** esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, **não** se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. **Em uma palavra**: o exercício de interpretação da Constituição e dos

textos legais – por caracterizar **atividade típica** dos Juízes e Tribunais – **não importa** em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. **Precedente.**”

(**RE 258.088-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Daí a procedente advertência** que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério (“**Revisão Constitucional**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, **87**):

**“Em primeiro lugar**, o jurista sabe que **a eventual intenção** do legislador **nada vale** (**ou não vale nada**) para a interpretação jurídica. A Constituição **não é** o que os constituintes quiseram fazer; **é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva** de comportamento, **a lei é o que nela está escrito** (**e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema**). **Se** um grupo maior ou menor de legisladores **quis** isto ou aquilo, **é irrelevante**, para fins de interpretação. **Importa somente** o que foi **efetivamente** feito pela maioria **e que se traduziu** na redação final do texto, **entendido** sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível).

(...)

(...) **O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...).**” (grifei)

**Em suma:** a lei **vale** por aquilo que nela se contém e que decorre, **objetivamente**, do discurso normativo nela consubstanciado, **e não** pelo que, no texto legal, **pretendeu incluir** o legislador, **pois, em havendo divórcio entre o que estabelece** o diploma legislativo (“*mens legis*”) **e o que neste buscava instituir** o seu autor (“*mens legislatoris*”), **deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal** do legislador.

**Esse entendimento** – *que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador* – **reflete-se** em preciso magistério doutrinário, **como resulta claro das lições** de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“**O Direito – Introdução e Teoria Geral**”, p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO (“**Hermenêutica e Aplicação do Direito**”, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1946**”, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi), *entre outros*.

Em **igual** sentido, **firmou-se a jurisprudência** dos Tribunais, **como o evidenciam** as seguintes decisões:

“(…) **o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio.**

**Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações.**

*Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta.*

**Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...).**”

(**RE 2.010/DF**, Rel. Min. OROSIMBO NONATO – grifei)

**“Na interpretação da lei prevalece a ‘mens legis’ sobre a ‘mens legislatoris’.**”

(**RT 305/964**, Rel. Min. AGUIAR DIAS – grifei)

**Se assim é, torna-se incensurável a exegese** veiculada no voto do eminente Relator, **notadamente** no ponto em que, **afastada a intenção do legislador constituinte** (“*mens legislatoris*”), **pôs em relevo** o próprio discurso normativo **objetivamente consubstanciado** nos preceitos constitucionais **fundados** no art. 19, inciso I, e no art. 210, § 1º, de nossa Carta Política.

**11. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias, inclusive das minorias religiosas, analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**

**Cabe também examinar**, Senhora Presidente, **tema** que, **intimamente associado** ao presente debate constitucional, **concerne** ao **relevantíssimo** papel **que incumbe** ao Supremo Tribunal Federal

desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: **o de órgão investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** da intolerância, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

**Põe-se em relevo, portanto, neste ponto, a função contramajoritária** do Poder Judiciário, *em particular a do Supremo Tribunal Federal*, no Estado Democrático de Direito.

**O fato** de o Catolicismo **constituir, hoje, a religião preponderante** no Estado brasileiro **não autoriza** que se produza, em nosso País, *um quadro de submissão* de grupos confessionais **minoritários** à vontade hegemônica da maioria religiosa, **o que comprometeria, gravemente, o postulado** da laicidade do Estado **e de todos** os seus demais conseqüências, **pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão de qualquer minoria, inclusive a religiosa**, por grupos confessionais **majoritários**.

**É evidente que o princípio majoritário desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material** de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação**

de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **inclusive** da liberdade de consciência **e** de culto, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

**Se se entendesse possível** o ensino religioso de conteúdo confessional (ou interconfessional), **notadamente** aquele fundado na doutrina das instituições religiosas **preponderantes** em nosso País, **esta** Suprema Corte **marginalizaria e diminuiria** o papel social dos indivíduos **que professam** fé religiosa *diversa ou que simplesmente não professam religião alguma*, **retirando-lhes** a condição de igualdade **em face** dos que pertencem *aos grupos confessionais hegemônicos*.

**O Estado brasileiro não pode legitimar tratamentos diferenciados que estabeleçam distinções** entre pessoas **com base** em suas convicções religiosas, **pois, em face dos estatutos que regem esta República laica, mostram-se irrelevantes, sob estrita perspectiva de ordem constitucional, as opiniões religiosas** que sustentem *esta ou aquela* preferência confessional **ou, até mesmo, que se mostrem alheias a qualquer** tendência de índole religiosa.

**O pensamento religioso, ainda que ostente caráter hegemônico no seio da coletividade, não está acima** da Constituição e das leis da República, **pois** o Estado laico **não** privilegia – **assim como não** persegue **nem** restringe – **qualquer** manifestação de religiosidade **ou** qualquer expressão de fé religiosa.

**Daí o indiscutível relevo** da atuação do Supremo Tribunal Federal **quando**, *no desempenho de sua atividade jurisdicional*, **exerce função contramajoritária**, em sua inafastável condição institucional **de ser, por excelência, o garante** dos direitos e liberdades fundamentais em nosso País.

**Cabe enfatizar**, bem por isso, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam** os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

*Na realidade*, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias, *inclusive das minorias em matéria confessional*, **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários* de ordem confessional, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaia-ram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

**Lapidar**, *sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir** todos os direitos **das minorias e impedir toda prepotência**, todo arbítrio, toda opressão **contra elas. Mais que isso** – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, **deve atribuir** um relevante papel institucional **às correntes minoritárias** mais expressivas.

(...)

**Na democracia**, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental

da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria**. Esta **exerce também função política importante**, decisiva mesmo: **a de oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, crítica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.

(...)

Daí a **necessidade** de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência da **minoria**, para que se tenha verdadeira república.

(...)

**Pela proteção e resguardo das minorias** e sua necessária participação no processo político, **a república faz da oposição instrumento institucional de governo**.

(...)

É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções**.

(...)

**Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem**

**ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria**, então os compromissos **passam a ser meios de convivência política**. (...)” (grifei)

**Isso significa**, portanto, **numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, **especialmente** no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais **em favor das minorias**, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – consoante **adverte a doutrina** (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** **coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

## **12. Conclusão**

**Disso tudo resulta**, segundo penso, **que, em matéria confessional, o princípio** da laicidade do Estado – **matriz de que emana**, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade religiosa** – **será efetivamente respeitado se, tratando-se de ensino religioso, este não tiver** conteúdo confessional, interconfessional **ou ecumênico, pois, nesse específico domínio, o aparelho estatal, para manter posição de estrita neutralidade axiológica, não poderá viabilizar, na escola pública, a ministração** de aulas

que se refiram a uma **ou** a algumas denominações religiosas.

**Sendo assim,** peço vênia para acompanhar, **integralmente,** inclusive quanto à tese de julgamento que formulou, **o brilhante e primoroso voto** proferido pelo eminente Relator.

**É o meu voto.**



## 4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 – DF

Reconhecimento da inconstitucionalidade da norma legal que proibia o uso do riso, do humor ou de sátiras contra políticos em época de eleições. [**ADI 4.451/DF**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, voto-vogal do Min. Celso de Mello, *DJE* de 6-3-2019.]

Inteiro teor do acórdão



**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O tema ora em julgamento **assume** magnitude inquestionável, **pois envolve** alegação de ofensa a um postulado essencial – *o postulado da liberdade de expressão e de criação artística* – **que constitui** nota qualificadora de uma sociedade e de um Estado fundados em bases democráticas.

**Não há** pessoas **nem** sociedades livres **sem** liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de criação artística, **mostrando-se inaceitável** qualquer deliberação estatal, **cuja execução importe** em controle do pensamento crítico, **com o consequente** comprometimento da ordem democrática.

**É por isso que o acesso à informação** – que **também** se exterioriza em programas humorísticos, charges, sátiras e espetáculos **transmitidos** no curso do processo eleitoral – **qualifica-se** como objetivo primacial de uma sociedade livre e democrática!

**Essa estranha** (e preocupante) **tentação autoritária** de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, **especialmente** quando ela **traduz** crítica mordaz, dura e implacável, **não** pode ser tolerada **nem** admitida **por esta** Suprema Corte.

**O alto significado** da liberdade de manifestação do pensamento, **inclusive** no campo da criação artística, **reside no fato**, em tudo relevante, **de que a liberdade de expressão**, que se acha positivada na declaração constitucional de direitos, **representa**

elemento fundamental de garantia da integridade do regime democrático e de preservação de sua própria existência.

**Consciente** do relevo desse tema, **impregnado** de tão significativa importância política, jurídica, social e cultural, **eis que o riso traz**, em si, uma forte carga de expressão semiológica, **entendo oportuno destacar** o sentido de universalidade de que se acham investidos, *na experiência dos povos*, **tanto** o riso **quanto** o humor.

**Exemplo dessa** preocupação universal **reside** em uma interessante matéria **publicada** na Argélia, **intitulada** “Defender o riso”, **que obteve** grande sucesso popular, **pois nela se demonstrou**, pelo relato de uma fábula política (tão assustadoramente próxima da realidade), **que a interdição do humor e do riso**, além de irracional e abusiva, **mostra-se prática estatal** absolutamente **incompatível** com o modelo democrático **que deve inspirar** a formação de sociedades livres.

**Refiro-me ao escritor argelino** AZIZ CHOUAKI, que, **a partir** de suas reflexões em torno do riso e do humor **como expressões** da liberdade de criação artística e de manifestação do pensamento, **construiu** um universo ficcional **no qual relata**, em novela por ele escrita em 1990, que, **em um tempo histórico indeterminado**, “os partidos políticos, por unanimidade, **decidiram eliminar** o riso, na Argélia, **perseguindo e executando** os comicos, os escritores e os artistas, **destruindo** livros e filmes engraçados

*e, enfim, **aprisionando o riso numa redoma**. Ao cabo de um século, **o riso estava completamente abolido** do inconsciente do argelino. Um grupo de **resistentes**, contudo, **dirigido** por um grão-mestre, **conseguiu recuperar a redoma e abri-la**. Então, **escutou-se um som contido**, de início, **depois cada vez mais perceptível**. Como uma enorme gargalhada. Ao ouvir isso, o mestre (...) **riu**, pela primeira vez, na vida **e entregou** a sua alma, cheio de graça e feliz (...). **Saindo da redoma em profusão, o riso** (...), **docemente, passou a animar** as flores, os pássaros, as árvores, as ilhas. **Depois, cada vez mais, o riso se tornava majestoso e amplo, atingindo** as cidades, as casas, as ruas, as crianças, os homens (...) as estrelas” (apud GEORGES MINOIS, “História do Riso e do Escárnio”, p. 556/557, 2003, Editora UNESP – grifei).*

*No processo de comunicação social e no plano da semiótica da cultura, **o riso e o humor assumem** posição de inquestionável relevo e importância na história do pensamento **e** no curso do desenvolvimento das instituições.*

*O **riso**, por isso mesmo, **deve ser levado a sério**, pois constitui, *entre as várias funções que desempenha*, **o papel** de poderoso instrumento de reação popular **e** de resistência social **a práticas** que caracterizam ensaios de dominação governamental, de opressão do poder político, de abuso de direito **ou** de desrespeito aos direitos dos cidadãos.*

*Na verdade, **o riso e o humor** traduzem expressões de representação **e** de percepção da realidade*

*em que o povo vive e que lhe permitem adotar medidas que neutralizem, *por repúdio popular*, os agravos que os maus governantes e ímprobos administradores públicos lhe causam.*

*Sob **tal aspecto**, e nisso reside a sua grande virtude, **o humor** (como causa) **e o riso** (como sua consequência), **notadamente** quando corrosivos, **qualificam-se** como instrumentos de desconstrução de governos desonestos **e** de ordens autoritárias, cuja nocividade à prática democrática deve ser neutralizada *pela ação positivamente dissolvente* daqueles que, **rindo** (ou fazendo rir), **põem termo** aos abusos **e** aos excessos cometidos pelos poderes instituídos e pelas autoridades e agentes do Estado.*

*O **humor e o riso**, bem por isso, **são meios que denotam** expressões reveladoras de verdadeira metáfora das liberdades.*

*Para MOLIERE, **o homem ri** “na proporção da gravidade com que enfrenta as suas próprias adversidades”. “**Ridendo, Castigat Mores**”. A esse respeito, **vale relembrar algumas reflexões** feitas por um **notável** magistrado paulista, **o eminente** Desembargador JOSÉ RENATO NALINI, **que foi Presidente** do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:*

*“Os Romanos, em sua sabedoria, **consagram** o brocardo: o riso castiga os costumes. **O que significa isso? O humor é uma forma irônica de ridicularizar as condutas condenáveis**. A impotência de muitas pessoas para corrigir as*

*anomalias comportamentais da classe política se traduz em piadas. Se não se pode fazer outra coisa, pelo menos zombe daqueles que se embarçam na vida pública e não sabem distinguir o que é do povo e o que é interesse próprio.*

*(...)*

**O constituinte ofereceu** o modelo de uma Democracia participativa e isso significa efetiva necessidade de atuar na gestão da coisa pública. De restaurar a respeitabilidade da política. De mostrar ao detentor do cargo público que ele é transitório servidor do povo e que está condicionado a atender ao interesse coletivo. Governo não é dono do povo. Governo é escravo do povo. No momento em que essa verdade vier a ser descoberta, o Brasil talvez possa de novo sonhar com o seu destino de nação digna.” **(grifei)**

**O recurso à derrisão**, no âmbito político-eleitoral, **constitui, na perspectiva de uma dialética do humor, verdadeira antítese** ao que é grotesco, ao que é desonesto, ao que é fraudulento, ao que é abusivo, ao que é enganador. **Em uma palavra:** o riso e o humor **são expressões** de estímulo à prática consciente da cidadania e ao livre exercício da participação política, **enquanto configuram, eles próprios, manifestações** de criação artística.

**O riso e o humor**, por isso mesmo, são transformadores, são renovadores, são saudavelmente subversivos, são esclarecedores, são reveladores. **É**

**por isso que** são temidos pelos detentores do poder **ou** por aqueles que buscam ascender, **por meios desonestos**, na hierarquia governamental.

**Daí a observação** de GEORGES MINOIS (“**História do Riso e do Escárnio**”, 2003, Editora UNESP), **para quem** “*o debate livre não pode prescindir da ironia. Riso e democracia são indissociáveis*, apesar de os regimes autoritários, que se baseiam num pensamento único, não conseguirem tolerar esse distanciamento criado pelo riso. **O riso de combate** (...) **conhece** (...) **um extraordinário renascimento** no século XIX (...). Porém, já desponta um riso mais moderno, mais vasto, que engloba tudo, riso de Demócrito para alguns, riso diabólico para outros, riso do nonsense, do absurdo (...), o riso filosófico, o riso fino, o riso irônico (...)” **(grifei)**.

**O humor e o riso** **constituem armas preciosas, instrumentos poderosos** de insurgência **contra** os excessos do poder, **contra** os desmandos dos governantes, **contra** os abusos da burocracia estatal, **contra** o menosprezo das liberdades, **contra** o domínio da mentira, **contra** o domínio da fraude.

**O riso**, no fundo – **seja ele** o riso cético de Demócrito, **ou** o cínico de Diógenes, **ou** o satírico de Juvenal, **ou** o catártico, **ou** o festivo, **ou** o solitário, **ou** o amargo, **ou** o polido, **ou** o filosófico **ou** o político –, **traduz** expressão de uma das respostas fundamentais do ser humano **perante** o dilema da existência **e** os desafios com que nos defrontamos ao longo de nossa vidas.

*Daí a aversão, o medo e a repulsa* ao riso e ao humor, **manifestados** por aqueles **que controlam** o aparelho de Estado **ou** por aqueles **que desejam assumir-lhe** os postos de direção.

**O fato é que o riso**, especialmente o riso satírico, o riso corrosivo, **é instrumento de combate**, pois “o riso seduz, intriga, desestrutura, provoca a cólera ou a admiração (...)”.

**Nesse contexto**, reveste-se de significativa importância a **proteção** à liberdade de criação artística e de expressão do pensamento.

**Sabemos** que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger *qualquer* pessoa cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida *sobre ela*, por conta e efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias*, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, *pois todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias*, **ainda que estas** possam insurgir-se **ou** revelar-se *em desconformidade frontal* **com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**As ideias**, *ninguém o desconhece*, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas *até então* estabelecidos nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância**.

**Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias**, eis que tal prerrogativa individual (e **também** coletiva) **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer*, **com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético**, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

**Em uma palavra: o direito de criticar, de opinar e de dissentir, qualquer** que seja o meio de sua veiculação, **representa** irradiação das liberdades do pensamento, *de extração eminentemente constitucional*.

**Bastante expressiva**, também, *a esse respeito*, **foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu, por unanimidade, no julgamento**

da **ADPF 187/DF**, *de que fui Relator*, que restou substanciado, no ponto ora em exame, **em acórdão assim ementado**:

**“(…) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (…)** – **DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO**

**SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA ‘PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO’ – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE ‘LIVRE MERCADO DE IDEIAS’ – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO ‘FREE MARKETPLACE OF IDEAS’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE**

IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA **NÃO SE REVELA COMPATÍVEL** COM A REPRESSÃO AO DISSENSO **E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).**

(**ADPF 187/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, **que o direito de crítica e o direito ao dissenso** – desde que **não** resvalam, abusivamente, **quanto** ao seu exercício, *para o campo do direito penal*, **vindo a concretizar**, em virtude de conduta desviante, *qualquer* dos delitos contra a honra (calúnia, difamação **ou** injúria) –, **encontram** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que de sua prática possam resultar posições, opiniões **ou** ideias **que não reflitam** o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social **ou** que, até mesmo, **hostilizem** severamente, **por efeito** de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), **proferidas**, em 1929, em notável e histórico voto vencido (**hoje qualificado** como uma “powerful dissenting

*opinion*)”, **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES **deixou positivado** um “*dictum*” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo, a seguir, em livre tradução:**

“(…) **but** IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.” (“**mas**, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, **é o princípio** que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade** do pensamento **apenas em favor** daqueles **que concordam** conosco, **mas**, sim, **a liberdade do pensamento** que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

**Trata-se** de fragmento histórico **e** retoricamente poderoso **que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional** à liberdade de manifestação do pensamento: **garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas**, igualmente, **proteger o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e**, até mesmo, **repudiamos!**

Não se pode desconsiderar o fato de que o exercício concreto, **por qualquer cidadão ou pelos profissionais da imprensa**, da liberdade de expressão

*é legitimado pelo próprio texto da Constituição da República, **que assegura**, a quem quer que seja, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável ou contundente, irônica ou corrosiva, **contra** quaisquer pessoas ou autoridades.*

*Ninguém ignora que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento, **ainda mais** quando a crítica – *por mais dura que seja* – **revele-se inspirada** pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração **eminentemente** constitucional (CF, art. 5º, IV, **c/c** o art. 220).*

*A crítica exteriorizada pelos meios de comunicação social **ou** em programas artísticos, **quaisquer** que sejam os recursos utilizados, *em especial o humor*, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** atividade de interesse da coletividade em geral, **pois** o interesse social, **que legitima** o direito de criticar, **sobrepõe-se** a eventuais susceptibilidades que possam revelar as pessoas públicas.*

*É por tal razão **que a crítica** que os meios de comunicação social **e** os artistas e humoristas **dirigem** às pessoas públicas (*como as autoridades governamentais ou candidatos a mandatos eletivos*), **por mais acerba**, dura e veemente que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas **que ordinariamente resultam** dos direitos de personalidade.*

**Lapidar**, sob tal aspecto, a **decisão** emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

*“Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental **que se garanta** não só ao povo em geral **larga margem de fiscalização e censura** de suas atividades, **mas sobretudo à imprensa**, ante a **relevante utilidade pública da mesma**.”*

(JTJ 169/86, Rel. Des. MARCO CESAR – grifei)

*Vê-se, pois – **tal como tive o ensejo** de assinalar (Pet 3.486/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 398/2005) –, **que a crítica**, qualquer que tenha sido meio de sua divulgação, **quando inspirada** pelo interesse público, **não importando** a acrimônia **e** a contundência da opinião manifestada, **ainda mais** quando dirigida **a figuras públicas ou a candidatos a cargos eletivos**, **não traduz nem se reduz**, em sua dimensão concreta, ao plano do abuso da liberdade de expressão, **não se revelando suscetível**, por isso mesmo, de sofrer **qualquer** repressão estatal **ou** de expor-se a **qualquer** reação hostil do ordenamento positivo.*

*O fato relevante*, Senhora Presidente, **tal como assinala** VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 87/88, 1997, Editora FTD), **é que o reconhecimento da legitimidade** do direito

de crítica – **que constitui** “pressuposto do sistema democrático” – **qualifica-se**, por efeito de sua natureza mesma, **como verdadeira** “garantia institucional da opinião pública”:

*“(...) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.” (grifei)*

**Não foi por outro motivo** – e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **que o Tribunal Constitucional espanhol, ao veicular as Sentenças nº 6/1981** (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), **nº 12/1982** (Rel. Juiz LUIS DíEZ-PICAZO), **nº 104/1986** (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e nº 171/1990** (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se** a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimização material **à própria** concepção do regime democrático.

**É relevante observar, ainda, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)**, em mais de uma ocasião, **também advertiu que a limitação do**

direito à informação **e** do direito (dever) de informar, **mediante (inadmissível) redução** de sua prática “ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, **não se mostra** constitucionalmente aceitável **nem compatível** com o pluralismo, a tolerância (...)”, **sem os quais** não há sociedade democrática (...)” (**Caso Handyside**, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).

Essa **mesma** Corte Europeia de Direitos Humanos, **quando do julgamento do Caso Lingens** (Sentença de 08/07/1986), **após assinalar** que “a **divergência** subjetiva de opiniões **compõe** a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação”, **acenta** que “a imprensa **tem a incumbência**, por ser essa a sua missão, **de publicar** informações **e ideias** sobre as questões que se discutem no terreno político **e em outros setores de interesse público** (...)”, **vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem negar**, à imprensa, **o direito de interpretar** as informações **e de expender as críticas** pertinentes.

**O pluralismo político** (que *legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância*) **exprime**, por tal razão, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

**O sentido de fundamentalidade de que se reveste** a liberdade de expressão **permite** afirmar **que as minorias também titularizam, sem** qualquer

exclusão **ou** limitação, **esse direito básico**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos **e** de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, por maiores que sejam, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

**É por isso** que se mostra frontalmente inconstitucional **qualquer** medida que implique a inaceitável “proibição estatal do dissenso” **ou** de livre expressão gráfica, oral ou pictórica do pensamento crítico.

**Cumpre por em evidência**, neste ponto, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

**Na realidade**, Senhora Presidente, **esse tema** acha-se intimamente associado ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao relevantíssimo papel que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos da maioria ou, até mesmo, contra abusos perpetrados pelo próprio Poder Público **e** seus agentes, **em ordem a impedir** a formação de um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o**

**que comprometeria, gravemente, por reduzi-lo, o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários, **tal como advertem** GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194) **e** PINTO FERREIRA (“**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**”, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT), entre outros.

**O Estado de Direito**, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

**A preferência** do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

A regra **inscrita no inciso II** do art. 45 da Lei nº 9.504/97 **revela-se conflitante** com o regime

constitucional das liberdades do pensamento, **notadamente** com a liberdade de expressão **e** com a liberdade de imprensa, **pois** – *nunca é demasiado enfatizar* –, **a interdição** nela fundada **frustra, impede e obstrui**, de modo indevido, **a veiculação** de programas humorísticos **ou** a utilização de quaisquer outros recursos de áudio **ou** de vídeo **que se referam a protagonistas do processo político-eleitoral**.

**Correta**, por isso mesmo, **a alegação** da entidade autora da presente ação direta, **exposta**, com absoluta propriedade, **por seu eminente Advogado**, o ilustre Professor Gustavo Binenbojm, **que assim fundamenta**, no ponto, quanto ao inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/97, **a pretensão de inconstitucionalidade** ora em exame:

**“46. A leitura do inciso II** conduz à conclusão de que os meios de comunicação estão impedidos, por exemplo, de produzir ou veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações. Trata-se, como soa evidente, de medida absolutamente incompatível com a Constituição e o sistema constitucional da liberdade de expressão, porque manifestamente desproporcional e excessiva.

**47. Com efeito, a medida é inadequada**, porquanto a construção de ambiente justo de debate não tem qualquer relação com a simples proibição ‘tout court’ de manifestações satíricas. A sátira é inerente à expressão artística e

*contém componente humorístico que deixa claro ao receptor da mensagem o seu teor fantasioso, com o que inexiste distorção da realidade. Isto é: todo aquele que, por exemplo, vê uma charge no jornal, ainda que sobre candidatos, ou questões de cunho eleitoral, sabe do que se trata, e não poderia se dizer enganado. Em outras palavras, a sátira, enquanto manifestação artística, não distorce o ambiente de deliberação e escolha.*

**48. A restrição é igualmente desnecessária**, na medida em que há meios menos gravosos de se atingir a finalidade pretendida. O direito de resposta nos casos de ofensa à honra é, por exemplo, forma de garantir a manifestação artística, que não esvazia a criação de ambiente deliberativo, mas, ao contrário, amplifica-o. A proibição pura e simples revela-se verdadeiramente ilegítima devendo ser afastada por força da vedação do excesso (...).

**49. A desproporcionalidade em sentido estrito** da medida é igualmente manifesta, eis que seus supostos benefícios (na verdade inexistentes) são suplantados pelos seus custos, os quais implicam o cerceamento absoluto da manifestação satírica, enquanto meio artístico de crítica política.

**50. A criação e a manifestação humorística** possuem grande valor instrumental, pois incentivam a participação e fomentam a discussão sobre questões de interesse público, em incremento da deliberação e da democracia (...). Nesse caso, os programas humorísticos são, antes de tudo, um

meio de promoção do debate e não de seu desvirtuamento. Eles atraem o público para a atuação dos candidatos, tornando a campanha eleitoral mais palatável para grande parte da população.

**51. Trata-se, igualmente, de meio de crítica social importantíssimo para a coletividade**, que deve olhar para os próprios problemas e lidar com as críticas e opiniões que deles podem advir. Ao realizar sátiras com os acontecimentos políticos do País, os programas humorísticos não desvirtuam a realidade, mas chamam atenção para ela. Indubitavelmente, contribuem para o debate social a respeito das questões que interferem no curso do processo eleitoral.

**52. Todavia, a redação do inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, ao proibir a veiculação de cenas que ‘degradem’ ou ‘ridicularizem’ os candidatos, estabelece uma restrição desproporcional a este tipo de manifestação artística**, interferindo tanto na dimensão substantiva quanto na dimensão instrumental da liberdade de expressão. Nesse cenário, as restrições impostas pelo dispositivo representam grave interferência no direito à crítica social, restando evidente a inconstitucionalidade do inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/1997.” (grifei)

**Sustenta-se**, ainda, **que seria inconstitucional**, por veicular medida de caráter censório, a cláusula de vedação – inscrita no inciso III do art. 45 da Lei

nº 9.504/97 – **que proíbe** às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seus noticiários, **a partir** de 1º de julho do ano da eleição, “difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

**Impende reafirmar**, Senhora Presidente, por relevante, **tal como proclamou** o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **no julgamento da ADI 3.741/DF, que o direito à livre manifestação do pensamento, neste compreendida** a prerrogativa de acesso à informação livre e plural, **qualifica-se** como “valor indissociável da ideia de democracia”, **circunstância que confere inteira consistência** ao fundamento invocado pela ABERT **quando sustenta, com plena razão, a inconstitucionalidade do inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/97:**

**“63. Seja como for, o fato é que o inciso em exame, longe de atingir as finalidades a que se propõe, mostra-se desproporcional e excessivo, violando assim as liberdades de expressão e informação. De fato, na tentativa açodada de garantir um procedimento eleitoral justo e imparcial, o legislador atingiu em cheio o núcleo essencial da liberdade de expressão em sentido amplo – tanto em sua dimensão substantiva, quanto instrumental. Ignorando a Constituição, estabeleceu-se censura de natureza política e ideológica e embaraços claros à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de**

comunicação social’, **em violação frontal** ao que dispõe o art. 220, §§ 1º e 2º, da CF.

**64.** Com efeito, **a proibição contravém a perspectiva substantiva** das liberdades de expressão, de imprensa e de informação, **na medida em que: (i) impede** que os indivíduos se informem livremente, decidindo previamente sobre o que as pessoas devem ou não considerar para formar suas convicções políticas; **e (ii) proscree** a exposição, por qualquer pessoa, de suas preferências políticas através de emissoras de rádio e televisão. **Da perspectiva dos cidadãos**, o efeito da norma é nitidamente paternalista, **porquanto parte da premissa** de que os brasileiros não têm capacidade para ouvir as diversas opiniões existentes no debate público, participar do discurso, se assim o desejarem, **e tirar** suas próprias conclusões. **Já ‘da perspectiva dos meios de comunicação’, a medida tem tormentoso efeito silenciador, porquanto veda, ‘a priori’, a manifestação de opiniões**, como se o ato de pensar e transmitir ideias não fosse permitido. **Trata-se, assim, de inequívoca censura** de natureza política e ideológica, **que constitui grave embaraço** à difusão do pensamento através de um veículo de comunicação, **em grave afronta** ao art. 220, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da CF.

(...)

**69.** **Como se vê**, a proibição da veiculação de opiniões de terceiros, jornalistas ou não, **sobre candidatos**, partidos ou coligações, **não se compadece** com a Constituição brasileira,

**especialmente** com o seu sistema de liberdades de expressão, imprensa e informação.” (grifei)

**Não custa insistir**, neste ponto, **considerado o caráter inequivocamente censório** que se contém na regra inscrita **no inciso III** do art. 45 da Lei das Eleições, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade a quaisquer** práticas estatais **tendentes** a restringir **ou** a reprimir **o legítimo** exercício da liberdade de expressão **e** de comunicação de ideias e de pensamento.

**É preciso advertir**, bem por isso, **notadamente** quando se busca promover, *como no caso*, **a interdição da crítica ou da opinião** veiculada pelos meios de comunicação social por emissoras de rádio e televisão, **que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas** pelos cidadãos em geral **ou** pelos profissionais dos meios de comunicação social.

**Essa garantia básica** da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinado, **representa**, em seu próprio e essencial significado, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade, *mesmo a autoridade judiciária*, **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões de conduta cuja observância **implique restrição** aos meios de divulgação do pensamento. **Isso**, porque “o direito

de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o mais precioso privilégio dos cidadãos (...)” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense – grifei).

Não constitui demasia insistir na observação de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – reafirmando a repulsa à atividade censória do Estado, na linha de anteriores Constituições brasileiras (Carta Imperial de 1824, art. 179, nº 5; CF/1891, art. 72, § 12; CF/1934, art. 113, nº 9; CF/1946, art. 141, § 5º) – expressamente vedou “(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF/88, art. 220, § 2º).

Cabe observar, ainda, que a rejeição à censura, além de haver sido consagrada em nosso constitucionalismo democrático, representa expressão de um compromisso que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional, pois o Brasil, entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, subscreveu a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Esse estatuto contempla, em seu Artigo XIX, pre-  
visão do direito à liberdade de opinião e de expressão, inclusive a prerrogativa de procurar, de receber e

de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

O direito fundamental à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de imprensa, é igualmente assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 19), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16/12/1966 e incorporado, formalmente, ao nosso direito positivo interno, em 06/12/1992 (Decreto nº 592/92).

Vale mencionar, também, por sumamente relevante, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada pela IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, cujo texto assegura a todos a plena liberdade de expressão (Artigo IV).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, garante, por sua vez, às pessoas em geral o di-  
reito à livre manifestação do pensamento, sendo-lhe  
absolutamente estranha a ideia de censura estatal.

Eis o que proclama, em seu Artigo 13, esse pacto fundamental:

“Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir in-  
formações e ideias de qualquer natureza, sem  
considerações de fronteiras, verbalmente ou por

escrito, **ou** em forma impressa ou artística, ou por **qualquer** meio de sua escolha.

**2. O exercício do direito** previsto no inciso precedente **não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

**a)** o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

**b)** a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas.” (grifei)

**É interessante assinalar**, neste ponto, **até mesmo** como registro histórico, **que a ideia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente** nos trabalhos **de nossa primeira** Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, **reunida** em 03/05/1823 **e dissolvida**, por ato de força, em 12/11/1823.

**Com efeito**, ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA, **ao longo** dessa Assembleia Constituinte, **apresentou proposta que repelia**, de modo **veemente**, **a prática da censura** no âmbito do (**então**) nascente Estado brasileiro, **em texto** que, **incorporado** ao projeto da Constituição, **assim dispunha**:

**“Artigo 23 – Os escritos não são sujeitos à censura nem antes nem depois de impressos.”** (grifei)

**A razão** dessa proposta de ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA **prendia-se ao fato** de que D. João VI **editara**, **então**, havia pouco mais de dois anos, em 02 de março de 1821, **um decreto régio que impunha** o mecanismo da censura, **fazendo-nos recuar**, naquele momento histórico, **ao nosso passado colonial, período em que prevaleceu essa inaceitável restrição às liberdades do pensamento**.

**Preocupa-me**, por isso mesmo, **tal como destaquei** na Rcl 18.566-MC/SP, de que sou Relator, **o fato de que o exercício**, por alguns juízes e Tribunais, **do poder geral de cautela** tenha culminado por transformar-se **em inadmissível instrumento** de censura estatal, **com grave comprometimento** da liberdade de expressão, **nesta compreendida a liberdade de imprensa**. **Ou**, em outras palavras: **o poder geral de cautela tende**, hoje, **anomalamente**, **a traduzir o novo nome da censura!**

**O fato é que não podemos** – **nem devemos** – **retroceder** nesse processo de conquista **e** de reafirmação das liberdades democráticas. **Não se trata** de preocupação retórica, **pois o peso da censura** – ninguém o ignora – **é algo insuportável e absolutamente intolerável...**

**RUI BARBOSA**, em texto no qual registrou as suas considerações **sobre a atuação** do Marechal Floriano Peixoto **durante** a Revolução Federalista **e** a Revolta da Armada (“A Ditadura de 1893”), **após acentuar** que a “rule of law” **não podia** ser substituída **pelo**

*império da espada*, assim se pronunciou sobre a questão da censura estatal:

*“A Constituição **proibiu** a censura **irrestritamente, radicalmente, inflexivelmente. Toda lei** preventiva **contra** os excessos da imprensa, **toda lei** de tutela à publicidade, **toda** lei de inspeção policial sobre os jornais **é**, por consequência, **usurpatória e tirânica. Se** o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros.” (grifei)*

**Sendo assim**, Senhora Presidente, **e com estas considerações, acompanho o primoroso voto do eminente Relator e, em consequência, julgo procedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

**É o meu voto.**



## 5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.526 – DF

**Congresso Nacional – Membros que o integram – Imunidade constitucional contra prisão cautelar** desde a diplomação – “*Freedom from arrest*”, ressalvada a prisão em flagrante por delito inafiançável – **Impossibilidade de submissão ao Poder Legislativo** da decisão judicial que impõe ao congressista medidas cautelares (CPP, art. 319) – **Controle parlamentar “a posteriori”** de decisão que decretou medida cautelar contra o congressista – **Inadmissibilidade – Subversão da ordem constitucional – Sentido restritivo do art. 53, § 2º, da Constituição – Monopólio da última palavra** em tema de interpretação constitucional: prerrogativa exclusiva do STF – O dogma da República: responsabilidade e igualdade – Legitimidade da suspensão cautelar do mandato legislativo. [ADI 5.526/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, voto-vogal e vencido do Min. Celso de Mello, DJE de 7-8-2018.]

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:**

1. Decreto nº 848, de 11/10/1890: **Exposição de Motivos de Campos Salles sobre o novo papel do Poder Judiciário na República**

Na data de hoje, há 127 anos, no dia 11 de outubro de 1890, o Governo Provisório da República **editou** o Decreto nº 848, **dispondo** sobre a organização da Justiça Federal **e instituindo** o Supremo Tribunal Federal.

Esse Decreto, **que precedeu** a própria promulgação da Constituição republicana de 1891, **encontrou sua justificativa na célebre Exposição de Motivos formulada** por Campos Salles, **em sua condição** de Ministro da Justiça, **que destacou o novo papel** ( *muito distante daquele reconhecido pelo velho modelo imperial* ) **a ser desempenhado**, sob a égide e inspiração dos postulados republicanos, **pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente** por esta Corte Suprema, **consideradas** as atribuições e as competências institucionais, **inclusive no plano** do controle de constitucionalidade, **outorgadas** à Magistratura nacional, **como resulta claro** da visão exposta por Campos Salles **sobre o novo perfil** da Justiça em nosso País:

*“Mas, o que principalmente deve caracterizar a necessidade da imediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância que ela*

*se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.*

**Não se trata de tribunais ordinários de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente res-trita à aplicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica.**

**O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.**

**É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não tivessem extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo.**

*A função do liberalismo no passado (...) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos.*

*Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.*

***Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.*** (grifei)

**Quando** os Fundadores da República **conceberam** esta Nação, **promulgando**, em 1891, a Constituição **do novo** Estado brasileiro, **nela repousando** as inúmeras modificações **que inovaram** o perfil institucional de nossa organização político-jurídica, **registrou-se**, quanto ao Poder Judiciário – **e, em particular, quanto ao Supremo Tribunal Federal** –, uma significativa transformação no âmbito de sua esfera de competência, **em ordem a conferir** aos juízes e Tribunais **um papel de maior relevo** na jovem República, **eis** que se lhes atribuiu **a grave** responsabilidade de velar **pela supremacia** do novo estatuto constitucional.

Nesse **novo** contexto histórico, **ampliou-se**, de maneira expressiva, **o papel institucional** desta Suprema Corte, **que passou a ser**, nas palavras de Ruy, “o grande tribunal da Federação”, **concebido**, segundo o pacto republicano, **como obstáculo insuperável** aos excessos do poder **e** aos atos de transgressão **e** prepotência contra as liberdades públicas.

**A redemocratização** do Estado brasileiro **trouxe**, como natural consequência desse novo regime político, **agora fundado** no princípio da liberdade **e** no consenso dos governados, **o reconhecimento** de que **nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar** a Constituição, **pois, no Estado Democrático de Direito, não há lugar** para o poder absoluto. **Na realidade, a relação de qualquer** dos Poderes do Estado com a Constituição **há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional.**

**Isso significa**, na fórmula política do regime democrático, **que ninguém está acima** da Constituição **e** das leis. É por esse motivo **que o dever de fidelidade à lei** – a cujo império **estamos todos** submetidos, **tanto** governantes **quanto** governados – **representa** verdadeira pedra angular no processo de construção **e** de consolidação do Estado Democrático de Direito, **além de revelar** o grau de civilidade das autoridades constituídas **e** dos cidadãos em geral.

**Já o disse**, certa vez, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião** da Constituição – **não pode renunciar** ao exercício

desse encargo, **pois, se** esta 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.

**A importância** do Poder Judiciário na estrutura institucional **em que se organiza** o aparelho de Estado **assume** significativo relevo político, histórico e social, eis que, **sem** juízes independentes, **não há** cidadãos livres! **O fato inquestionável**, Senhora Presidente, **é que inexistente** na história das sociedades políticas **qualquer** registro de um Povo que, **despojado** de um Judiciário independente, **tenha conseguido preservar** os seus direitos **e conservar** a sua própria liberdade.

*2. O fiel cumprimento das decisões judiciais **qualifica-se** como obrigação constitucional inderrogável, **notadamente** dos Poderes da República e de seus membros e agentes*

**Cabe ainda fazer**, Senhora Presidente, **um outro registro**, este **referente** a notícias de que o Congresso Nacional **poderia descumprir** decisão desta Corte, **a ser proferida** no presente julgamento, **tal seja o resultado** dele decorrente, **o que configuraria gravíssimo comportamento transgressor** da autoridade **e** da supremacia da Constituição da República.

**Parece-me oportuno**, por isso mesmo, *em face das circunstâncias que cercam este julgamento, **fazer algumas observações** que reputo adequadas ao presente momento.*

**Tenho para mim** *que é pela compreensão do alcance e do significado do princípio da separação de poderes* que se viabiliza, *no plano da organização institucional do Estado, a concretização do respeito* ao comando inscrito na Constituição Federal **no sentido** de que os Poderes da República, *embora independentes, não de ser harmônicos entre si.*

*Desse modo*, Senhora Presidente, **torna-se imperioso reconhecer** *que essa é uma realidade política* que se mostra essencial à compreensão mesma do nosso mecanismo de governo.

**É por isso** que os representantes do Povo brasileiro, **reunidos** em Assembleia Nacional Constituinte **para instituir** um Estado Democrático de Direito, **ao elaborarem** a Constituição que nos rege, **mostraram-se** atentos e sensíveis à experiência histórica das sociedades políticas **e fizeram consagrar**, na Constituição da República que promulgaram, **fiéis** à nossa própria tradição constitucional, **um princípio revestido de fundamentalidade marcante no plano** das relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional, **vale dizer**, entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo **e** o Poder Judiciário.

A Constituição Federal, **ao dispor** sobre a configuração institucional do Estado brasileiro, **proclama** que os poderes da República são independentes.

**Não obstante** esse grau de autonomia, os Poderes do Estado – que, *na realidade*, são interindependentes – **devem manter convívio harmonioso** em suas relações institucionais, para que **do respeito recíproco** entre as diversas instâncias de poder **possam resultar**, *como normalmente tem ocorrido*, **práticas governamentais** cujo paradigma constante **resida no respeito consciente** aos grandes princípios proclamados pela Constituição.

**Esta Suprema Corte tem a exata percepção de que a harmonia** entre os poderes da República **qualifica-se**, *bem por isso*, **como valor constitucional a ser permanentemente preservado e cultivado**. Mais do que mero rito institucional, **o convívio harmonioso** – e reciprocamente respeitoso – **entre** os poderes do Estado **traduz** indeclinável obrigação constitucional *que a todos se impõe*.

*Nesse contexto, torna-se essencial reconhecer a soberania da Constituição e a supremacia da ordem político-jurídica nela plasmada, proclamando-lhe, sempre, a superioridade sobre todos os atos do poder público e sobre todas as instituições do Estado, a significar* que parlamentares, administradores e magistrados **devem-lhe incondicional e permanente reverência**.

**É importante** ter presente que **o Judiciário**, *quando intervém para conter os excessos do poder e, também, quando atua como intérprete do ordenamento constitucional, exerce*, de maneira plenamente legítima, **as atribuições** que lhe conferiu a própria

Carta da República. **O regular exercício** da função jurisdicional, por tal razão, *projetando-se no plano da prática hermenêutica* – **que constitui a província natural** de atuação do Poder Judiciário –, *não transgride o princípio da separação de poderes*.

**Torna-se fácil concluir**, pois, **que o normal desempenho**, pelos Poderes do Estado, **das prerrogativas institucionais** que lhes foram legitimamente atribuídas **não implica** *qualquer gesto de desrespeito ou de transgressão aos postulados maiores fundados na Constituição da República*.

**Nisso reside a essência do princípio da separação de Poderes** em **qualquer** regime democrático **sujeito** ao império da lei.

**A submissão de todos nós** à supremacia da Constituição **representa fator essencial** de preservação da ordem democrática, por cuja integridade *devemos todos velar*, **enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo**.

**No Estado Democrático de Direito**, *por isso mesmo*, Senhora Presidente, **não há espaço para o voluntário e arbitrário desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais, pois a recusa** de aceitar o comando **emergente** dos atos sentenciais, **sem** justa razão, **fere** o próprio núcleo conformador e legitimador da separação de poderes, **que traduz** – *vale sempre insistir nessa asserção* – dogma essencial **inerente** à organização do Estado **no plano** de nosso sistema constitucional.

**O inconformismo** com as decisões judiciais **tem** no sistema recursal **o meio legítimo** de impugnação das sentenças **emanadas** do Poder Judiciário.

**Contestá-las** por meio de recursos **ou** de meios processuais idôneos, **sim**; **desrespeitá-las** por ato de puro arbítrio **ou** de expedientes marginais, **jamais**, sob pena de frontal vulneração ao princípio fundamental **que consagra** o dogma da separação de poderes.

**Uma Constituição escrita** – cabe lembrar – **não configura** mera peça jurídica, **nem representa** simples estrutura de normatividade, **nem pode caracterizar** um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações, **pois a Constituição, que há de refletir o espírito do tempo, traduz** um documento político-jurídico **da maior** importância, sob cujo império **hão de reger-se** as relações entre os Poderes do Estado **e hão de resolver-se e superar-se** quaisquer situações de eventuais atritos **ou** fricções de ordem institucional.

**Um dos pontos de partida** para manter-se o convívio harmonioso **entre** os Poderes da República **situa-se** no cumprimento de decisões judiciais, **pois desobedecer** sentenças do Poder Judiciário **significa praticar** gesto inequívoco de inaceitável desprezo pela integridade **e** pela supremacia da Lei Fundamental do nosso País.

**É por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez, já fez consignar advertência** que põe em destaque a essencialidade do

cumprimento e fiel execução das decisões proferidas pelo Poder Judiciário:

**“O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL**

**A exigência de respeito incondicional** às decisões judiciais **transitadas** em julgado **traduz imposição constitucional justificada** pelo princípio da separação de poderes **e fundada** nos postulados **que informam**, em nosso sistema jurídico, **a própria concepção** de Estado Democrático de Direito.

**O dever de cumprir** as decisões **emanadas** do Poder Judiciário, **notadamente** nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário **o próprio** Poder Público, **muito mais** do que simples incumbência de ordem processual, **representa uma incontornável** obrigação institucional **a que não se pode subtrair** o aparelho de Estado, **sob pena** de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

**A desobediência** a ordem **ou** a decisão judicial **pode** gerar, em nosso sistema jurídico, **gravíssimas** conseqüências, **quer** no plano penal, **quer** no âmbito político-administrativo (possibilidade de ‘impeachment’), **quer**, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de **intervenção federal** nos

*Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios).*”

(**RTJ 167/6-7**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**Não constitui demasia relembrar**, neste ponto, Senhora Presidente, **dois episódios** registrados nos anais **desta** Corte Suprema **que revelam** comportamentos distintos **em face** de decisões do Supremo Tribunal Federal **que contrariaram, frontalmente, pretensões** político-jurídicas **de dois Presidentes da República**.

**Refiro-me**, inicialmente, **ao episódio** que envolveu o Presidente PRUDENTE DE MORAIS **no último ano** de seu mandato (1898).

**Com efeito**, o Supremo Tribunal Federal, **na sessão** de 16/04/1898, **ao conceder ordem** de “*habeas corpus*” **no julgamento do HC 1.073**, Relator designado Ministro LUCIO DE MENDONÇA, **consagrou a tese** – até então sustentada, *sem sucesso*, por RUI BARBOSA (**HC 300**, 1892) – de que, “*com a cessação do estado de sítio, cessam todas as medidas de repressão durante ele tomadas pelo Executivo*”, **reconhecendo**, *nessa decisão*, **não obstante finda a vigência** do estado de sítio, **a possibilidade de controle jurisdicional** de eventuais abusos **cometidos** na execução dessa medida extraordinária, **considerada a circunstância** – *tal como salientado por esta Corte Suprema* – de que a revisão judicial **não se**

**mostrava** incompatível com a competência **atribuída** ao Congresso Nacional “*para o julgamento político dos agentes do Executivo*” (“**Jurisprudência**”, p. 19/28, item n. 18, 1899, Imprensa Nacional).

**Essa decisão** do Supremo Tribunal Federal **reformou antiga jurisprudência** que, **estabelecida** em 1892, **consolidara-se** em sucessivos julgamentos proferidos pela Corte em 1894 e em 1897, **o que motivou**, por parte de RUI BARBOSA, **o reconhecimento** de que esse acórdão (1898) **representava** “*o fruto de seis anos de campanha liberal, que tinha o brilho e a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as Constituições escritas*”.

**A respeito** desse julgamento, RODRIGO OCTAVIO, **em obra de sua autoria** (“**Minhas Memórias dos Outros**”, 1ª série, p. 210/216, José Olympio Editora), **relembra que o Presidente da República** PRUDENTE DE MORAIS, **por entender** que a concessão do “*habeas corpus*” **comprometeria, gravemente, a ordem pública** – *e por considerar extremamente instável a situação institucional do País* –, **manifestou a sua intenção de renunciar** ao mandato presidencial, **por pensar ser inadmissível o resultado** de tal julgamento, **somente vindo** a reconsiderar tal propósito dias após, **quando, então, consciente** de sua alta responsabilidade institucional como Chefe de Estado **e, também**, como Advogado que era, **superou** as suas próprias objeções **e cumpriu a decisão** emanada do Supremo Tribunal Federal.

**Diverso**, no entanto, **foi o comportamento** do MARECHAL HERMES DA FONSECA, **então** Presidente da República, **que simplesmente**, e de maneira irresponsável, **descumpriu** decisão **emanada** do Supremo Tribunal Federal, **proferida no célebre caso** do Conselho Municipal do Distrito Federal (**precedente** que deu origem à formulação da doutrina brasileira do “*habeas corpus*”), **o que levou** o eminente Ministro PEDRO LESSA, **um dos mais notáveis Juízes desta Suprema Corte**, **a reagir**, como ele próprio registrou em clássica obra (“Do Poder Judiciário”, p. 317, § 61, 1915, Livraria Francisco Alves), **em termos enérgicos e denunciatórios** da violência política **cometida** pelo Chefe do Poder Executivo da União, **conforme evidencia** a seguinte passagem de seu pronunciamento:

“(…) **Cumpre fazer observar** as leis em geral, **sem** aplicá-las a casos particulares, controvertidos? **A função é executiva. Faz-se necessário aplicar** as leis a contendas, a controvérsias, a questões entre pessoas singulares, ou coletivas? **Ninguém contesta a competência do Poder Judiciário. Ora, no caso do Conselho Municipal**, do que exclusivamente se cogitava **era de dirimir uma questão**, de interpretar e aplicar preceitos constitucionais e legais a uma determinada espécie. **Aos olhos de todos ressalta a incompetência do Poder Legislativo, que não pode fazer leis infringentes da Constituição**, e, ainda menos,

**julgar, aplicando disposições legais a casos particulares. Se, por esses fundamentos, incompetente é o Poder Legislativo**, pelas mesmas razões **não se pode um só momento pôr em dúvida a incompetência do Executivo.**

(...)

**Como havemos de tolerar que, sob a república federativa, e no regime presidencial**, em que tão nítida e acentuada é a separação dos poderes, **se restabeleça a inconstitucional intrusão** do Poder Executivo nas funções do Judiciário? **Ao Presidente da República nenhuma autoridade legal reconheço para fazer preleções aos juízes acerca da interpretação das leis e do modo como devem administrar a justiça. Pela Constituição e pela dignidade do meu cargo sou obrigado a repelir a lição. (...).**” (grifei)

3. **O controle parlamentar “a posteriori” traduz subversão da ordem constitucional**

**Cumpre afirmar**, desde logo, Senhora Presidente, **que as decisões** do Supremo Tribunal Federal **não** estão sujeitas a revisão **nem** dependem, para sua eficácia, de ratificação **ou** de ulterior confirmação **por qualquer** das Casas do Congresso Nacional, **pois não assiste** ao Parlamento a condição institucional de **instância arbitral** das deliberações da Suprema Corte, **sob pena de subversão** da ordem constitucional **mediante** desrespeito frontal ao postulado da separação de poderes.

**Daí a correta e peremptória afirmação** do eminente Relator **no sentido da inadmissibilidade de sujeição** do julgamento **desta Corte ao assentimento posterior** das Casas do Congresso Nacional **na hipótese estrita** a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição:

*“Percebe-se que a regra do art. 53, § 2º, da CRFB **nem de longe confere ao Poder Legislativo o poder de revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário. Ao Poder Legislativo, a Constituição outorgou, pela regra de seu art. 53, § 2º, apenas o poder de relaxar a prisão em flagrante, forte num juízo político.***

***Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares penais significa ampliar referida imunidade para além dos limites da própria normatividade que lhe é própria, em ofensa ao postulado republicano e à própria independência do Poder Judiciário.” (grifei)***

**O mecanismo** de “*checks and balances*”, **devidamente institucionalizado no texto de nossa Lei Fundamental**, já prevê as situações excepcionais em que, **pelo exercício de funções atípicas ou extraordinárias, legitimar-se-á o controle recíproco ou interorgânico entre os Poderes da República.**

**Cabe, aqui, no entanto, Senhora Presidente, um “caveat”, pois revela-se necessário advertir**

que, *entre essas atividades atípicas* do Congresso Nacional, **decididamente não está** a de proferir *esdrúxulas “sentenças legislativas” concretizadoras do controle político do Poder Legislativo (!!!) sobre as decisões* do Supremo Tribunal Federal...

**Vale observar**, Senhora Presidente, *tratando-se das medidas cautelares fundadas no art. 319 do CPP, que o preconizado controle parlamentar “a posteriori” das decisões* do Supremo Tribunal Federal que as apliquem **provocará inconcebível efeito transgressor** da Constituição da República, **eis que o reconhecimento, em favor do Congresso Nacional, desse inadmissível instrumento de tutela política dos julgamentos desta Corte Suprema – além de perverter, gravissimamente, a ordem institucional – romperá qualquer possibilidade de convívio harmonioso entre esses órgãos da soberania nacional.**

**Ninguém ignora** que, **durante** o Estado Novo de Vargas **e sob a égide da autocrática Carta Política de 1937, introduziu-se no plano do controle de constitucionalidade** um instrumento **destinado** a tornar “*sem efeito*” **qualquer** decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei **proferida** pelo Supremo Tribunal Federal (**ou** por outros órgãos do Poder Judiciário) **se, a juízo do Presidente da República, a lei, não obstante incompatível com a Constituição, fosse considerada** de alto interesse nacional, **hipótese** em que o Parlamento (*que jamais se reuniu, pois sob a ditadura de Vargas não houve eleições*

em nosso País) **poderia confirmá-la** pelo voto de 2/3 dos membros de cada uma de suas Câmaras, **assim destituindo de eficácia**, até mesmo, julgamento desta própria Corte Suprema.

**Essa previsão que constava do parágrafo único do art. 96 da Carta Federal de 1937 consagrou, entre nós, verdadeiro “recall” de decisões judiciais, assim viabilizando, em obediência ao “diktat” do Presidente da República, a prática anômala de verdadeiro cesarismo governamental!!!**

**A mera possibilidade de reconhecer-se viável o controle político das decisões do Supremo Tribunal Federal pelos corpos legislativos constituiria fator de degradação da própria independência institucional do Poder Judiciário e de frontal desrespeito ao postulado da separação de poderes.**

**4. O Supremo Tribunal Federal, em tema de interpretação constitucional, quando no desempenho de sua atividade jurisdicional, notadamente em sede de controle normativo abstrato, tem o monopólio da última palavra**

**Não custa lembrar, Senhora Presidente, considerada a essencialidade do princípio constitucional da separação de poderes, a advertência histórica de ALEXANDER HAMILTON (“Publius”), em “O Federalista” (“**The Federalist Papers**”, nº 78), que acentuava a necessidade de proteger-se o Poder Judiciário (“*the least dangerous of the branches of government*”) **contra** a inaceitável submissão institucional **a outros** Poderes do Estado, **em situações****

aptas a comprometer a própria independência orgânica dos corpos judiciários e a liberdade decisória de seus magistrados.

**Inegável reconhecer, por isso mesmo, que compete ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição indisputável de guardião da Lei Fundamental, interpretá-la e de seu texto extrair, nesse processo de indagação hermenêutica, a máxima eficácia possível, **em atenção e respeito** aos grandes princípios estruturantes **que informam**, *como verdadeiros vetores interpretativos*, **o sistema** de nossa Carta Política, **em ordem a fazer prevalecer a força normativa da Constituição**, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, *por isso mesmo*, **hão de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatizam autores eminentes** (ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, “**Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia**”, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “**Tribunal e Jurisdição Constitucional**”, p. 08/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, *v.g.*).**

**Cabe destacar**, *bem por isso*, **tendo presente** o contexto em questão, **que assume papel de fundamental importância** a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional** de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) **confere-lhe o monopólio da última palavra** em tema **de exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido assinalado**, *com particular ênfase*, **pela jurisprudência** deste Tribunal, para quem “(...) **A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição (...)**” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

**A circunstância** de o Supremo Tribunal Federal, **na qualidade** de “organo di chiusura”, **dispor** de competência **para interpretar** o ordenamento constitucional, **encerrando, em caráter definitivo**, **as controvérsias jurídicas** a ele submetidas, **não significa que suas decisões sejam imunes** à crítica, à divergência **e** ao debate **no âmbito** da sociedade civil **e no plano** das comunidades jurídica e acadêmica, **especialmente se se considerar** a afirmação de que se vive **sob a égide** de uma “sociedade aberta dos intérpretes livres da Constituição”, **como a ela se refere** Peter Häberle.

**Inquestionável**, *desse modo*, **o reconhecimento**, *em favor* da generalidade das pessoas **e** das instituições, **inclusive** dos próprios Poderes da República, **de verdadeira** “abertura hermenêutica”, **que**

**lhes permite discutir** o alcance, o significado e a abrangência das cláusulas **que compõem** o “corpus” constitucional.

**Com essa compreensão**, *é importante destacar*, **pluraliza-se** o debate constitucional, **confere-se** expressão real **e** efetiva ao princípio democrático **e permite-se** que o Supremo Tribunal Federal **disponha** de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **buscando-se alcançar**, *com tal abertura material*, **consoante assinala expressivo magistério doutrinário** (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva; GILMAR MENDES, “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “in” RDA 211/125-134, v.g.), **a possibilidade de superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática** das decisões **emanadas** desta Corte Suprema **no exercício** de seu *extraordinário poder de efetuar*, **notadamente em abstrato**, o controle de constitucionalidade.

A única diferença que existe entre a atuação desta Corte Suprema **nos processos** em que profere o seu julgamento **e a possibilidade democrática de ampla discussão social em torno** da Constituição, **passando, inclusive**, pelo “*diálogo institucional*” **entre** os órgãos e Poderes constituídos, **reside** no fato, *jurídica e processualmente relevante*, **de que a interpretação dada** pelo Supremo Tribunal Federal **revestir-se-á de definitividade** nas causas que julgar, **pondo termo** ao litígio nelas instaurado, **seja** com efeito “*inter partes*” (controle incidental ou difuso de constitucionalidade), **seja** com efeito “*erga omnes*” e eficácia vinculante (controle normativo abstrato de constitucionalidade).

**É por isso que se atribui** ao Supremo Tribunal Federal o “*monopólio da última palavra*” **em matéria** de interpretação constitucional efetuada por esta Corte Suprema **nos processos** submetidos a seu julgamento, **valendo destacar**, quanto a esse ponto, **no que concerne** à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos **em tema de exegese da Constituição, a lição** do eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO (“**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 392, item n. 2, 7ª ed., 2016, Saraiva), *bastante clara no sentido* de que “**Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário**” (grifei), **embora** esse ilustre magistrado e Professor **advirta** que a primazia judicial “*não significa (...) que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal*”.

**As observações** que venho de fazer, Senhora Presidente, **ênfatizam** a circunstância – *que assume absoluto relevo* – **de que não se pode minimizar** o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, **pois tais decisões**, em última análise, *dão expressão concreta ao texto da própria Constituição*.

**É por essa razão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar a ADI 2.797/DF**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **advertiu** que o legislador ordinário **não pode**, *a pretexto de editar lei interpretativa* da Carta Política, “**opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição**” (grifei), **sob pena** de usurpação, *por parte do Congresso Nacional*, da função desta Corte Suprema como “*intérprete final da Lei Fundamental*”.

**Ao assim decidir**, o Supremo Tribunal Federal, *ênfatizando a condição institucional que lhe permite exercer, soberanamente, o monopólio da última palavra em interpretação constitucional*, **concluiu** pela impossibilidade jurídica de o Congresso Nacional, **ainda que mediante lei**, *reformular exegese ou alterar o sentido interpretativo* que esta Corte Suprema, **no regular exercício** de sua jurisdição, **conferiu** ao texto constitucional:

“(...) **admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional**

da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (...).”

(ADI2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Esse entendimento é também perfilhado pelo eminente Professor da Universidade de Coimbra J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição” p. 899/900, item n. 1.1.2, “a”, 1998, Almedina), para quem não se pode convalidar, retroativamente, por ato legislativo, situação normativa declarada inconstitucional pelo órgão incumbido de proceder à fiscalização de constitucionalidade, residindo, nesse específico ponto, um limite negativo ao exercício da própria atividade legislativa:

“O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC [Tribunal Constitucional]. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição de reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação

trilateral – Constituição-sentença-lei – em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade.” (grifei)

É interessante observar, neste ponto, a título de mero registro, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar o caso *Dickerson v. United States* (2000), também reconheceu, por 7 (sete) votos a 2 (dois), consoante ressaltam os que comentaram essa importante decisão, que “*Congress may not override judicial interpretations of the Constitution*”, vindo a manter, em consequência, naquele processo, a orientação firmada, em 1966, no precedente “*Miranda v. Arizona*”.

Com efeito, no julgamento do caso *Dickerson v. United States*, a corrente majoritária, liderada pelo então *Chief Justice William Rehnquist*, assim expôs a sua conclusão: “*In sum, we conclude that Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively. Following the rule of stare decisis, we decline to overrule Miranda ourselves*” (grifei).

É preciso ter sempre em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, tem por objetivo único preservar a supremacia da Constituição, o que põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – compreendida a expressão “dimensão política” em seu

**sentido helênico** (como **apropriadamente** a ela referiu-se a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em outra oportunidade) –, **pois**, *no processo de indagação constitucional*, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, *em caráter final*, **sobre a própria** substância do poder.

**Daí a precisa observação** de FRANCISCO CAMPOS (“**Direito Constitucional**”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério enfatiza**, *corretamente*, que *no poder de interpretar inclui-se* a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** – *segundo a lição desse eminente publicista* – “**O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte**” (grifei).

*Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente* que a ordem jurídica **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em tema** de interpretação da Constituição da República.

**É preciso, pois, reafirmar a soberania** da Constituição, **proclamando-lhe** a superioridade **sobre todos** os atos do Poder Público **e sobre todas** as instituições do Estado, **o que permite reconhecer**, *no contexto do Estado Democrático de Direito*, **a plena legitimidade** da atuação do Poder Judiciário **na restauração** da ordem jurídica lesada **e, em particular, a da intervenção do Supremo Tribunal Federal**,

que detém, *em tema de interpretação constitucional*, **e por força** de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, **o monopólio da última palavra**, de que já falava RUI BARBOSA **em discurso parlamentar** que proferiu, *como Senador da República*, em 29 de dezembro **de 1914**, *em resposta ao Senador gaúcho Pinheiro Machado*, quando, **definindo com precisão o poder** de nossa Suprema Corte em matéria constitucional (“**Obras Completas de Rui Barbosa**”, vol. XLI, tomo III, p. 255/261, Fundação Casa de Rui Barbosa), *deixou assentadas as seguintes conclusões*:

“**A Justiça**, como a nossa Constituição a criou no art. 59, **é quem traça** definitivamente **aos dois poderes políticos** as suas órbitas respectivas. (...).

No art. 59, **é categórica** a letra constitucional, **estatuindo** de acôrdo com a praxe geral (...) **que o Supremo Tribunal** conhecerá, **em última instância**, das causas **em que se contestar** a validade, **assim** dos atos do Poder Executivo, **como do Poder Legislativo perante a Constituição. Por esta disposição constitucional**, a nossa justiça suprema **é quem define** quando os atos do Poder Legislativo **estão dentro ou fora** da Constituição, **isto é**, quando os atos **de cada um desses dois poderes** se acham **dentro** da órbita **que a cada um desses dois poderes** a Constituição traçou.

**Ele é o poder regulador**, não conhecendo do assunto por medida geral, por deliberação ampla,

resolvendo apenas dos casos submetidos ao seu julgamento, mediante a ação regular; **mas quando aí decide**, julgando **em última** instância, **não há**, sob qualquer pretexto dêste mundo, **recurso** para outro **qualquer** poder constituído.

(...)

Bem conheço o pretexto. **A evasiva das causas políticas é um princípio verdadeiro, quando entendido como se deve entender.** Indubitavelmente a justiça **não pode conhecer** dos casos que forem exclusivos e absolutamente políticos, **mas a autoridade competente para definir quais são os casos políticos e casos não políticos é justamente essa justiça suprema**, cujas sentenças agora se contestam. (...).

(...)

**Em tôdas** as organizações políticas **ou** judiciais **há sempre** uma autoridade extrema para errar em último lugar.

(...)

**Acaso V. Ex.as poderiam convir** nessa infalibilidade que agora se arroga de poder qualquer dêsses ramos da administração pública, **o Legislativo ou o Executivo, dizer** quando erra **e** quando acerta o Supremo Tribunal Federal?

**O Supremo Tribunal Federal**, Senhores, **não sendo infalível, pode errar**, mas a alguém **deve ficar** o direito de errar **por último**, de decidir **por último**, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como erro ou como verdade.” (grifei)

**Impende registrar**, ainda, neste ponto, **a precisa lição** do eminente e saudoso Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (“**Ação Rescisória em Matéria Constitucional**”, “in” Revista de Direito Renovar, vol. 27/153- -174, **159-165**, 2003) **reveladora** do papel institucional **que se atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em sua condição** político-jurídica **de guarda maior** da supremacia **e** da intangibilidade da Constituição da República:

**“Ocorre que a lei constitucional não é uma lei qualquer. Ela é a lei fundamental** do sistema, **na qual** todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, seja formal, seja material. **Na Constituição** está moldada a estrutura do Estado, seus organismos mais importantes, a distribuição e a limitação dos poderes dos seus agentes, estão estabelecidos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. **Enfim, a Constituição é a lei suprema**, a mais importante, **a que está colocada no ápice** do sistema normativo. **Guardar a Constituição, observá-la fielmente, constitui, destarte, condição essencial** de preservação do Estado de Direito **no que ele tem de mais significativo**, de mais vital, de mais fundamental. Em contrapartida, **violar a Constituição**, mais que violar uma lei, **é atentar contra a base de todo o sistema. Não é por outra razão que, além dos mecanismos ordinários para tutelar a observância dos preceitos normativos comuns, as normas constitucionais têm seu**

**cumprimento fiscalizado e garantido** também por instrumentos especiais e próprios.

(...)

**Mais ainda: a guarda da Constituição**, além de constituir dever jurado de todos os juízes, **foi atribuída** como missão primeira, **mais relevante**, a ser desempenhada ‘precipuamente’, **ao órgão máximo** do Poder Judiciário, **o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102)**. **A ele se atribui**, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento, **o poder de declarar**, com eficácia ‘erga omnes’ e efeito vinculante, **a inconstitucionalidade** de preceitos normativos, **retirando-os** do ordenamento jurídico, **ou a sua constitucionalidade**, afirmando a imperiosidade da sua observância. **Também no âmbito do controle difuso, os precedentes do STF têm eficácia transcendental no sistema** (...).

(...)

**As razões fundantes** do tratamento diferenciado, **segundo é possível colher** da jurisprudência do STF, **são**, essencialmente, **a da ‘supremacia jurídica’** da Constituição, **cuja interpretação** ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, **e a especial gravidade** com que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, **mormente** o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis.

**O exame** desta orientação (...) **revela duas preocupações fundamentais** da Corte Suprema: **a primeira, a de preservar**, em qualquer

circunstância, **a supremacia da Constituição** e a sua aplicação uniforme **a todos** os destinatários; **a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição**, de órgão com legitimidade constitucional **para dar a palavra definitiva em temas relacionados** com a interpretação e a aplicação da Carta Magna. **Supremacia** da Constituição **e autoridade** do STF **são**, na verdade, **valores associados e que têm sentido transcendental** quando associados. **Há**, entre eles, **relação de meio e fim**. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas (...).

**O princípio** da supremacia da Constituição **e a autoridade** do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal **constituem**, conforme se viu, **os pilares** de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações (...).

(...)

(...) **O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado** pela própria Constituição **a dar a palavra final** em temas constitucionais. **A Constituição**, destarte, **é o que o STF diz que ela é**. (...). **Contrariar o precedente** tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, **que os de violar a Constituição** (...). **É nessa perspectiva**, pois, **que se deve aquilatar o peso institucional** dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, **mesmo em controle difuso**.” (grifei)

**Esse papel** do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação constitucional, nada mais representa senão o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, que converteu juízes e Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social **e** na arena política, consideradas as relevantíssimas atribuições que lhes foram deferidas, notadamente as outorgadas a esta Suprema Corte, **em tema** de jurisdição constitucional, **como o revela**, p. ex., **o seguinte julgado**:

**“A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

– **O exercício** da jurisdição constitucional, que **tem** por objetivo **preservar** a supremacia da Constituição, **põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política **em que se projeta** a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **assenta-se** a magna prerrogativa **de decidir**, em última análise, sobre a própria **substância** do poder.

– **No poder de interpretar** a Lei Fundamental, **reside** a prerrogativa extraordinária de **(re)formulá-la**, **eis** que a interpretação judicial **acha-se compreendida** entre os processos **informais** de

mutação constitucional, **a significar**, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. **Doutrina. Precedentes.**

– **A interpretação constitucional derivada** das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – **a quem se atribuiu** a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – **assume** papel **de fundamental** importância na organização institucional do Estado brasileiro, **a justificar** o reconhecimento de que o modelo político-jurídico **vigente** em nosso País **conferiu**, à Suprema Corte, **a singular prerrogativa de dispor** do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas **inscritas** no texto da Lei Fundamental.”

(MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

**5. A controvérsia constitucional em julgamento**

**O exame** do litígio constitucional **revela que se registram**, na espécie, em tese, **ao menos** três posições: **(a) possibilidade ampla** de o Supremo Tribunal Federal **aplicar**, autonomamente, **aos membros** do Congresso Nacional, sem qualquer intervenção ulterior da Casa legislativa correspondente, **as medidas cautelares** a que se refere o art. 319 do CPP (**proposta** da Procuradoria-Geral da República); **(b) impossibilidade**, pura e simples, de o Supremo Tribunal Federal **impor** referidas medidas

cautelares pessoais aos parlamentares (**entendimento** do Presidente da República e dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal); e (c) **legitimidade de aplicação** de tais medidas cautelares aos congressistas (CPP, art. 319), **desde que essa decisão** do Supremo Tribunal Federal **venha a ser referendada** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal *conforme o caso* (**pretensão** das agremiações partidárias litisconsortes ativas).

**Tenho para mim**, Senhora Presidente, **com a vênia** dos que pensam em sentido contrário, **que as posições** expostas pelas agremiações partidárias, pelo Senhor Presidente da República e pelos Senhores Presidentes das Casas que compõem o Congresso Nacional – **que buscam delinear um círculo de imunidade virtualmente absoluta em torno dos membros** do Congresso Nacional, **em ordem a excluí-los da esfera de jurisdição penal cautelar** do Supremo Tribunal Federal – **mostram-se incompatíveis com o dogma da República, inconciliáveis com os valores ético-jurídicos** que informam e conformam a própria atuação do Estado e **conflitantes com o princípio da separação de poderes, que constituem, todos eles, postulados básicos** de nossa organização política.

**Entendo**, por isso mesmo, Senhora Presidente, **que deve prevalecer** a posição da douta Procuradoria-Geral da República, **acolhida no substancioso e extremamente bem elaborado voto proferido** pelo eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, **pois tenho por inassimilável** ao que estabelece o § 2º

do art. 53 da Constituição (**que trata** de prisão em flagrante *por crime inafiançável*) **a imposição, a qualquer membro do Congresso Nacional, das medidas cautelares** de índole pessoal **previstas** no art. 319 do CPP, **precisamente porque não se revestem elas de caráter privativo da liberdade**.

*Ao assim decidir, apoio-me tanto no magnífico voto* do eminente Relator *quanto em precedente unânime* do Supremo Tribunal Federal, **que entendeu plenamente legítimas, em face da Constituição da República, as medidas de afastamento cautelar** da Presidência da Câmara dos Deputados e *de suspensão preventiva* do exercício do mandato legislativo **impostas ao então** Deputado Federal Eduardo Cunha (AC 4.070-Ref/DF).

**Com efeito**, o Plenário desta Corte Suprema, **em sessão** de 05/05/2016, **proferiu** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA**

**PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO.**

(AC 4.070-Ref/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

O saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, no voto que então proferiu em referido julgamento, **depois de demonstrar** a plena “legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados”, **ênfatizou** que a utilização dos instrumentos de tutela cautelar penal **em relação** aos congressistas **encontra** suporte autorizador **no princípio** da inafastabilidade da jurisdição **e em postulados** de conteúdo ético- -jurídico, **que informam** a própria ordem identificadora do Estado Democrático de direito.

Ao **assim julgar**, o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI **invocou**, em favor de sua decisão, **os fundamentos** com que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA **havia justificado**, como Relatora do HC 89.417/RO, a **denegação** da ordem de “*habeas corpus*” **relativa** ao Presidente de determinada

Assembleia Legislativa estadual, **ocasião em que assim se pronunciou:**

“A Constituição **não diferencia** o parlamentar para privilegiá-lo. **Distingue-o e torna-o imune** ao processo judicial **e até mesmo à prisão** para que os princípios do Estado Democrático da República **sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados.** Afinal, **o que se garante é a imunidade, não a impunidade.** **Essa é incompatível** com a Democracia, com a República **e com o próprio princípio do Estado de Direito.**

**Afirmava** Geraldo Ataliba, **que pensar que a impunidade possa ser acolhida** no Estado de Direito, sob **qualquer** disfarce, **é imaginar** que se pode construir uma fortaleza para dar segurança e nela instalar um portão de papelão. (...)” (grifei)

**Esta Corte Suprema**, em referido precedente, **adverteu** que, “(...) **a prevalecer uma interpretação que exclua** do sistema a possibilidade de suspensão cautelar de parlamentar de suas funções públicas, **ter-se-á uma situação de tratamento injustificadamente diferenciado** entre os altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes” (grifei), **o que se revela inadmissível, eis que o caráter restritivo dessa exegeze – além de interditar o exercício** do poder de cautela **atribuído**, “*ex vi legis*”, a magistrados e Tribunais, **excluindo**, seletivamente, de sua incidência, **os congressistas** (e eles apenas) – **desconsidera**, **conforme destacado**

em mencionado julgamento, que “os membros da magistratura, que exibem garantias constitucionais igualmente próprias”, **podem ser eles suspensos** do exercício das respectivas atribuições jurisdicionais por determinação do Tribunal competente, **sempre** que se tornar aconselhável o recebimento, *contra eles*, de denúncia, **em face** da natureza **ou** da gravidade do próprio ilícito criminal cuja autoria lhes tenha sido imputada (LOMAN, art. 29), **sendo certo**, ainda, que **também** o Conselho Nacional de Justiça, **fundado** em sua jurisdição censória, **pode ordenar-lhes** o afastamento cautelar do ofício jurisdicional (Resolução CNJ nº 135/2011, art. 15).

**A consagração das teses** preconizadas, de um lado, **pelos autores** desta ação direta **e**, de outro, *em caráter mais radical*, **pelo Senhor** Presidente da República **e pelos Senhores** Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, **por causar virtual esterilização** do poder de cautela **de que se acha investido** o Supremo Tribunal Federal **por efeito de expressa determinação fundada** no art. 319 do CPP (**que prevê** medidas cautelares típicas **ou** nominadas), **culminará por gerar a inefetividade** da jurisdição penal do Estado, **frustrando**, de modo inconcebível, por via de consequência, *a própria eficácia* do princípio republicano, **que tem na responsabilização, inclusive criminal**, dos agentes públicos (aí compreendidos os agentes políticos, como os congressistas) *uma de suas projeções político-jurídicas mais expressivas*.

**Vale acentuar que as medidas cautelares – que podem ser pessoais** (algumas privativas de liberdade, outras meramente restritivas de direitos) **ou reais** (sequestro, arresto, apreensão e indisponibilidade de bens, **inclusive** congelamento de depósitos bancários, p. ex.) – **não se revestem de caráter punitivo nem possuem conteúdo sancionatório, pois independem, para efeito de sua aplicabilidade, da formulação de qualquer juízo de culpabilidade.**

**Importante rememorar, no ponto, ante a extrema pertinência** de suas observações, **fragmento** do voto proferido pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI no precedente acima referido:

**“3. O deferimento de medidas cautelares, no processo penal, pressupõe escrutínio que não se confunde com o juízo de culpa. Embora também atraia uma avaliação a respeito da conduta das pessoas de interesse das investigações, o exame cautelar não comporta nem a mesma profundidade, nem os mesmos parâmetros, nem a mesma finalidade de um veredicto de condenação. O que se há de investigar, nesse momento, e a partir de uma leitura contextualizada dos fatos suspeitadamente ilícitos, é se os implicados na narrativa persecutória manifestaram alguma espécie de comportamento que possa se traduzir em risco de ineficácia para a realização da jurisdição penal.**

(...)

**A provisoriedade da medida, aliás, é o seu distintivo de validade. É justamente porque ela não tem o condão de destituir ou privar alguém definitivamente do exercício de um direito que ela se sustenta diante do princípio da presunção de inocência**, como, aliás, **o Plenário** desta Suprema Corte **veio a proclamar no INQ 2424**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 26/3/10. E é esta mesma característica que torna possível identificar os casos em que a sua manutenção possa vir a se revelar abusiva (HC 121089, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17/3/15).

(...)

**(...) a compreensão sobre o cabimento da medida suspensiva reclama uma inevitável leitura a respeito da existência de riscos que possam transcender a própria instância processual penal, sobretudo quando estiver sob consideração o exercício de funções públicas relevantes. Nestes casos, a decretação da medida servirá a dois interesses públicos indivisíveis: a preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado) e a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita).** A hibridez do juízo a ser feito na ponderação do cabimento deste tipo de medida foi ilustrada, com lucidez, pelo Min.

Roberto Barroso, no julgamento da AC 3873 AgR, Primeira Turma, j. 19/05/2015.

**Em outras palavras, a norma do art. 319, VI, do Código de Processo Penal tutela igualmente – e a um só tempo – o risco de (prática da) delinquência no poder e o risco (de uso) do poder para delinquir. A não ser por um exercício de puro abstracionismo retórico, não há como separar essas realidades (...).**

(**AC 4.070-Ref/DF**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Na realidade, as medidas cautelares **existem** em função da atividade processual (ou da investigação penal) **e não veiculam** antecipações punitivas, **pois objetivam**, *unicamente*, **conferir efetividade e assegurar resultados úteis e práticos** aos procedimentos de investigação criminal e/ou de persecução penal.

#### **6. O dogma da República: responsabilidade e igualdade**

**Todos sabemos** que a responsabilidade dos governantes e dos agentes públicos em geral, **inclusive** dos membros do Congresso Nacional, em um sistema constitucional de poderes limitados, **tipifica-se** como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado da **ideia republicana**, que se opõe – *em função de seu próprio conteúdo* – às formulações teóricas ou jurídico-positivas que proclamam, **nos regimes monárquicos**, a absoluta irresponsabilidade pessoal do Rei ou do Imperador,

**tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).

**Embora irrecusável** a posição de grande relevo dos Deputados Federais e Senadores da República no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política, **impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência necessária do princípio republicano**, a possibilidade de responsabilizá-los, **penalmente**, pelos atos ilícitos que eventualmente venham a praticar no desempenho de suas funções ou fora delas.

**Mesmo** naqueles Países, cujo ordenamento político revela uma primazia dos agentes incumbidos da direção e regência do Estado, **ainda assim** – *tal como salienta o saudoso Senador JOSAPHAT MARINHO (RDA 156/11) – essa posição hegemônica*, no plano jurídico-institucional, “*não equivale a domínio ilimitado e absorvente*”, **basicamente porque** a expansão do arbítrio **deve ser contida** por um sistema que permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder.

**A consagração do princípio da responsabilidade** dos agentes políticos em geral **configura** “*uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou...*” (PAULO DE LACERDA, “**Princípios de Direito Constitucional Brasileiro**”, vol. I/459, item n. 621).

**A sujeição dos membros do Congresso Nacional** às consequências jurídicas de seu próprio comportamento **é inerente e consubstancial, desse modo, ao regime republicano**, que constitui, *no plano de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais* adotadas pelo legislador constituinte brasileiro.

**Não obstante** a posição que detém na estrutura político-institucional do Poder Legislativo da União, **o membro** do Congresso Nacional – *que também é súdito das leis*, como **qualquer** outro cidadão deste País – **não se exonera** da responsabilidade penal **emergente** dos atos que tenha praticado.

**A forma republicana** de Governo, **analisada** em seus aspectos conceituais, **faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade** a que se devem submeter, *de modo pleno*, dentre outras autoridades estatais, **os parlamentares**, à semelhança do que ocorre, *p. ex.*, com o Chefe do Poder Executivo (**RTJ 162/462-464**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).

**O princípio republicano consagra, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos** – os membros do Congresso Nacional, *em particular* – **são responsáveis perante a lei** (WILSON ACCIOLI, “**Instituições de Direito Constitucional**”, p. 408/428, itens ns. 166/170, 2ª ed., 1981, Forense; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, p. 518/519, 10ª ed., 1995, Malheiros; MARCELO CAETANO,

“Direito Constitucional”, vol. II/239, item n. 90, 1978, Forense, v.g.).

**Cumpra-se destacar**, nesse contexto, **o magistério irrepreensível** do saudoso GERALDO ATALIBA (“República e Constituição”, p. 38, item n. 9, 1985, RT – grifei), **para quem** a noção de responsabilidade **traduz** um consectário natural do dogma republicano:

*“A simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, **sugerindo a noção** do princípio jurídico que a expressão quer designar. **Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial.**”* (grifei)

**Foi por tal razão que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **atento** às implicações jurídicas e políticas **que resultam do princípio republicano**, **pronunciou-se** sobre o tema concernente à **responsabilidade penal** dos agentes estatais, **proferindo** decisão consubstanciada em **acórdão** assim ementado:

**“PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES.**

**– A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da idéia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma**

*conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.*

**O princípio republicano** exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que **todos** os agentes públicos (...) são **igualmente** responsáveis perante a lei (...).”

(**ADI 1.008/PI**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

*Não constitui demasia assinalar*, Senhora Presidente, *que o postulado republicano repele* privilégios e **não tolera** discriminações, *impedindo que se estabeleçam tratamentos seletivos em favor* de determinadas pessoas *e obstando que se imponham restrições gravosas em detrimento* de outras, **em razão**, entre outras, de sua condição social, de nascimento, de gênero, de origem étnica, de orientação sexual ou de posição estamental, **eis que nada pode autorizar o desequilíbrio** entre os cidadãos da República, **sob pena** de transgredir-se o valor fundamental que informa a **própria** configuração da ideia de República, *que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.*

*Daí a afirmação incontestável* de JOÃO BARBALHO (“Constituição Federal Brasileira”, p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), **que associa** à autoridade de seus comentários **a experiência** de membro da **primeira** Assembleia Constituinte da República e, **também**, a de Senador da República e a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*“**Não há**, perante a lei republicana, grandes **nem** pequenos, senhores **nem** vassalos, patrícios **nem** plebeus, ricos **nem** pobres, fortes **nem** fracos, **porque a todos irmana e nivela o direito** (...).” (grifei)*

#### **7. Legitimidade da suspensão cautelar do exercício do mandato legislativo**

**Cabe registrar**, desde logo, por relevante, **que houve uma Constituição brasileira** (a de 1824) que **expressamente** contemplou **a hipótese de suspensão** do exercício do mandato parlamentar, **além de haver definido como competente para a imposição dessa medida a própria Câmara a que pertencia** o legislador, **uma vez notificada** pelo magistrado responsável pelo processo penal em andamento **no qual pronunciado** o titular do mandato.

**É o que prescrevia** o art. 28 da Carta Imperial de 1824, **em norma que deixou de ser reproduzida** nas Constituições posteriores, **a significar**, “*de jure constituto*”, **que não mais pertence** ao próprio Legislativo, *no contexto mencionado*, **a atribuição** de ordenar a medida *suspensiva* do exercício do mandato legislativo, **que agora remanesce na esfera da jurisdição penal cautelar** do Supremo Tribunal Federal, **tratando-se** de membro do Congresso Nacional.

**É por essa razão que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em unânime decisão** (AC 4.070-Ref/DF), **julgou plenamente compatível** com

a ordem constitucional **a possibilidade** de esta Corte Suprema **decretar**, *por autoridade própria*, **contra membro** do Congresso Nacional, *entre outras medidas cautelares fundadas no art. 319 do CPP*, **a suspensão preventiva** do ofício legislativo, **independentemente** de essa deliberação judicial **necessitar**, *para efeito de sua plena eficácia*, **de ulterior confirmação** por parte da Casa legislativa **a que pertencer** o parlamentar, **consoante se verifica de passagem**, *a seguir reproduzida*, **do voto** então proferido pelo eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, Relator da causa:

*“(...) Dois elementos adquirem relevância: a competência das Casas parlamentares para (a) resolver sobre a prisão de seus membros, caso tenham sido eles detidos em flagrante por crime inafiançável (art. 53, § 2º); e (b) sustar o andamento de ação penal que porventura tenha sido recebida contra senador ou deputado por crime ocorrido após a diplomação (art. 53, § 3º). A última palavra sobre a prisão e a avaliação a respeito da suspensão do processo penal são garantias institucionais deferidas pela Constituição em favor do Poder Legislativo – e que ressoam no desenvolvimento da persecução penal. Como prerrogativas que são, naturalmente reivindicarão interpretação restritiva.*

*Fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra*

**parlamentares *haverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento, que ficam à disposição da jurisdição, podendo ser acionadas a tempo e a modo, isto é, quando forem necessárias e adequadas. Não há***, nesse aspecto, **qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato**. Afinal, a plenitude das prerrogativas de representação popular são garantidas, no ponto, pela prerrogativa de foro, que atribuem necessariamente a um colegiado de magistrados a competência pela direção dos procedimentos de persecução penal eventualmente instaurados contra parlamentares. Assim, **a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos *haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida sequência dos trabalhos judiciais.***

**Não tem qualquer relevância para essa conclusão o fato de o art. 55, § 1º, da Constituição ter delegado o estabelecimento das balizas do decoro parlamentar à mercê dos regimentos internos.** Esse preceito está longe de sugerir a impermeabilidade das condições de exercício do mandato parlamentar de qualquer controle

jurisdicional. O que ele estatui, em reconhecimento à autonomia de cada Casa Parlamentar, é uma prerrogativa para que elas padronizem, dentro de suas respectivas concepções de respeitabilidade institucional, um código de ética próprio, cuja observância lhes caberá cobrar na hipótese de decretação de perda de mandato por quebra de decoro (art. 55, II). **Entretanto, isso jamais seria suficiente para obstar o controle cautelar das circunstâncias de exercício do mandato pelo Judiciário, até porque, como já se frisou, esse controle não interdita irremediavelmente o cumprimento desse munus de representação, nem atenta contra a presunção constitucional de não culpabilidade.**

(...)

**6. A legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados encontra abrigo farto, mas não isolado, no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). Também acodem esse tipo de medida preceitos éticos da maior relevância, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito (...).“** (grifei)

**Esse entendimento é também perfilhado** pelo ilustre Magistrado paulista Dr. RODRIGO CAPEZ, que, **em obra monográfica** (“**Prisão e Medidas**

**Cautelares Diversas: A individualização da Medida Cautelar no Processo Penal**, p. 302/338, 2017, Quartier Latin), **discorreu** sobre o tema, **igualmente sustentando**, com absoluta correção, **a plena legitimidade constitucional da suspensão cautelar**, por ordem judicial, **do exercício de mandato legislativo**, **assinalando**, **em esclarecedora passagem de seu estudo**, **o que se segue**:

**“A nosso ver (...), é constitucional a suspensão cautelar de agente político, na esfera processual penal, do exercício de mandato eletivo.**

(...)

**Como agentes políticos, indistintamente, exercem funções públicas, o art. 319, VI, do Código de Processo Penal, ao prever a ‘suspensão do exercício de função pública’, a todos compreende.**

(...)

**Como [os] parlamentares** não estão sujeitos a prisão cautelar (art. 53, § 2º, CF), poder-se-ia argumentar que, ante essa vedação constitucional absoluta, também estaria vedada a suspensão do exercício de sua função pública. Trata-se de um argumento ‘a majori ad minus’: se o mais é vedado, o menos também o seria.

**A nosso ver**, contudo, **essa vedação se refere, exclusivamente, à prisão cautelar**, tanto que, como a seguir exposto, a prática de crimes que também constituam atos de improbidade pode conduzir à suspensão cautelar do exercício da

função pública de parlamentar que goze de imunidade formal.

(...)

**Em face da relevância dos fins do Direito Penal**, e determinando a Constituição Federal que o agente seja responsabilizado em ambas as esferas, **não há razão para se negar, pelos mesmos fatos, a possibilidade de afastamento cautelar do agente na esfera penal, limitando-se à esfera civil (art. 20 da Lei nº 8.492/92).**

**Se, por um lado**, o eleito tem o direito político de exercer seu mandato, por outro, o mandato parlamentar, tanto quanto o exercício de um direito fundamental, não pode constituir instrumento de salvaguarda para a prática de atos ilícitos.

**O afastamento cautelar de parlamentar dotado de imunidade formal, portanto, pode ser objeto de sopesamento para se determinar se, no caso concreto, o grau de satisfação dos princípios colidentes (assegurar os meios ou os fins do processo penal, ou garantir a ordem pública) justifica o grau de afetação do direito constitucional ao exercício do mandato.**

(...)

**Além de respeitar o princípio da legalidade, a suspensão do exercício do mandato ou tem caráter instrumental (cautelar) e visa resguardar os meios ou o resultado do processo criminal que poderá culminar na condenação do parlamentar, ou tem caráter material e visa**

*resguardar a ordem pública, razão por que também encontra fundamento de validade no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da proteção judicial efetiva).*

*Não se divisa, assim, ofensa ao princípio democrático, uma vez que a suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 15, V). Evidente que, para não importar, por via oblíqua, em cassação do mandato e perda de direitos políticos, é mister grande exação no controle da provisoriedade desse afastamento cautelar.” (grifei)*

Essa **mesma** diretriz – **possibilidade constitucional de suspensão cautelar do mandato legislativo por ordem judicial** – *tem sido acolhida por autorizado magistério doutrinário* (ANDREY BORGES DE MENDONÇA, “**Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**”, p. 442, 2011, Método; MARCELLUS POLASTRI, “**A Tutela Cautelar no Processo Penal**”, p. 261, 3ª ed., 2014, Atlas; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “**Manual de Processo Penal**”, p. 1.036/1.039, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “**Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**”, p. 109, 2013, Marcial Pons, v.g.).

**É relevante observar** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, *tratando-se de mandato eletivo titularizado por Governador de Estado, entendeu constitucionalmente viável, mesmo assim, em*

**diversos** precedentes (**ADI 4.797/MT – ADI 4.798/PI**), **o seu afastamento cautelar** da Chefia do Poder Executivo local, **não obstante nela investido por vontade popular, desde** que o Superior Tribunal de Justiça **fundamente e indique** as razões de necessidade dessa medida cautelar:

“(…) 4. **Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas ‘a suspensão do exercício de função pública’**, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes. (...)”

(**ADI 4.764/AC**, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

#### **8. Conclusão**

**Concluo o meu voto**, Senhora Presidente. **E**, ao fazê-lo, **quero destacar** que hoje, *mais do que nunca, é preciso proclamar*, na linha da lição ministrada por Hely Lopes Meirelles, *que o direito ao governo honesto constitui prerrogativa inafastável da cidadania, a significar, por isso mesmo*, como adverte Celso Lafer, **que nenhum cidadão da República pode ser constrangido a viver em uma comunidade moralmente corrompida.**

**Aqueles que são investidos, por eleição ou por nomeação, em mandatos eletivos ou em cargos**

**incumbidos de desempenhar** a alta missão de reger os destinos do Estado **hãõ de manter** estrito respeito e total obediência **aos postulados** da probidade pessoal e da moralidade administrativa. **Entendo relevante insistir**, como tenho feito em diversos julgamentos nesta Corte, **na asserção** de que, *em uma sociedade livre e fundada em bases democráticas*, **o cidadão tem o direito inalienável** de ser governado e julgado *por administradores probos, por legisladores íntegros e por juízes incorruptíveis*.

**A ideia ínsita ao princípio republicano** *traz consigo a noção inafastável de responsabilidade*, **inclusive** de responsabilidade criminal, **pois ninguém está acima** da autoridade das leis e da Constituição da República.

**O modelo democrático** *faz instaurar o império da lei* (“rule of law”), **afastando** o arbítrio do Estado, **neutralizando** o abuso de autoridade, **protegendo** as liberdades fundamentais **de todos** os cidadãos contra os excessos dos governantes **e reprimindo** *as práticas desonestas de poder*, **qualquer que seja** a esfera institucional em que se verifiquem atos de improbidade.

**Sendo assim**, tendo presentes as razões expostas, **acolhendo** o douto pronunciamento da Procuradoria-Geral da República **e apoiando-me**, sobretudo, **no magnífico voto** proferido pelo eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, **peço vênia para julgar improcedente** esta ação direta.

**É o meu voto.**



## 6 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 144 – DF

**Inadmissibilidade de criação**, por decisão judicial, de novas causas de inelegibilidade. [**ADPF 144/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 26-2-2010.]

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL

DF - DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS  
BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO (7077/DF) E  
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS  
MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA  
(12500/DF, 1352A/MG) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS  
PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR

ADV.(A/S): JULIANA LÔBO DE ALMEIDA SANTOS

INTDO.(A/S): PARTIDO PROGRESSISTA - PP

ADV.(A/S): MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO  
(18958/DF, 167075/MG, 2525/PI)

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS  
DO BRASIL - AJUFE

ADV.(A/S): SÍLVIA CRISTINA LINS RAMOS FROTA

EMENTA: **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF – INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA**

– **RECONHECIMENTO** DA LEGITIMIDADE ATIVA “ADCAUSAM” DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – **EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO** DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – **ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA** SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL – **OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE – MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA – REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM** FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, **NOTADAMENTE** AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, **EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL** DE DEFINIR-SE, **COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA** O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, **QUANDO INOCORRENTE** CONDENÇÃO CRIMINAL **TRANSITADA** EM JULGADO – **PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO**

MANDATO ELETIVO, “**VITA ANTEACTA**” E **PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL** DE INOCÊNCIA – **SUSPENSÃO** DE DIREITOS POLÍTICOS E **IMPRESINDIBILIDADE**, PARA ESSE EFEITO, **DO TRÂNSITO EM JULGADO** DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) – **REAÇÃO**, NO PONTO, **DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA** QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR – **CARÁTER AUTOCRÁTICO** DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE **FUNDADA** NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, “N”), **QUE TORNAVA INELEGÍVEL** QUALQUER RÉU **CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA** DENÚNCIA POR **SUPOSTA** PRÁTICA DE **DETERMINADOS** ILÍCITOS PENAIIS – **DERROGAÇÃO** DESSA CLÁUSULA **PELO PRÓPRIO** REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), **QUE PASSOU A EXIGIR**, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, **A EXISTÊNCIA**, CONTRA ELE, **DE CONDENAÇÃO PENAL** POR DETERMINADOS DELITOS – **ENTENDIMENTO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **SOBRE O ALCANCE** DA LC Nº 42/82: **NECESSIDADE** DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO **O TRÂNSITO EM JULGADO** DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) – **PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA**: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE **ASSISTE A QUALQUER** PESSOA – **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO** DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA – **O TRATAMENTO**

DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA **PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS** DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, **TANTO** AS DE CARÁTER REGIONAL **QUANTO** AS DE NATUREZA GLOBAL – **O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO** DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – **EFICÁCIA IRRADIANTE** DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – **POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO** DESSE PRINCÍPIO **AO ÂMBITO** DO PROCESSO ELEITORAL – **HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE** – **ENUMERAÇÃO** EM ÂMBITO **CONSTITUCIONAL** (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) – **RECONHECIMENTO**, NO ENTANTO, **DA FACULDADE** DE O CONGRESSO NACIONAL, **EM SEDE LEGAL, DEFINIR** “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” – **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA**, EM TAL SITUAÇÃO, **DA RESERVA CONSTITUCIONAL** DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) – **IMPOSSIBILIDADE**, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, **MESMO COM APOIO** NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, **TRANSGREDIR** A PRESUNÇÃO **CONSTITUCIONAL** DE INOCÊNCIA, **QUE SE QUALIFICA** COMO VALOR FUNDAMENTAL, **VERDADEIRO** “CORNERSTONE” **EM QUE SE ESTRUTURA** O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA **CONSAGRA EM RESPEITO** AO REGIME DAS LIBERDADES **E EM DEFESA** DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – **PRIVAÇÃO** DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA **E PROCESSOS**,

**DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL – COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, “CAPUT”) COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) – O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA – RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COMO O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, “G”) – NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE.**

## VOTO

**(s/ a existência, ou não, de incompatibilidade processual de Ministros do STF com assento no TSE)**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, além de questionar determinadas regras inscritas na Lei Complementar nº 64/90, também impugna, na presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, a “*interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com*

*a redação dada pela ECR n. 4/94” (fls. 07 - grifei).*

O E. Tribunal Superior Eleitoral, ao **proceder** à interpretação do preceito constitucional em questão, **culminou por formular** o enunciado constante da Súmula 13/TSE, que tem o seguinte conteúdo: “*Não é auto-aplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94*”.

Essa Alta Corte Eleitoral, por sua vez, **também apreciou** o tema ora proposto **na presente** sede processual, **fazendo-o** no julgamento **do Recurso Ordinário nº 1.069/RJ**, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO (caso Eurico Miranda), **do Recurso Especial Eleitoral nº 26.437/RO**, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO, **do Agravo Regimental no Recurso contra Expedição de Diploma nº 667/CE**, Rel. Min. GERARDO GROSSI e, mais recentemente, **na resposta à Consulta nº 1.621/PB**, Rel. Min. ARI PARGENDLER.

**Registro que intervieram**, no TSE, **no julgamento dos recursos eleitorais** mencionados, **os eminentes** Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO e CARLOS AYRES BRITTO, **além** dos ilustres Ministros CARLOS AYRES BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **que participaram** na formulação da resposta à referida consulta eleitoral.

**Cabe verificar**, desse modo, **se** os 05 (cinco) eminentes Ministros **desta** Suprema Corte (**Ministros** Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau) – que, **na condição de**

membros integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, **proferiram** as decisões e a resposta à consulta eleitoral, **de que resultou** a interpretação ora questionada – **dispõem**, ou não, **de condições jurídico-legais** para participar do julgamento **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa **mesma** indagação **também** pode ser formulada **em face** do eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **considerado** o fato de que **prestou** informações, nesta causa, **na condição** de Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, cujas interpretações **estão sendo impugnadas** pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Tenho para mim **que inexistente**, em relação aos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO, CARLOS AYRES BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **qualquer** situação de incompatibilidade **que os impeça**, salvo razões de foro íntimo, **de exercer** as suas funções jurisdicionais no exame **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que é prevalecente**, no Supremo Tribunal Federal, **o entendimento jurisprudencial quanto à inaplicabilidade**, ao processo de controle normativo abstrato, **dos institutos** do impedimento e da suspeição.

Com efeito, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **diversos** precedentes, **firmou orientação** no sentido de **que o Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **embora prestando informações** no processo, **e os membros** desta Corte **integrantes** do Tribunal

Superior Eleitoral, **que intervieram** nos processos de que resultou a deliberação impugnada **ou que subscreveram** resoluções no âmbito do próprio TSE **não estão impedidos de participar** de julgamento de processos de fiscalização abstrata **nos quais** seja debatida a constitucionalidade, “*in abstracto*”, de decisões **emanadas** daquela Egrégia Corte Eleitoral.

**Esse entendimento – de que não se registra**, em tal situação, **qualquer** hipótese de incompatibilidade dos Ministros **desta** Suprema Corte **que integram** o Tribunal Superior Eleitoral – **veio a ser reafirmado**, por esta Suprema Corte, **na ADI 2.243/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **na ADI 2.626/DF**, Rel. p/o acórdão Min. ELLEN GRACIE, **na ADI 2.628/DF**, Rel. p/o acórdão Min. ELLEN GRACIE, **e na ADI 3.345/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

**“(...) FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO - CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL.**

– O **Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **embora prestando informações** no processo, **não está impedido** de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a

constitucionalidade, ‘in abstracto’, de atos **ou** de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. **Também não incidem** nessa situação de incompatibilidade processual, **considerado o perfil objetivo** que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal **que hajam participado**, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, **por este**, de atos ou resoluções **que tenham sido contestados**, quanto à sua validade jurídica, **em sede** de fiscalização **concentrada** de constitucionalidade, **instaurada** perante a Suprema Corte. **Precedentes do STF.**

– Os **institutos** do impedimento e da suspeição **restringem-se** ao plano exclusivo **dos processos subjetivos** (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), **não se estendendo nem se aplicando**, em consequência, ao processo de fiscalização **concentrada** de constitucionalidade, **que se define** como típico processo **de caráter objetivo** destinado a viabilizar o julgamento, **em tese**, não de uma situação concreta, **mas** da validade jurídico-constitucional, **a ser apreciada em abstrato**, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. (...).”

(**ADI 2.321/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Não ignoro**, Senhor Presidente, **que é diverso**, no plano do direito comparado, o tratamento normativo **que outros** sistemas jurídicos **dispensam ao tema** da incompatibilidade (**impedimento/suspeição**)

**em sede** de controle normativo abstrato.

O ordenamento positivo **de vários** países **que possuem** Tribunais Constitucionais **autoriza** a aplicação **do regime de impedimentos/suspeições** aos juízes que compõem tais Cortes, **mesmo quando se trate** de processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **como sucede**, por exemplo, **na Espanha** (Lei Orgânica nº 2/79, art. 10, “h”), **na Colômbia** (Decreto nº 2.067/91, arts. 26 a 30, c/c o Regimento Interno da Corte Constitucional, art. 79), **na Itália** (Regimento Geral da Corte Constitucional, art. 14), **em Portugal** (Lei nº 28/82, art. 29, n. 1), **na República Federal da Alemanha** (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, arts. 18 e 19), **no Chile** (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 19), **na Turquia** (Lei nº 2.949/83, art. 46) e **no Peru** (Lei nº 28.301/2004, art. 5º), **dentre outros**.

**Não é por outra razão** que GUSTAVO BINENBOJM (“A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, p. 146/147, item n. V.1, 2001, Renovar), **ao examinar** o novo estatuto da jurisdição constitucional brasileira **consubstanciado** nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, **assinala a inconveniência de se proceder** a uma “restrição apriorística à possibilidade de arguição do impedimento ou suspeição dos juízes do Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata (...)”, **preconizando** que a legislação **permita** a arguição de suspeição e/ou impedimento dos julgadores desta Corte **no âmbito** do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

**Não obstante razoável** tal ponderação, **cabe reconhecer**, no entanto, **que ela encerra** solução “de *lege ferenda*”, **a ser considerada**, desse modo, pelo legislador, **pois**, como já acentuado, **a jurisprudência** desta Corte **não admite** a aplicabilidade, aos juízes do Supremo Tribunal, **do regime** das suspeições **e/ou** impedimentos, **com ressalva** da situação examinada **na ADI 55/DF**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI (RTJ 146/3), **quando assim se definiu** a questão ora em exame:

“(…) **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária (...), preliminarmente, **conhecendo da Questão de Ordem** que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro-Presidente, **o Tribunal decidiu**, por unanimidade, que, **nos julgamentos** das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, **não está impedido o Ministro** que, **na condição** de Ministro de Estado, **haja referendado** a lei ou o ato normativo objeto da ação. **Também**, por unanimidade, **o Tribunal decidiu que está impedido**, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, **o Ministro** que, **na condição** de Procurador-Geral da República, **haja recusado** representação **para ajuizar** Ação Direta de Inconstitucionalidade.” (grifei)

**A diretriz jurisprudencial** ora referida – **que reconhece não se aplicar**, em regra, **ao processo** de controle normativo abstrato de constitucionalidade, **qualquer** das hipóteses legais de incompatibilidade

previstas **no art. 134** (impedimento) **e no art. 135** (suspeição), **ambos** do CPC – **encontra fundamento** na circunstância de que os institutos do impedimento **e** da suspeição **restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos** (em cujo âmbito discutem-se situações individuais **e** interesses concretos), **não se estendendo nem se aplicando**, em consequência, ao processo de fiscalização abstrata, **que se define como típico processo de caráter objetivo**, destinado a viabilizar “o julgamento, **não de uma relação jurídica concreta**, mas de validade de lei em tese (...)” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

**Vale referir**, neste ponto, **expressiva** passagem constante do voto que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **como Relator da ADI 2.243/DF**, proferiu **a propósito** da questão ora em exame:

“(…) o **processo** tem peculiaridades, **entre** as quais constatamos **a ausência** de envolvimento **de interesse subjetivo**. **Esse fato**, a meu ver, **conduz à conclusão** de que o **Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **que praticou** o ato impugnado **e que veio** a prestar informações, **não está impedido** de participar do julgamento.” (grifei)

**A importância de qualificar-se** o controle normativo abstrato de constitucionalidade **como processo objetivo** – vocacionado, **exclusivamente**, à defesa, **em tese**, da “*harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito*”

à Constituição” (CELSONO RIBEIRO BASTOS, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 327, 11ª ed., 1989, Saraiva) –, **além de refletir entendimento** exposto em autorizado magistério (CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 141/145, item n. 3.2.2, 2ª ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, “**Ação Declaratória de Constitucionalidade**”, p. 106, 2ª ed., 1995, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, “**Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**”, p. 250, 1990, Saraiva), **encontra apoio na própria jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, que, **por mais de uma vez**, já enfatizou a **objetividade** desse instrumento de proteção “*in abstracto*” da ordem constitucional (**RTJ 113/22**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - **RTJ 131/1001**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **RTJ 136/467**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Isso significa** – uma vez admitido **o perfil objetivo** que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES, “**Jurisdição Constitucional**”, p. 129/130, 2ª ed., 1998, Saraiva) – que, **em princípio**, não se deve reconhecer, **como pauta usual de comportamento hermenêutico**, a possibilidade de aplicação **sistemática**, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, **especialmente** daquelas regras meramente

legais que disciplinam e definem as hipóteses de **impedimento e de suspeição**, regras essas que se revelam ordinariamente **inaplicáveis** ao processo de ação direta de inconstitucionalidade, **como tem enfatizado o Plenário** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 146/3-7**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 147/719 e 750/752**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

**Não custa rememorar**, neste ponto, Senhor Presidente, que, **mesmo tratando-se** de processos **de índole subjetiva instaurados em matéria eleitoral**, em cujo âmbito se veiculam litígios de caráter individual e concreto, **ainda assim não se caracteriza** hipótese de impedimento, **quando** se cuidar de causas, que, **oriundas** do Tribunal Superior Eleitoral, **devam** ser julgadas **por esta** Suprema Corte, **incidindo**, no tema, a norma consubstanciada **no parágrafo único** do art. 277 do RISTF, **que assim dispõe**:

*“**Não estão impedidos os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral, tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição.**” (grifei)*

Essa **mesma** orientação **acha-se consagrada** no enunciado constante **da Súmula 72/STF**, que possui a seguinte formulação:

***“No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.” (grifei)***

Sendo assim, **tendo em vista** as razões expostas - **e considerando que sequer se discutem** situações individuais **nem** interesses concretos **no âmbito** do controle normativo abstrato (**RTJ 164/505-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 170/801-802**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, **torna-se juridicamente lícita a possibilidade de atuação**, no julgamento **da presente** causa, dos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **não obstante tenham participado**, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, **de julgamentos** onde se firmou a orientação questionada **nesta** sede processual.

**Reconheço**, portanto, **considerados** os precedentes referidos, **que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram, no Tribunal Superior Eleitoral**, de julgamentos sobre a matéria em causa **não incidem** em qualquer situação de incompatibilidade processual.

**É o meu voto.**



## 7 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 – DF

**Direito de reunião e direito à livre expressão do pensamento** – “*Marcha da Maconha*”. [ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 29-5-2014.]

Inteiro teor do acórdão



ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

DF - DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S): MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S): MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES (155546/SP) E OUTRO(A/S)

EMENTA: **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADMISSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE** (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - **JURISPRUDÊNCIA – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA ADPF QUANDO CONFIGURADA LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL PROVOCADA POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (ADPF 33/PA e ADPF 144/DF, v.g.) – ADPF COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO – CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE MOTIVADA PELA EXISTÊNCIA DE MÚLTIPLAS EXPRESSÕES**

**SEMIOLÓGICAS PROPICIADAS PELO CARÁTER POLISSÊMICO DO ATO ESTATAL IMPUGNADO (CP, art. 287) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF CONHECIDA.**

**“AMICUS CURIAE” – INTERVENÇÃO PROCESSUAL EM SEDE DE ADPF – ADMISSIBILIDADE – PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – DOUTRINA – PRECEDENTES – PRETENDIDA AMPLIAÇÃO, POR INICIATIVA DESSE COLABORADOR PROCESSUAL, DO OBJETO DA DEMANDA PARA, NESTA, MEDIANTE ADITAMENTO, INTRODUIR O TEMA DO USO RITUAL DE PLANTAS ALUCINÓGENAS E DE DROGAS ILÍCITAS EM CELEBRAÇÕES LITÚRGICAS, A SER ANALISADO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA – MATÉRIA JÁ VEICULADA NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, DE 1971 (Artigo 32, n. 4), DISCIPLINADA NA RESOLUÇÃO CONAD Nº 1/2010 E PREVISTA NA VIGENTE LEI DE DROGAS (Lei nº 11.343/2006, art. 2º, “caput”, “in fine”) – IMPOSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DESSE ADITAMENTO OBJETIVO PROPOSTO PELO “AMICUS CURIAE” – DISCUSSÃO SOBRE A (DESEJÁVEL) AMPLIAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO “AMICUS CURIAE”**

– **NECESSIDADE DE VALORIZAR-SE, SOB PERSPECTIVA EMINENTEMENTE PLURALÍSTICA, O SENTIDO DEMOCRÁTICO E LEGITIMADOR DA PARTICIPAÇÃO FORMAL DO “AMICUS CURIAE” NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA.**

**MÉRITO:** “MARCHA DA MACONHA” – **MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVERTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) – A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO – ESTRUCTURA CONS-**

**TITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E Oponibilidade de seu EXERCÍCIO AO PODER PÚBLICO E AOS SEUS AGENTES – VINCULAÇÃO DE CARÁTER INSTRUMENTAL ENTRE A LIBERDADE DE REUNIÃO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – DOIS IMPORTANTES PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ÍNTIMA CORRELAÇÃO ENTRE REFERIDAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: HC 4.781/BA, REL. MIN. EDMUNDO LINS, E ADI 1.969/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – ABOLIÇÃO PENAL (“ABOLITIO CRIMINIS”) DE DETERMINADAS CONDUTAS PUNÍVEIS - DEBATE QUE NÃO SE CONFUNDE COM INCITAÇÃO À PRÁTICA DE DELITO NEM SE IDENTIFICA COM APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIO-**

SAS OU INACEITÁVEIS – **O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA “PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO” – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO**

**CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE “LIVRE MERCADO DE IDEIAS” – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO “FREE MARKETPLACE OF IDEAS” COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA – AS PLURISSIGNIFICAÇÕES DO ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: NECESSIDADE DE INTERPRETAR ESSE PRECEITO LEGAL EM HARMONIA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO – LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NOS CASOS EM QUE O ATO ESTATAL TENHA CONTEÚDO POLISSÊMICO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.**

(s/ mérito)

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Superados os aspectos preliminares que venho de mencionar, **passo a analisar** a pretensão deduzida na presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Antes de fazê-lo, *contudo*, **desejo enfatizar** que este processo de controle de constitucionalidade **não tem** por objetivo discutir *eventuais* propriedades terapêuticas, **ou** *supostas* virtudes medicinais, **ou**, *ainda*, *possíveis* efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, **mas**, *ao contrário*, **busca-se**, na presente causa, **proteção** a duas liberdades individuais, **de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, em cujo núcleo acham-se compreendidos** os direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância **e** de livre circulação de idéias.

**I. O direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento: dois importantes prece-dentes do Supremo Tribunal Federal**

Postula-se, nesta argüição de descumprimen-to de preceito fundamental, *seja dada*, **ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância**

*entorpecente específica, inclusive através de mani-festações e eventos públicos”* (fls. 14 – **grifei**).

**Tenho para mim**, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal **defronta-se**, *no caso*, com um tema de magnitude inquestionável, **que concerne** ao exercício **de duas das mais importantes** liberdades públicas – *a liberdade de expressão e a liberdade de reunião* – que as declarações consti-tucionais de direitos **e** as convenções internacio-nais – **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado** no curso de um longo processo de desenvolvimento **e** de afirmação histórica dos direitos fundamentais **titularizados** pela pessoa humana.

**É importante enfatizar**, Senhor Presidente, **tal como tive o ensejo de assinalar** em estudo sobre “O Direito Constitucional de Reunião” (**RJ TJSP**, vol. 54/19-23, 1978, Lex Editora), que a liberdade de reu-nião **traduz** meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das idéias, **configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento** de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, **nela incluído o insuprimível direito de protestar**.

**Impõe-se**, *desse modo*, **ao Estado**, em uma socie-dade estruturada **sob a égide** de um regime demo-crático, **o dever de respeitar** a liberdade de reunião **(de que são manifestações expressivas** o comício,

o desfile, a procissão e a passeata), **que constitui** prerrogativa essencial dos cidadãos, **normalmente temida** pelos regimes despóticos ou ditatoriais, **que não hesitam** em golpeá-la, **para asfixiar**, desde logo, **o direito** de protesto, de crítica e de discordância **daqueles que se opõem** à prática autoritária do poder.

**Guardam impressionante atualidade**, Senhor Presidente, **as palavras** que RUY BARBOSA, **amparado** por decisão desta Corte, **proferiu**, em 12 de abril de 1919, no Teatro Politeama, em Salvador, **durante** campanha presidencial por ele disputada, **em conferência** cuja realização *só se tornou possível em virtude* de “*habeas corpus*” *que o Supremo Tribunal Federal lhe concedera*, **tanto** em seu favor **quanto** em benefício de seus correligionários, **assegurando-lhes o pleno exercício** da liberdade de reunião e do direito à livre manifestação do pensamento, *indevidamente cerceados* por autoridades estaduais **que buscavam impedir** que o grande político, juriconsulto e Advogado brasileiro **divulgasse** a sua mensagem e **transmitisse** as suas idéias ao povo daquele Estado, **com o objetivo** de conquistar seguidores e de conseguir adesões em prol de sua causa, **valendo reproduzir**, no ponto, a seguinte passagem daquele pronunciamento:

“**Venho**, senhores, de Minas, **venho** de S. Paulo (...). De S. Paulo e Minas, **onde pude exercer** de sassombradamente **os direitos constitucionais**, **as liberdades** necessárias de reunião e palavra,

**franquias elementares** da civilização em toda a cristandade. De Minas e S. Paulo, **cujos governos, contrários** ambos à minha candidatura, **nenhum obstáculo suscitaram** ao uso **dessas faculdades essenciais** a todas as democracias, **a todos** os regimes de moralidade e responsabilidade: **antes abriram**, em volta dos comícios populares, **em torno** da tribuna pública, **um círculo de segurança e respeito**, em que as nossas convicções se sentiam confiadas nos seus direitos e os nossos corações orgulhosos do seu país. De S. Paulo e Minas, em suma, onde o respeito da autoridade ao povo, e a consideração do povo para com a autoridade, apresentavam o espetáculo da dignidade de uma nação obediente às suas leis e governada pela soberania.  
(...)

**Venho dêsses dois grandes Estados, para uma visita a este outro não menor do que eles** na sua história, nas virtudes cívicas dos seus habitantes, nos costumes da sua vida social, **venho**, também, **a convite** da sua população; e, **com que diversidade, com que contraste, com que antítese me encontro! Aqui venho dar com o direito constitucional de reunião suspenso. Por quem?** Por uma autoridade policial. **Com que direito?** Com o direito da força. **Sob que pretexto?** Sob o pretexto de que a oposição está em revolta, **isto é**, de que, contra o govêrno, o elemento armado e o Tesouro juntos estão em rebeldia os inermes, as massas desorganizadas e as classes conservadoras.

**Banido venho encontrar, pois, o direito de reunião, ditatorialmente banido. Mas, ao mesmo tempo, venho encontrar ameaçada, também soberanamente, de proscrição a palavra, o órgão do pensamento, o instrumento de comunicação do indivíduo com o povo, do cidadão com a pátria, do candidato com o eleitorado. Ameaçada, como? Com a resolução, de que estamos intimados pelo situacionismo da terra, com a resolução, que, em tom de guerra aberta, nos comunicaram os nossos adversários, de intervir em tôdas as nossas reuniões de propaganda eleitoral, opondo-se à nossa linguagem (...).**

(...)

**Mas, senhores, os comícios populares, os ‘meetings’, as assembléias livres dos cidadãos, nas praças, nos teatros, nos grandes recintos, não são invento brasileiro, muito menos desta época (...). São usos tradicionais das nações anglo-saxônicas, e das outras nações livres. Tiveram, modernamente, a sua origem nas Ilhas Britânicas, e nos Estados Unidos. Dessa procedência é que os recebemos. Recebemo-los tais quais eram. Com eles cursamos a nossa prática do direito de reunião. Com eles, debaixo do régimen passado, associamos a colaboração pública à reforma eleitoral, apostolamos e conseguimos a extinção do cativo. Com eles, neste régimen, não pouco temos alcançado para cultura cívica do povo. (...).**

(...)

**(...) O direito de reunião não se pronuncia senão congregando acêrca de cada opinião o público dos seus adeptos.**

**A liberdade da palavra não se patenteia, senão juntando em tórno de cada tribuna os que bebem as suas convicções na mesma fonte, associam os seus serviços no mesmo campo, ou alistam a sua dedicação na mesma bandeira. A igualdade no direito está, para as facções, para as idéias, para os indivíduos, no arbítrio, deixado a todos sem restrição, de congregar cada qual os seus correligionários, de juntar cada qual os seus comícios, de levantar cada qual o seu apêlo, no lugar da sua conveniência, na ocasião da sua escolha, nas condições do seu agrado, mas separadamente, mas distintamente, mas desafrontadamente, cada um, a seu talante, na cidade, na rua, no recinto, que eleger, sem se encontrarem, sem se tocarem; porque o contacto, o encontro, a mistura, acabariam, necessàriamente, em atrito, em invasão, em caos.” (grifei)**

**O alto significado que o direito de reunião assume nas sociedades democráticas foi acentuado, em tempos mais recentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, quando esta Corte, em sessão de 28/06/2007, declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 20.098/99, editado pelo Governador do Distrito Federal, que**

vedava “a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros”, **em determinados** locais públicos, como a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios, **em decisão** que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**I. A liberdade de reunião** e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

**II. A restrição** ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

**III. Ação direta julgada procedente** para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.” (grifei)

**Cabe rememorar**, neste ponto, Senhor Presidente, a importantíssima decisão, **por mim anteriormente mencionada**, que esta Suprema Corte proferiu há 92 (noventa e dois) anos, em 1919, **nos autos** do HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS,

**em cujo âmbito** se buscava garantir, **em favor** de diversos pacientes, inclusive de Ruy Barbosa, **o exercício do direito de reunião** (e, também, porque a este intimamente vinculado, **o de livre manifestação de crítica ao Governo e** ao sistema político, bem assim o direito de livremente externar posições, inclusive de não conformismo, sobre qualquer assunto), **em comícios ou em encontros** realizados **em prol** da candidatura oposicionista de RUY, **que se insurgia**, *uma vez mais*, **contra** as oligarquias políticas **que dominaram** a vida institucional do Estado brasileiro **ao longo** da Primeira República.

Nesse julgamento, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **concedeu** ordem de “*habeas corpus*” **em favor** de RUY BARBOSA e de diversos outros pacientes, **proferindo**, *então*, **decisão** que assim foi resumida pela eminente Dra. LÊDA BOECHAT RODRIGUES (“**História do Supremo Tribunal Federal**”, vol. III/204-205, 1991, Civilização Brasileira):

“A Constituição Federal **expressamente preceitua que a todos é lícito** associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, **não podendo intervir** a polícia senão para manter a ordem pública. **Em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento, por qualquer meio, sem dependência de censura, respondendo** cada um, na forma legal, pelos danos que cometer. **Não se considera** sedição ou ajuntamento ilícito **a reunião (pacífica e sem armas) do povo para exercitar o direito**

**de discutir e representar sobre os negócios públicos.** À Polícia **não assiste**, de modo algum, **o direito** de localizar ‘meetings’ e comícios. Não se concede ‘habeas-corpus’ a indivíduo não indicado nominalmente no pedido.” (grifei)

A inquestionável relevância desse julgado, essencial à compreensão da posição desta Suprema Corte em torno dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento, **revelada** sob a égide de nossa primeira Constituição republicana, **impõe** que se relembrem, por expressivas, **algumas** de suas passagens mais notáveis:

**“Efetivamente, depois de assegurar a todos os indivíduos o direito de se reunirem livremente e sem armas, o legislador constituinte definiu muito bem, a respeito, a função preventiva da polícia, verbis ‘não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública’ (art. 72, § 8º).**

(...)

**Não pode também a polícia localizar os meetings ou determinar que só em certos lugares é que eles se podem efetuar, se forem convocados para fins lícitos, como na espécie:**

**1.º) porque isto importaria, afinal, em suprimi-los, pois bastaria que ela designasse lugares, ou sem a capacidade necessária à maior aglomeração de pessoas, ou habitualmente**

freqüentados, apenas, por indivíduos de baixa classe, azevieiros ou frascários;

**2.º) porque ninguém pode ser obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Const. Fed., art. 72, § 1º); ora, não há lei alguma que prescreva que só se efetuem comícios em lugares previamente fixados pela polícia; e, ao contrário, o que a lei vigente preceitua é que ‘não se considera sedição, ou ajuntamento ilícito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e mal procedimento dos empregados públicos; nem a reunião pacífica e sem armas de povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. Para o uso dessa faculdade, não é necessária prévia licença da autoridade policial, que só poderá proibir a reunião anunciada no caso de suspensão das garantias constitucionais, limitada, em tal caso, na ação de dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas’ (Cod. Penal, art. 123 e parágrafo único).**

**Ora, não nos achamos com as garantias constitucionais suspensas.**

**E, entretanto, o sr. Governador da Bahia expediu ao sr. Presidente da República um telegrama,**

em que lhe participa, com a mais cândida ingenuidade **e** como a coisa mais natural deste mundo e mais legal, **que ‘o seu chefe de Polícia, dr. Alvaro Cova, resolveu proibir** o meeting anunciado para hoje, **em que devia falar** o dr. Guilherme de Andrade, **a favor** do Senador Eptácio Pessoa, e também quaisquer outros que fossem anunciados’ (Jornal do Comércio, de 27 de março de 1919, a fls.).

(...)

‘O dr. secretário da Polícia e Segurança Pública, a bem da ordem, **deliberou não consentir** na realização do meeting na Praça Rio Branco, que para hoje anunciou o sr. dr. Guilherme de Andrade, **bem como qualquer que for convocado, não só** para aquele local **como para qualquer outro ponto**, que embarace o trânsito e perturbe a tranqüilidade pública’ (fl.).

**E ainda**, em resposta às informações ora pedidas por este Tribunal, **o dr. Governador da Bahia**, depois de se referir aos sucessos do dia 25 de março, na praça Rio Branco, **acrescenta que**: ‘Secretário Segurança Pública resolveu não consentir realização comício na referida praça e em outras em idênticas circunstâncias’ (fl.): **é a prova provada do abuso do poder, da flagrante ilegalidade** do procedimento do chefe de Polícia da Bahia **e, pois, da violência iminente, temida** pelo impetrante, **assim**, pois;

**Considerando** que a Constituição Federal **expressamente preceitua** que ‘a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.’ (Art. 72, § 8º);

**Considerando** que, em qualquer assunto, **é livre a manifestação de pensamento** pela imprensa **ou** pela tribuna, **sem dependência** de censura, **respondendo** cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina. (Art. supra citado, § 12);

**Considerando** que ‘não se considera sedição **ou** ajuntamento ilícito **a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar** sobre os negócios públicos.’ (Cod. Penal, art. 123), **exatamente** o fim para que é impetrado o presente ‘habeas corpus’;

**Considerando**, finalmente, **que à polícia não assiste**, de modo algum, **o direito de localizar meetings ou comícios; porque**, para o uso dessa faculdade (a supra transcrita), **não é necessária prévia licença** da autoridade policial, **que só poderá proibir** a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, ‘limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela

cominadas.’ (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, *supra* transcrito).

**Acordam**, em Supremo Tribunal Federal, **nos termos** *supra*, **conceder a presente ordem** de ‘*habeas corpus*’ **ao sr. senador Ruy Barbosa e a todos os indivíduos mencionados nominalmente** na petição de fls. 2 e no princípio deste Acórdão, **para que possam exercer**, na capital do Estado da Bahia **e em qualquer** parte dele, **o direito de reunião, e mais**, publicamente, **da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculos** de natureza alguma, **e com segurança** de suas vidas e pessoas, **realizando** os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, **sem censura e sem impedimento** de qualquer autoridade local ou da União.” (grifei)

É importante registrar, Senhor Presidente, **nas palavras** do saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO (“O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”), **o caráter** de significativa relevância **que assumiu** o julgamento *que venho de mencionar*, **quando da concessão**, por esta Suprema Corte, da ordem de “*habeas corpus*” **que garantiu, aos cidadãos da República, no contexto histórico das já referidas** eleições de 1919, **o pleno exercício** das liberdades fundamentais de reunião **e** de manifestação do pensamento:

**“Dos longes do passado remoto, ligo o Supremo Tribunal Federal às reminiscências de meus 13 anos de idade, na Bahia.** Minha velha cidade entrara em ebulição com a campanha presidencial de RUI BARBOSA e de EPITÁCIO PESSOA, em 1919. Tombaram gravemente feridos à bala, num comício, MEDEIROS NETTO e SIMÕES FILHO. PEDRO LAGO escapou, mas sofreu violências outras dos sicários. As vítimas eram amigos políticos e pessoais de meu pai e de meu avô. O meu irmão mais velho, ainda estudante de Direito, trabalhava no jornal oposicionista, alvo das ameaças policiais. Tudo isso aqueceu a atmosfera em nossa casa. Aliás, a Bahia tôda ardia em febre partidária. Para os ruistas, tratava-se dum apostolado cívico e não duma querela de facções.

**Temia-se pela vida do próprio RUI** quando viesse a fim de pronunciar a conferência anunciada para breve. Suspeitava-se também do govêrno da República, porque afrontosamente mandara a força federal desagrar a bandeira do edifício dos Correios, sob pretexto de que recebera ultraje dos partidários do candidato baiano.

**Nesse clima eletrizado, caiu como um raio a notícia de que o Supremo Tribunal Federal concedera a RUI e seus correligionários ordem de ‘habeas corpus’**, para que se pudessem locomover, e reunir em comício. Notou-se logo a mudança de atitude da polícia local, que, murcha, abandonou a atitude de provocação. RUI desembarcou dum

navio e o povo exigiu que o carro fôsse puxado à mão, ladeiras acima, cêrca de 10 km, até o bairro da Graça, em meio ao maior delírio da massa que já presenciei. Assisti à saudação que lhe dirigiu, em nome da Bahia, no meio ao trajeto, o velho CARNEIRO RIBEIRO, de barbas brancas ao vento.

**Não se via um soldado, nem um guarda civil nas ruas.** Se um seabrista tentava provocar incidentes, logo alguém intervinha para ‘não perdermos a razão no Supremo Tribunal’. **A população prêsa da exaltação partidária mais viva manteve a maior rigorosa ordem,** durante dias sem policiamento, a despeito das expansões emocionais.

**Ouvi, sem perder uma palavra, ao lado de meu pai, no Politeama baiano, a longa conferência do maior dos brasileiros, interrompida, de minuto a minuto, por tempestades de aplausos. Logo, nos primeiros momentos, Rui entoou um hino ao Supremo Tribunal, que possibilitara a todos o exercício do direito de reunião pacífica naquele momento. Rompeu um côro ensurdecedor de vivas à Côrte egrégia. Foi assim que tomei consciência do Supremo Tribunal Federal e de sua missão de sentinela das liberdades públicas, vinculando-o a imagens imperecíveis na minha memória. E também na minha saudade.” (grifei)**

**Tais palavras, Senhor Presidente, mostram a reverência e a veneração que RUY, ALIOMAR BALEEIRO e os defensores da causa da liberdade**

**sempre dedicaram** a esta Suprema Corte, nela reconhecendo o caráter de uma instituição essencialmente republicana, **fiel depositária** do altíssimo mandato constitucional que lhe foi atribuído pelos Fundadores da República, **que confiaram, a este Tribunal, a condição eminente de guardião** da autoridade, **de protetor** da intangibilidade **e de garante** da supremacia da Lei Fundamental.

**As decisões** que venho de referir, Senhor Presidente – uma, pronunciada sob a égide da Constituição republicana de 1891 (HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS), e outra, proferida sob a vigente Constituição promulgada em 1988 (ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) –, **bem refletem, ainda que as separe** um espaço de tempo de quase um século, **o mesmo** compromisso **desta** Suprema Corte **com a preservação da integridade** das liberdades fundamentais **que amparam** as pessoas **contra** o arbítrio do Estado.

Na realidade, esses julgamentos **revelam o caráter eminente** da liberdade de reunião, **destacando-lhe o sentido de instrumentalidade** de que ele se reveste, ao mesmo tempo em que enfatizam a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal, **em ambos os casos, deixou claramente consignado** que o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da

liberdade de expressão, **qualificando-se**, *por isso mesmo, sob tal perspectiva*, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, **mediante** exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, **no processo** de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

**É por isso** que esta Suprema Corte **sempre** teve a nítida percepção **de que há**, *entre* as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, *de um lado, e* o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, *de outro*, **um claro vínculo relacional**, *de tal modo* que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, **o que significa que o desrespeito** ao direito de reunião, *por parte* do Estado e de seus agentes, **traduz**, *na concreção desse gesto de arbítrio*, **inquestionável** transgressão *às demais* liberdades cujo exercício *possa supor*, para realizar-se, **a incolumidade** do direito de reunião, *tal como sucede* quando autoridades públicas **impedem** que os cidadãos **manifestem**, *pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros* realizados em espaços públicos, as suas idéias e a sua pessoal visão de mundo, para, *desse modo*, **propor** soluções, **expressar** o seu pensamento, **exercer** o direito de petição e, *mediante atos de proselitismo*, **conquistar** novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

**A praça pública**, *desse modo*, **desde** que respeitado o direito de reunião, **passa a ser** o espaço, *por excelência*, do debate, da persuasão racional, do discurso

argumentativo, da transmissão de idéias, da veiculação de opiniões, *enfim*, a praça ocupada pelo povo **converte-se** *naquele espaço mágico* em que as liberdades fluem **sem** *indevidas* restrições governamentais.

**Não foi por outra razão**, Senhor Presidente, que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **quando** do julgamento do pedido de medida cautelar **na ADI 1.969/DF**, **ao fundamentar** a concessão do provimento liminar, **pôs em destaque** *a indestrutível ligação* que existe entre as liberdades públicas cuja proteção jurisdicional é requerida, *uma vez mais*, a esta Suprema Corte:

*“(...) o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação do pensamento.”*  
(grifei)

**Idêntica percepção** foi revelada, **no julgamento final** da ADI 1.969/DF, pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator:

*“(...) Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, ‘local aberto ao público’, que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.*

*Proibir a utilização ‘de carros, aparelhos e objetos sonoros’, nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria, por completo, a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nessas locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.” (grifei)*

**II. O direito fundamental de reunião: estrutura constitucional e oponibilidade de seu exercício ao Poder Público, cujos agentes estão sujeitos, em face dessa liberdade de ação coletiva, à estrita observância de limites e deveres de ordem jurídica**

*O direito fundamental de reunião apóia-se, em nosso sistema de direito constitucional positivo, no inciso XVI do art. 5º da Constituição da República, que assim o proclama: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.*

**Trata-se** de prerrogativa **impregnada** de caráter instrumental, **qualificando-se, enquanto liberdade de ação coletiva, como importante meio** de consecução e realização dos objetivos **que animam** aqueles que se congregam, *para um fim específico*, em espaços *públicos ou privados*.

**A estrutura constitucional** da liberdade de

reunião **autoriza** que nela se identifiquem, *pelo menos*, 05 (cinco) elementos **que lhe compõem** o perfil jurídico:

**a) elemento pessoal:** pluralidade de participantes (**possuem** legitimação ativa ao exercício do direito de reunião os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes);

**b) elemento temporal:** a reunião é necessariamente transitória, sendo, portanto, descontínua e não permanente, **podendo efetuar-se** de dia ou de noite;

**c) elemento intencional:** a reunião tem um sentido teleológico, finalisticamente orientado. **Objetiva um fim**, que é comum aos que dela participam;

**d) elemento espacial:** o direito de reunião se projeta sobre uma área territorialmente delimitada. A reunião, conforme o lugar em que se realiza, pode ser pública (vias, ruas e logradouros públicos) **ou** interna (residências particulares, *v.g.*);

**e) elemento formal:** a reunião pressupõe organização e direção, embora precárias.

**Qualquer** que seja a finalidade **que motive** o encontro **ou** agrupamento de pessoas, **não importando** se poucas ou muitas, **mostra-se essencial** que a reunião, *para merecer a proteção constitucional*, **seja pacífica, vale dizer, que se realize “sem armas”, sem** violência **ou** incitação ao ódio **ou** à

discriminação, **cumprindo ter presente**, quanto a tal requisito, **a advertência** de PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**”, tomo V/604, item n. 10, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), **para quem** “(...) a polícia não pode proibir a reunião, ou fazê-la cessar, pelo fato de um ou alguns dos presentes estarem armados. As medidas policiais são contra os que, por ato seu, perderem o direito a reunirem-se a outros, e não contra os que se acham sem armas. **Contra esses**, as medidas policiais **são contrárias** à Constituição e **puníveis** segundo as leis” (grifei).

**A essencialidade** dessa liberdade fundamental, **que se exterioriza** no direito *de qualquer* pessoa reunir-se com terceiros, *pacificamente*, **sem** armas, em locais públicos, **independentemente** de prévia autorização de órgãos ou agentes do Estado (**que não se confunde** com a determinação constitucional de “prévio aviso à autoridade competente”), *revela-se tão significativa* **que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer** admitem que o Poder Público *interfira* no exercício do direito de reunião.

**Isso significa** que o Estado, *para respeitar* esse direito fundamental, **não** pode **nem** deve *inibir* o exercício da liberdade de reunião, *ou frustrar-lhe* os objetivos, *ou inviabilizar*, com medidas restritivas, **a adoção** de providências preparatórias e necessárias à sua realização, *ou omitir-se* no dever de proteger os que *a exercem* **contra** aqueles que a ela se opõem, **ou**, ainda, *pretender impor* controle oficial sobre o

objeto da própria assembleia, passeata ou marcha.

**É por tal motivo** que a liberdade de reunião **encontra** veemente repulsa **por parte** de sistemas autocráticos, **que não conseguem tolerar** a participação popular nos processos decisórios de Governo **nem admitir** críticas, protestos ou reivindicações da sociedade civil.

**É de ressaltar** que, *em nosso sistema normativo*, **o direito de reunião** pode sofrer, *excepcionalmente*, **restrições** de ordem jurídica **em períodos** de crise institucional, **desde** que utilizados, *em caráter extraordinário*, os mecanismos *constitucionais* de defesa do Estado, **como** o estado de defesa (**CF**, art. 136, § 1º, I, “a”) e o estado de sítio (**CF**, art. 139, IV), **que legitimam** a utilização, pelo Presidente da República, **dos denominados poderes de crise**, **dentre os quais** se situa a faculdade **de suspender a própria** liberdade de reunião, **ainda** que exercida em espaços privados.

**Em período** de normalidade institucional, contudo, essa **liberdade fundamental**, *além de plenamente oponível* ao Estado (que nela **não** pode interferir, **sob pena** de incriminação de seus agentes e autoridades, **consoante prescreve**, *em norma de tipificação penal*, a Lei nº 1.207, de 25/10/1950), **também lhe impõe** a obrigação de viabilizar a reunião, *assim como o dever de respeitar o direito* – *que assiste* aos organizadores e participantes do encontro – **à autônoma deliberação** sobre o tipo e o conteúdo da manifestação pública.

**É por isso**, Senhor Presidente, *que se pode identificar*, **na cláusula constitucional** que ampara a liberdade de reunião (**CF**, art. 5º, XVI), **tanto um direito (titularizado pelos manifestantes) quanto uma obrigação (imposta ao Estado), tal como assinala** PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (**“Curso de Direito Constitucional”**, p. 443, item n. 3.1.4, 4ª ed., 2009, Saraiva/IDP, **em co-autoria** com Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho):

**“O direito de reunião engendra pretensão de respeito, não somente ao direito de estar com outros numa mesma coletividade organizada, mas também de convocar a manifestação, de prepará-la e de organizá-la. O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução da manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício - tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo).**

**O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação.” (grifei)**

**Vê-se, portanto**, que a liberdade de reunião, **tal como delineada** pela Constituição, **impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção**, que, **mais do que impossibilidade de sua interferência na manifestação popular, reclama** que os agentes e autoridades governamentais **não** estabeleçam **nem** estipulem exigências **que debilitem ou que esva-ziem** o movimento, **ou, então, que lhe embaracem** o exercício.

**O Estado, por seus agentes e autoridades, não** pode cercear **nem** limitar o exercício do direito de reunião, **apoiando-se, para tanto**, em fundamentos **que revelem** oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário **ou** ideológico do movimento **ou, ainda, invocando, para restringir a manifestação pública, razões** fundadas **em mero juízo** de oportunidade, de conveniência **ou** de utilidade.

**Disso resulta** que a polícia **não tem o direito** de intervir nas reuniões *pacíficas, lícitas*, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. **Não pode** proibi-las **ou** limitá-las. **Assiste-lhe, apenas, a faculdade** de vigiá-las, **para, até mesmo, garantir-lhes a sua própria** realização. **O que exceder** a tais atribuições, **mais do que ilegal, será inconstitucional.**

**É dever, portanto**, dos organismos policiais, **longe dos abusos** que têm sido perpetrados pelo aparato estatal repressivo, **adotar medidas de proteção** aos participantes da reunião, **resguardando-os** das tentativas de desorganizá-la e protegendo-os dos que a ela se opõem.

*Por outro lado, conforme doutrina PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo V/603), “**não é dado à polícia analisar ou apreciar a conveniência da reunião – ‘A polícia não pode intervir sem que haja perturbação da ordem. Simples inconvenientes não justificam a sua intervenção; tampouco a probabilidade de produzir o ato ou a reunião consequências perturbantes ou criminosas. Demais, o que lhe cabe resguardar é a ordem, e não a defesa de determinados direitos privados, ou de governantes, porque tal missão é apenas da Justiça’**” (grifei).*

### **III. Liberdade de reunião e direito à livre manifestação do pensamento: a proteção das minorias e a função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito**

**O sentido de fundamentalidade de que se reveste** essa liberdade pública **permite afirmar que as minorias também titularizam, sem** qualquer exclusão **ou** limitação, **o direito de reunião**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos e de suas reivindicações, **sendo completamente irrelevantes**, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, **por maiores que sejam**, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, **ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares**.

**Daí a correta observação** feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, neste

processo, *em primorosa sustentação* de sua posição **a respeito** do tema, *na qual, ao destacar “a garantia do dissenso como condição essencial à formação de uma opinião pública livre”, enfatizou “o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais em causa”:*

**“A reivindicação por mudança, mediante manifestação que veicule uma ideia contrária à política de governo, não elide sua juridicidade. Ao contrário: a contraposição ao discurso majoritário situa-se, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. (...).**

(...)

**Os direitos fundamentais em causa, vocacionados à formação de uma opinião pública livre, socorrem fundamentalmente as minorias políticas, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria; esta é a lógica de um sistema democrático no qual o poder se submete à razão, e não a razão ao poder.**

**Decerto, inexistiria qualquer razão para que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, exclusivamente, a exteriorização de concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor. Se para isso servissem, comporiam uma inimaginável categoria de ‘direitos desnecessários’; não seriam, pois, verdadeiros direitos.**

**A proibição do dissenso equivale a impor um ‘mandado de conformidade’**, condicionando a sociedade à informação oficial – **uma espécie** de ‘marketplace of ideas’ (OLIVER WENDELL HOLMES) institucionalmente limitado. **Ou**, o que é ainda mais profundo: **a imposição de um comportamento obsequioso produz**, na sociedade, **um pernicioso** efeito dissuasório (‘chilling effect’), **culminando**, progressivamente, **com a aniquilação** do próprio ato individual de reflexão (...).

**A experiência histórica revela**, pois, **que o discurso antagônico não requer repressão, mas tolerância**; se não fosse pela óbvia razão de que, despida de certo grau de tolerância, a convivência se tornaria socialmente insuportável, justificar-se-ia tal padrão de conduta pela sempre possível hipótese de que a ‘verdade’ não esteja do lado da maioria. (...)

**Perceba-se**, nessa linha de perspectiva: um candidato **ou** partido político que inclua em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituosa está a fazer ‘apologia ao crime’?

**No mesmo tom**: seria ilegal uma manifestação pública **tendente** a arregimentar apoio à apresentação de um anteprojeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de propor a descriminalização de determinada conduta? E a publicação de uma obra literária, individual ou coletiva, difundindo a mesma opinião? **A propósito**: a sustentação teórica do reducionismo

penal – que, em termos radicais, designa-se ‘abolicionismo’ – é prática criminoso?” (grifei)

**Essas reflexões** do IBCCRIM, **feitas** em sua legítima condição de “amicus curiae”, **põem em evidência a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

Na realidade, Senhor Presidente, **esse tema** acha-se intimamente associado ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao relevantíssimo papel que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos da maioria ou, até mesmo, contra abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois**, ninguém o ignora, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

**Cabe enfatizar**, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da

jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão **e** de abuso contra os seus direitos.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva**, por parte desta Suprema Corte, **quando grupos majoritários, por exemplo, atuando** no âmbito do Congresso Nacional,

**ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

**Lapidar**, sob a perspectiva *de uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir** todos os direitos **das minorias e impedir toda prepotência**, todo arbítrio, toda opressão **contra elas. Mais que isso** – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, **deve atribuir** um relevante papel institucional **às correntes minoritárias** mais expressivas.

(...)

**Na democracia**, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos –, ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante**, decisiva mesmo: **a de oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

**O principal papel da oposição** é o de formular propostas alternativas às idéias e ações **do**

**governo da maioria** que o sustenta. **Correlatamente**, critica, **fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**, à opinião pública, como alternativa. **Se** a maioria governa, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.

(...)

**Daí a necessidade** de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência **da minoria**, para que se tenha verdadeira república.

(...)

**Pela proteção e resguardo das minorias** e sua necessária participação no processo político, **a república faz da oposição instrumento institucional de governo**.

(...)

**É imperioso** que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções**.

(...)

**Se a maioria souber que** – por obstáculo constitucional – **não pode prevalecer-se** da força, **nem** ser arbitrária **nem** prepotente, **mas deve respeitar a minoria**, então os compromissos **passam** a ser meios **de convivência** política. (...)” (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (“**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**”, tomo I/195- -196, item n. 8,

5ª ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema, **ao enfatizar** - *com fundamento em irrepreensíveis considerações* de ordem doutrinária - **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apóia-se** na existência *de uma imprescindível harmonia entre* a “Majority rule” e os “Minority rights”:

“A **verdadeira** idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e **dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas**, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. **O princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

**O princípio democrático não é**, pois, **a tirania do número, nem a ditadura** da opinião pública, **nem tampouco a opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, **mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: ‘Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro’. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas ‘Considerations on Representative Government’, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (*‘of true and false Democracy’*): ‘A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre** maioria e minoria.” (grifei)

**IV. Grupos majoritários não podem submeter, à hegemonia de sua vontade, a eficácia de direitos fundamentais, que se revestem de nítido caráter contramajoritário, especialmente se analisado esse tema na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**

**O Estado de Direito**, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação e **plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

**A preferência** do legislador constituinte **pela concepção democrática** do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, **por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República, **cujo texto** confere, **aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.**

**É evidente** que o **princípio majoritário** desempenha importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material** de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício do direito de reunião **e** da liberdade de expressão (**e, também**, o do direito de petição), **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

**Desse modo, e para que** o regime democrático **não se reduza** a uma categoria político-jurídica **mera-**mente conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, **quando tal se impuser, a**

**plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais, **que a todos, sem distinção**, são assegurados.

**Isso significa**, portanto, numa perspectiva pluralística, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema de **efetiva** proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “**Fundamentos de Direito Constitucional**”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

**Daí a inteira procedência** da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na petição inicial** que subcreveu, com brilhante fundamentação, **na condição** de Procuradora-Geral da República:

*“Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir, pelos indivíduos, o que cada um pode ou não pode ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, ‘o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que*

*possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas’.*

**Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.” (grifei)**

**V. As plurissignificações do art. 287 do Código Penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição**

**Vê-se, portanto, que o litígio constitucional instaurado na presente causa é motivado** por abordagens hermenêuticas diversas em torno do art. 287 do Código Penal, precisamente em face do conteúdo polissêmico desse preceito legal, **situação atestada** pela existência de provimentos judiciais **conflitantes** a propósito da questão, **eis** que há decisões **reconhecedoras** de que o art. 287 do Código Penal **impede** a realização de qualquer marcha ou passeata **tendente** a propor a discussão pública sobre a legalização do

uso de drogas ou de substâncias correlatas, **frustrando-se**, assim, o **exercício** de liberdades públicas fundamentais, **cuja prática tem sido duramente atingida e gravemente obstada por notórias** medidas repressivas **adotadas** pelo Estado e seus agentes **em função** de pronunciamentos do Poder Judiciário **que consideram** apologia de fato criminoso as condutas daqueles que organizam, promovem **e/ou** participam de movimentos **como** o da “*Marcha da Maconha*”.

**De outro lado**, registram-se **decisões** que, **proferidas** em sentido diametralmente oposto, **buscam compatibilizar** o art. 287 do Código Penal **com** o texto da Constituição, **interpretando-o** de forma a não inviabilizar o exercício da liberdade de reunião **e** a prática dos direitos de petição **e** de livre manifestação do pensamento.

**Tudo isso torna necessário debater e examinar** o significado **e** o alcance de determinadas liberdades fundamentais – a liberdade de reunião, a liberdade de manifestação do pensamento **e**, também, o direito de petição – **cujo exercício** tem sido inviabilizado, pelo Poder Público, sob a equivocada interpretação de que manifestações públicas (e pacíficas), como a “Marcha da Maconha”, configurariam a prática do ilícito tipificado no art. 287 do Código Penal, que define, como entidade delituosa, a “apologia de fato criminoso”, não obstante destinadas, tais manifestações, a veicular idéias, a transmitir opiniões, a formular protestos e a expor reivindicações (direito de petição), com a finalidade de sensibilizar

a comunidade **e** as autoridades governamentais, notadamente os seus legisladores, para a delicada questão da descriminalização (“*abolitio criminis*”) do uso das drogas **ou** de qualquer substância entorpecente específica.

**Extremamente precisa**, a esse propósito, **a referência** que o IBCCRIM faz, em sua formal intervenção nesta causa, **à delimitação material** do objeto da presente demanda constitucional, especialmente no ponto em que assim se manifesta:

*“O objeto desta ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob contínua ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a presente medida. (...).*

**A temática jurídica** submetida à apreciação desse Supremo Tribunal Federal **situa-se** em domínios normativos superiores, **de feição constitucional; mais precisamente**, no âmbito das liberdades individuais: **estão em pauta** os direitos fundamentais de reunião **e** de manifestação, **enquanto projeções** da liberdade de expressão, **em cujo núcleo essencial** incluem-se as faculdades de protesto **e** de reivindicação, **pressupostos** de uma sociedade livre, aberta e pluralista.

**Nessa perspectiva**, as manifestações que, **sob ilegítima expansão normativa** dos limites do art. 287 do Código Penal, **vêm sofrendo censura estatal** poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias **as mais diversas** (‘v.g.’, a

descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); **ainda assim**, o objeto da ADPF persistiria o mesmo.

**É preciso**, outrossim, **que fique claro: a proteção judicial** ora postulada **não** contempla – e **nem** poderia fazê-lo – **a criação** de um espaço público **circunstancialmente imune** à ação fiscalizatória ordinária do Estado; **menos ainda se propugna** que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, **manifestantes possam incorrer em ilicitude** de qualquer espécie, **como**, por exemplo, **consumir drogas. O espectro de liberdade** que se objetiva ver assegurado **é aquele inerente** – portanto, adequado e necessário – **aos direitos fundamentais** implicados, **sem que daí decorra implícita permissão** à prática de conduta que se possa traduzir em violação às normas integradoras do Direito em vigor.” (grifei)

**É por isso** que a douta Procuradoria-Geral da República, após enfatizar, **com apoio** em magistério doutrinário, **que a liberdade de reunião** acha-se submetida a um limite implícito, que é a sua finalidade lícita, **corretamente observa**:

“(…) **é perfeitamente lícita** a defesa pública **da legalização das drogas, na perspectiva** do legítimo exercício da liberdade de expressão.

**Evidentemente**, seja ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem **para consumir** drogas ilegais **ou para instigar** terceiros a usá-las. **Não é este o caso de reunião voltada à crítica** da legalização penal **e** de políticas públicas em vigor, **em que se defende a legalização** das drogas em geral, **ou de alguma substância entorpecente em particular.**” (grifei)

**O direito de reunião**, Senhor Presidente, **também surge como verdadeira pré-condição** necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político **e** no de tomada de decisões, *notadamente* agora em que o sistema constitucional brasileiro **confere** legitimidade ativa aos cidadãos para a instauração, por iniciativa popular, do processo legislativo, **o que habilita** o eleitorado **a propor**, ao Congresso Nacional, **nos termos** do art. 14, III, **e** do art. 61, § 2º, da Constituição, projetos de lei objetivando, até mesmo, **a própria** “abolitio criminis” **referente a qualquer** conduta hoje penalmente punível.

**Legítimos**, pois, sob perspectiva *estritamente* constitucional, a assembléia, a reunião, a passeata, a marcha **ou qualquer outro encontro realizados**, em *espaços públicos*, com o objetivo de obter apoio para eventual proposta de legalização do uso de drogas, de criticar o modelo penal de repressão e punição ao uso de substâncias entorpecentes, de propor alterações na legislação penal pertinente, de formular sugestões concernentes ao sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, de promover atos de proselitismo **em favor** das posições **sustentadas**

pelos manifestantes e participantes da reunião, ou, finalmente, de exercer o direito de petição quanto ao próprio objeto **motivador** da assembléia, passeata ou encontro.

## **VI. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e o direito de petição**

**Mostra-se relevante salientar**, agora, Senhor Presidente, que igualmente existe **uma clara relação** de instrumentalidade entre a liberdade de reunião e o direito de petição, que também se qualifica **como expressiva** prerrogativa de natureza constitucional e de caráter político-jurídico, **inerente** ao próprio exercício da cidadania.

Como sabemos, **a declaração constitucional de direitos**, inscrita no texto de nossa Lei Fundamental, **assegura, a todos, o direito de petição** aos poderes públicos, **consagrando, em favor** das pessoas em geral, **uma faculdade que tem sido reconhecida ao longo** do constitucionalismo brasileiro, **desde** a Carta Política do Império do Brasil (art. 179, n. 30), **transitando, sem qualquer exceção, por todas** as Constituições republicanas, **até** o vigente ordenamento constitucional (CF/88, art. 5º, **inciso XXXIV, “a”**), **sempre atribuindo**, aos cidadãos e à generalidade das pessoas, **a prerrogativa de apresentar**, aos órgãos competentes do Estado, queixas, reclamações e denúncias de abusos, além de propiciar-lhes a possibilidade de oferecer representação **propondo** a adoção

de medidas **que materializem** a sua posição e o seu pensamento **a propósito** de certa matéria ou tema específico, como sucede, p. ex., com os que, congregando-se, pacificamente, em praça pública, **propõem** ao Poder Legislativo (destinatário precípua da manifestação popular) **a adoção de medidas descriminalizadoras** do uso e consumo de drogas em geral e de determinada substância entorpecente em particular.

**Vale ter presente**, neste ponto, **a observação** que PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**”, tomo V/630, item n. 3, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT) **faz sobre o direito de petição**, que surgiu, historicamente, no contexto da *Revolução Gloriosa* (1688), **com a Declaração de Direitos britânica de 1689** (“*Bill of Rights*”), **que assegurava** (como ainda assegura), aos súditos, **o direito** de se dirigir ao monarca reinante (e ao Parlamento), **propondo-lhes** a adoção de medidas ou de providências **indicadas** em pleito individual ou coletivo: “(...) **é o direito público subjetivo de petição, com as pretensões respectivas, qualquer que seja o interesse ou direito-base que invoque o peticionário, e independe** de qualquer prova de interesse próprio. Os poderes públicos **são apenas adstritos** a proferir despacho, **ou** designar comissão **que estude** as reclamações feitas. **Porém**, o Poder Legislativo **não pode deixar de designar** comissão ‘ad hoc’, ou permanente, **que dê parecer**, sujeito, ou não, a plenário.

***O arquivamento, sem qualquer resposta, constitui violação do enunciado da Constituição. A praxe é dar parecer a Comissão de Petições e enviá-lo, depois, com a petição, às outras Comissões, a que, pela matéria, interesse. Formou-se a relação jurídica processual, especialíssima, e o Estado tem o dever de prestação, em solução favorável ou não” (grifei).***

***VII. “A Marcha da Maconha”: expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição***

***É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada “Marcha da Maconha”, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as idéias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.***

Nesse contexto, ***a questionada (e tão reprimida) “Marcha da Maconha” é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do***

***pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, “direito-escopo”), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que, congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas idéias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.***

***Cabe rememorar, bem por isso, as observações feitas pelo ilustre Advogado e Professor SALO DE CARVALHO (“A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06”, p. 258/261, item n. 12.10, 5ª ed., 2010, Lumen Juris), que, em precisa exposição, indicou as finalidades legítimas perseguidas pelos que participam, sob o amparo das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento, dos encontros e eventos promovidos pelos organizadores de referida manifestação pública:***

***“Realizada anualmente a partir de 1999 em várias cidades do planeta, a Marcha da Maconha é caracterizada por série de eventos de apoio às políticas antiproibicionistas e de redução de danos. Em festividades realizadas no primeiro***

sábado do mês de maio, **considerado** o Dia Mundial pela Descriminalização da ‘Cannabis’, **são organizados** encontros, passeatas, fóruns de debates, festas, concertos e festivais. **Idealizada e coordenada** por organizações civis e públicas não-governamentais, **a Marcha objetiva realização** de manifestações **pacíficas**, performances culturais e atos de livre expressão **para informação e discussão** de políticas públicas **que envolvem a (des)criminalização** da ‘cannabis’.

**Segundo os organizadores**, a ideia principal do evento é a promoção de debate sério sobre as políticas públicas que envolvem as drogas, **sendo os participantes incentivados a não fazer uso** de qualquer tipo de droga, lícita **ou** ilícita, **especialmente** o álcool, **durante** as manifestações. **Constitui-se**, portanto, como movimento social espontâneo, reivindicatório e de livre exposição do pensamento.

**No Brasil**, na última década, **inúmeros** coletivos **aderiram** à Marcha, **seguindo** o movimento global de manifestação **contrária** às políticas proibicionistas. **A organização nacional**, ao longo dos anos, **publicizou** amplamente **a intenção de debater** o tema da criminalização **e** os efeitos produzidos pela atual política criminal de drogas no Brasil e na América Latina. **No ambiente virtual** mantido pelos grupos e instituições que representam o Movimento, **encontra-se a seguinte** exposição de motivos:

**‘Os objetivos principais do Coletivo são: Criar espaços** onde indivíduos e instituições interessadas em debater a questão possam se articular e dialogar; **Estimular reformas** nas Leis e Políticas Públicas sobre a maconha e seus diversos usos; **Ajudar a criar** contextos sociais, políticos e culturais onde todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas; **Exigir formas** de elaboração e aplicação dessas políticas e leis que sejam mais transparentes, justas, eficazes e pragmáticas, **respeitando** a cidadania e os Direitos Humanos.

**O Coletivo** Marcha da Maconha Brasil **reafirma** que suas atividades **não têm** a intenção de fazer apologia à maconha **ou** ao seu uso, **nem incentivar** qualquer tipo de atividade criminosa. As atividades do Coletivo **respeitam** não só o direito à livre manifestação de ideias **e** opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos.’

**Na Carta de Princípios** da Marcha da Maconha no Brasil, **os integrantes expressam** os objetivos da manifestação:

**‘A Marcha da Maconha Brasil é um movimento** social, cultural **e** político, **cujo objetivo é levantar a proibição** hoje vigente

*em nosso país em relação ao plantio e consumo da ‘cannabis’, tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental.*

***A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a ‘cannabis’. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados.***

***A Marcha da Maconha Brasil não tem posição sobre a legalização de qualquer outra substância além da ‘cannabis’, a favor ou contra. O nosso objetivo limita-se a promover o debate sobre a planta em questão e demonstrar para a sociedade brasileira a inadequação de sua proibição.***

***A Marcha da Maconha Brasil tem como objetivo agregar todos aqueles que comunguem dessa visão, usuários da erva ou não, que desejem colaborar de alguma forma para que a proibição seja derrubada. Os que estão presos pelo simples fato de plantar a ‘cannabis’ para uso pessoal são considerados***

*presos políticos, assim como todos aqueles que estão atrás das grades sem ter cometido violência nenhuma contra ninguém, por delitos relacionados a esse vegetal que o conservadorismo obscurantista teima em banir.*

***Para atingir os seus objetivos, a Marcha da Maconha Brasil atuará estritamente dentro da Constituição e das leis. Não abrimos mão da liberdade de expressão, mas também não promovemos a desobediência a nenhuma lei. Entretanto, reconhecemos que se a sociedade tem o dever de cumprir a lei elaborada e aprovada por seus representantes eleitos, os legisladores devem exercer a sua função em sintonia com a evolução da sociedade.***

***Uma vez por ano, simultaneamente com o movimento internacional ‘Global Marijuana March’, a Marcha da Maconha Brasil organizará e convocará manifestações públicas pela legalização da ‘cannabis’. Além disso, também poderão ser organizadas outras atividades, tais como seminários, conferências e debates, inclusive em colaboração com outros grupos e movimentos, nacionais e estrangeiros.’***

***Percebe-se, da leitura do material de divulgação, que a finalidade do movimento é problematizar a política criminal proibicionista. Trata-se, portanto, de movimento social espontâneo que reivindica a possibilidade, através da livre***

manifestação do pensamento, **da discussão democrática** do modelo proibicionista e dos efeitos que produziu **em termos** de incremento da violência. **Ademais**, o evento Marcha da Maconha **possui**, nitidamente, caráter cultural e artístico, **em face** da programação de atividades musicais, teatrais e performáticas, **além da criação** de espaço de debate com palestras, seminários e exibições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, lícitas e ilícitas.

**Em razão** dos dados apresentados, **incabível entender as condutas** como apologia de fato criminoso, **não apenas porque houve** a descriminalização do tipo específico existente na revogada Lei 6.368/76, **mas porque sequer** há possibilidade de subsunção ao art. 287 do Código Penal.

**Note-se** que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 287 do Código Penal é a paz pública. **Assim**, a conduta, para constituir materialmente delito, deve, necessariamente, gerar, no seio social, perturbação. **Segundo a doutrina**, 'fazer apologia significa defender, justificar, elogiar, enaltecer, defender. Trata-se da conduta daquele que, publicamente, enaltece o fato criminoso ou o autor do crime.'

**No caso** da Marcha da Maconha, **do que se pode perceber, não há qualquer espécie** de enaltecimento, defesa **ou** justificativa do porte para consumo **ou** do tráfico de drogas ilícitas, **figuras tipificadas** nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06. **Ao contrário**,

resta evidente **a tentativa de pautar importante** (e necessário) **debate** acerca das políticas públicas e dos efeitos do proibicionismo.” (grifei)

#### **VIII. A liberdade de manifestação do pensamento: um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos**

**Tenho sempre enfatizado**, nesta Corte, Senhor Presidente, que **nada** se revela **mais** nocivo e **mais** perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, **mesmo** que se objetive, **com apoio** nesse direito fundamental, **expor** idéias **ou formular** propostas **que a maioria** da coletividade repudie, **pois**, nesse tema, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, **sempre** livre, **permanentemente** livre, **essencialmente** livre.

**Torna-se extremamente importante reconhecer**, desde logo, que, **sob a égide** da vigente Constituição da República, **intensificou-se**, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, **a liberdade** de manifestação do pensamento.

**Ninguém desconhece** que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento.

**Não custa insistir**, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade** extrema a quaisquer práticas estatais **tendentes** a restringir **ou** a reprimir o **legítimo** exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

**Essa repulsa constitucional** bem traduziu **o compromisso** da Assembléia Nacional Constituinte **de dar expansão** às liberdades do pensamento. Estas são **expressivas** prerrogativas constitucionais **cujo integral e efetivo** respeito, pelo Estado, **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

**Não deixo de reconhecer**, Senhor Presidente, **que os valores** que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar **ou** a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, **as liberdades** do pensamento.

**O regime constitucional** vigente no Brasil **privilegia, de modo particularmente expressivo, o quadro** em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. **Esta** é uma realidade normativa, política e jurídica **que não pode ser desconsiderada** pelo Supremo Tribunal Federal.

**A liberdade de expressão** representa, *dentro desse contexto*, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal “*a priori*”, as suas convicções, **expondo** as suas idéias **e fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias, **ainda que impopulares, contrárias** ao pensamento dominante

**ou representativas** de concepções **peculiares** a grupos minoritários.

**É preciso reconhecer** que a vedação dos comportamentos estatais **que afetam tão gravemente** a livre expressão e comunicação de idéias **significou** um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. **Nenhum diktat** emanado do Estado pode ser aceito **ou** tolerado, na medida em que venha a comprometer o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, **ao subtrair** da interferência do Poder Público o processo de comunicação e de livre expressão das idéias, **ainda** que estas sejam rejeitadas por grupos majoritários, **mostrou-se atenta à grave advertência** de que o Estado **não pode dispor** de poder algum **sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos** de sua manifestação.

**Impende advertir**, bem por isso, **notadamente** quando os agentes do Poder, **atuando de forma incompatível com a Constituição, buscam promover** a repressão à liberdade de expressão, **vedando** o exercício do direito de reunião **e, assim, frustrando, de modo injusto e arbitrário,** a possibilidade de livre exposição de opiniões, **que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias, sobre o pensamento e sobre as convicções** manifestadas pelos cidadãos.

**Essa garantia básica** da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos** em que repousa a ordem

democrática. **Nenhuma** autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “**o mais precioso privilégio dos cidadãos...**” (“**Crença na Constituição**”, p. 63, 1970, Forense).

**É certo que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste** de caráter absoluto, **pois sofre limitações** de natureza ética e de caráter jurídico.

**Daí a advertência** do Juiz Oliver Wendell Holmes, Jr., **proferida** em voto memorável, em 1919, **no julgamento do caso** *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52), **quando**, ao pronunciar-se **sobre o caráter relativo** da liberdade de expressão, **tal como protegida pela Primeira Emenda** à Constituição dos Estados Unidos da América, **acentuou** que “A **mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria** um homem **que falsamente gritasse fogo num teatro** e, assim, causasse pânico”, **concluindo**, com absoluta exatidão, que “a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza **que envolvem** perigo evidente e atual (**“clear and present danger”**) de se

*produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau” (grifei).*

**É por tal razão que a incitação** ao ódio público **contra qualquer** pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão.**

**Cabe lembrar**, neste ponto, **a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo 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 constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

**Tenho por irrecusável**, Senhor Presidente, que a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger **qualquer** pessoa cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções **prevalecentes**, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, **sobre ela**, por conta e efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, **pois todos hão de ser livres** para exprimir idéias, **ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**Memoráveis**, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi

Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “*United States v. Rosika Schwitter*” (279 U.S. 644), **proferidas**, *em 1929*, em notável e histórico *voto vencido* (**hoje qualificado** como uma “*powerful dissenting opinion*”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais HOLMES deixou positivado** um “*dictum*” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América:

“(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.”

**Trata-se** de um trecho histórico e retoricamente poderoso **na definição do verdadeiro sentido da proteção constitucional** à liberdade de manifestação do pensamento: **GARANTIR não apenas o direito daqueles que pensam como nós, MAS, igualmente, PROTEGER o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!**

**O pluralismo político** (*que legitima a livre circulação de ideias*) **exprime**, bem por isso, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria Constituição da República.**

**Vale destacar**, no ponto, **o magistério, sempre valioso**, de CELSO DELMANTO, ROBERTO

DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO (“**Código Penal Comentado**”, p. 820, 8ª ed., 2010, Saraiva), **cujos comentários**, por extremamente relevantes, **reproduzo a seguir**, *notadamente* porque esses eminentes autores **corretamente procedem** a uma interpretação do art. 287 do Código Penal *em conformidade* com a Constituição e com o que ela estabelece **em tema** de liberdades fundamentais:

**“Liberdades públicas: Pode ocorrer** que a conduta do agente **esteja amparada por garantias constitucionais**, como ocorre **com as da liberdade de manifestação do pensamento** (CR, art. 5º, IV) **e da livre expressão** da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independente** de censura ou licença (inciso IX), **havendo** um conflito aparente de normas com a proibição prevista no crime deste art. 287. **O que o Direito Penal pune**, evidentemente, **são os ‘abusos’** no exercício dessas liberdades. **Dependendo do caso, não haverá antijuridicidade ou ilicitude na conduta daquele que**, por exemplo, **propugna pela descriminalização** do aborto, **do porte de droga para uso próprio** e da eutanásia. **Isto porque, defender a descriminalização** de certas condutas **previstas** em lei como crime, **não é fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Igualmente, não**

*configura o crime deste art. 287 a conduta daquele que usa camiseta com a estampa da folha da maconha, por ser inócua a caracterizar o crime **e por estar abrangida** na garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento.” (grifei)*

**IX. A proposta de legalização do uso de drogas, inclusive da “*Cannabis Sativa Linnaeus*”, ainda que defendida fora de ambientes acadêmicos, em espaços públicos ou privados, é amparada pelas liberdades constitucionais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição**

**Desejo salientar**, neste ponto, Senhor Presidente, *já me aproximando* do encerramento deste voto, *que a mera proposta de descriminalização* de determinado ilícito penal **não se confunde** com o ato de incitação à prática do delito, **nem** com o de apologia de fato criminoso, **eis que o debate** sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis **pode** (e deve) **ser realizado** de forma racional, **com respeito** entre interlocutores, **ainda** que a idéia, *para a maioria*, possa ser *eventualmente* considerada **estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa**.

**É relevante observar** *que já se registraram*, no ordenamento positivo brasileiro, **diversos** casos de “*abolitio criminis*”, **cabendo mencionar**, dentre eles, em tempos *mais* recentes, *a descaracterização típica do adultério* (CP, art. 240), *da sedução* (CP, art. 217) **e do rapto consensual** (CP, art. 220).

**Impõe-se relembrar**, aqui, fato historicamente expressivo, **além de impregnado** de inequívoco significado jurídico: **refiro-me** a comportamento **que era punido, como delito, pelo Código Penal de 1890**, que foi o *primeiro* estatuto penal da República, **cujo art. 402 definia, como ato passível de repressão penal** (**pena** de 2 a 6 meses de prisão celular), **a conduta** consistente em “*Fazer, nas ruas e praças públicas, exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...)*”.

**Se prevalecesse a lógica autoritária, aqui repudia-**  
**da, que extrai**, do art. 287 do vigente Código Penal, em interpretação *absolutamente incompatível* com o texto da Constituição, **a existência** do delito de apologia de fato criminoso, *nele enquadrando* o comportamento **dos que sustentam, publicamente, a descriminalização** de determinado ato punível, *estar-se-ia reconhecendo*, **em tal contexto, a possibilidade de incriminação** dos que pugnaram **pela legalização** da prática da capoeiragem **ou** que, *nesta*, vislumbraram manifestação de caráter folclórico **ou** de índole cultural, **como o fez**, em 1932, em declaração pública, Gustavo Capanema, **então** Ministro da Educação e Saúde do Governo Provisório de Getúlio Vargas, **que proclamou, textualmente**, que “*A capoeira é o esporte nacional brasileiro*”, **o que permitiu retirar, nos anos subseqüentes**, das páginas da repressão criminal, **a atividade** de capoeira, **pois, como se sabe, a capoeira, hoje, acha-se vinculada** à Confederação Brasileira de Capoeira, entidade **reconhecida pelo próprio Comitê**

*Olímpico Brasileiro, sendo digno de nota, ainda, o fato* de que a “Roda de Capoeira” foi qualificada, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em 21/10/2008, **como prática integrante do Patrimônio Cultural do Brasil.**

**Enfatize-se**, Senhor Presidente, *que jamais se cogitou, quanto* aos autores **de tais** propostas – *não importando se* formuladas na esfera da sociedade civil **ou** no âmbito do Congresso Nacional (**e que objetivavam** a descriminalização, *dentre outros, dos delitos* de capoeiragem, de adultério, de sedução e de rapto consensual) -, **que tivessem eles** cometido o delito **tipificado** no art. 287 do Código Penal, **o que, se ocorrido, constituiria um rematado absurdo...**

**Há que se reconhecer, ainda, no que se refere à pretendida** descriminalização do uso de drogas, **inclusive** da maconha, que essa tese **é sustentada, publicamente**, por diversas entidades, **tais como** a Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, **presidida** pelo ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que, **em artigo** publicado no “Valor Econômico” (“A Guerra contra as Drogas”, em 18/01/2011), **e após observar** que a guerra contra as drogas “**é uma guerra perdida**”, **impondo-se**, por isso mesmo, uma ruptura de paradigma na análise e enfrentamento dessa questão, **teceu as seguintes observações:**

**“A guerra contra as drogas é uma guerra perdida e 2011 é o momento para afastar-se da**

**abordagem punitiva e buscar um novo conjunto de políticas baseado na saúde pública, direitos humanos e bom senso.** Essas foram as principais conclusões da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia que organizei, **ao lado** dos ex-presidentes Ernesto Zedillo, do México, e César Gaviria, da Colômbia.

**Envolvemo-nos** no assunto por um motivo persuasivo: **a violência e a corrupção** associadas ao tráfico de drogas **representam** uma grande ameaça à democracia em nossa região. **Esse senso de urgência** nos levou a avaliar as atuais políticas e a procurar alternativas viáveis. A abordagem proibicionista, baseada na repressão da produção e criminalização do consumo, claramente, **fracassou.**

**Após 30 anos de esforços maciços**, tudo o que o proibicionismo alcançou foi transferir as áreas de cultivo e os cartéis de drogas de um país a outro (**conhecido** como efeito balão). **A América Latina continua sendo a maior exportadora de cocaína e maconha.** Milhares de jovens **continuam** a perder as vidas em guerras de gangues. **Os barões das drogas** dominam comunidades inteiras por meio do medo.

**Concluimos nosso informe com a defesa de uma mudança de paradigma.** O comércio ilícito de drogas **continuará** enquanto houver demanda por drogas. **Em vez de aferrar-se** a políticas fracassadas que não reduzem a lucratividade do comércio – e, portanto, seu poder – **precisamos**

**redirecionar** nossos esforços à redução do consumo e contra o dano causado pelas drogas às pessoas e sociedade.

(...)

**A abordagem recomendada no informe da comissão, no entanto, não significa complacência. As drogas são prejudiciais à saúde.** Minam a capacidade dos usuários de tomar decisões. O compartilhamento de agulhas dissemina o HIV/Aids e outras doenças. O vício pode levar à ruína financeira e ao abuso doméstico, especialmente de crianças.

(...)

**Reduzir o consumo ao máximo possível precisa, portanto, ser o objetivo principal. Isso, contudo, requer tratar os usuários de drogas como pacientes que precisam ser cuidados e não como criminosos que devem ser encarcerados. Vários países empenham-se em políticas que enfatizam a prevenção e tratamento, em vez da repressão - e reorientam suas medidas repressivas para combater o verdadeiro inimigo: o crime organizado.**

**A cisão no consenso global em torno à abordagem proibicionista é cada vez maior.** Um número crescente de países na Europa e América Latina se afasta do modelo puramente repressivo.

**Portugal e Suíça são exemplos convincentes do impacto positivo das políticas centradas na prevenção, tratamento e redução de danos. Os dois países descriminalizaram a posse de**

**drogas para uso pessoal. Em vez de registrar-se uma explosão no consumo de drogas como muitos temiam, houve aumento no número de pessoas em busca de tratamento e o uso de drogas em geral caiu.**

**Quando a abordagem política deixa de ser a de repressão criminal para ser questão de saúde pública, os consumidores de drogas ficam mais abertos a buscar tratamento.** A descriminalização do consumo **também reduz** o poder dos traficantes de influenciar e controlar o comportamento dos consumidores.

**Em nosso informe, recomendamos avaliar do ponto de vista da saúde pública - e com base na mais avançada ciência médica - os méritos de descriminalizar a posse da cannabis para uso pessoal.**

**A maconha é de longe a droga mais usada. Há um número cada vez maior de evidências indicando que seus danos são, na pior hipótese, similares aos provocados pelo álcool ou tabaco. Além disso, a maior parte dos problemas associados ao uso da maconha - desde o encarceramento indiscriminado dos consumidores até a violência e a corrupção associadas ao tráfico de drogas - é resultado das atuais políticas proibicionistas.**

**A descriminalização da cannabis seria, portanto, um importante passo à frente para abordar o uso de drogas como um problema de saúde e não como uma questão para o sistema de Justiça criminal.**

(...)

**Nenhum país concebeu** uma solução abrangente ao problema das drogas. **A solução**, no entanto, **não exige uma escolha cabal** entre a proibição e a legalização. **A pior proibição é a proibição de pensar. Agora, enfim, o tabu que impedia o debate foi quebrado. Abordagens alternativas estão sendo testadas e precisam ser cuidadosamente avaliadas.**

**No fim das contas**, a capacidade das pessoas de avaliar riscos e fazer escolhas **estando informadas** será tão importante para regular o uso das drogas quanto leis e políticas mais humanas e eficientes. **Sim**, as drogas corroem a liberdade das pessoas. **É hora**, no entanto, **de reconhecer** que políticas repressivas **em relação** aos usuários de drogas, **baseadas**, como é o caso, em preconceito, medo e ideologia, **são**, da mesma forma, **uma ameaça à liberdade.**” (grifei)

**Cabe registrar**, finalmente, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instituição vinculada à Organização dos Estados Americanos, por sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, **já manifestou grave preocupação**, **externada** no *Informe Anual de 2008*, **motivada** pela existência de decisões judiciais **que proibiram**, em maio daquele ano, **no Brasil**, a realização de manifestações públicas **que buscavam propor** modificações na legislação penal em vigor, **assim havendo-se pronunciado a respeito**, como registra a douta Procuradoria-Geral da República (fls. 05/06):

“50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação **a propósito** da adoção de medidas judiciais **em maio de 2008 em nove cidades brasileiras** diferentes **proibindo a realização de demonstrações públicas que visavam a promover** modificações no Direito Penal em vigor. **Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas** (as demonstrações públicas) **constituíam supostamente apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda** que, exceto no caso de formas de expressão que, **nos termos** do artigo 13 (5) da Convenção Americana, **claramente constituam** ‘propaganda de guerra’ ou ‘apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo’, **marchas de cidadãos pacíficos** em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão.” (grifei)

## **X. Conclusão**

**Em suma**, Senhor Presidente: a liberdade de expressão, **considerada** em seu mais abrangente significado, **traduz**, *ela própria*, o fundamento que nos permite formular idéias e transmiti-las **com o intuito** de provocar a reflexão **em torno** de temas **que podem** revelar-se **impregnados** de elevado interesse social.

**As idéias**, Senhor Presidente, **podem** ser fecundas, libertadoras, subversivas **ou** transformadoras, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos e **rompendo** paradigmas *até então* estabelecidos nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e**, *o que se mostra fundamental*, **para que** as idéias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso e **viabilize**, *pelo conteúdo argumentativo do discurso* **fundado** em convicções divergentes, **a concretização** de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político**.

*A livre circulação de idéias*, portanto, **representa** um signo **inerente às formações democráticas que convivem** com a diversidade, *vale dizer*, **com pensamentos antagônicos** que se contrapõem, *em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o “mainstream”, **ou seja**, *a corrente dominante* em determinada sociedade.

**É por isso** que a defesa, *em espaços públicos*, da legalização das drogas, **longe** de significar um ilícito penal, *supostamente* caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, **representa**, *na realidade*, **a**

**prática legítima** do direito *à livre manifestação* do pensamento, **propiciada** pelo exercício do direito de reunião, *sendo irrelevante*, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, *a maior ou a menor receptividade social* da proposta **submetida**, *por seus autores e adeptos*, ao exame e consideração da própria coletividade.

**Sendo assim**, tendo em consideração as razões expostas e *garantindo a todas as pessoas o exercício* dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento, *tais como* assegurados pela Constituição da República, **julgo procedente** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **para dar**, *ao art. 287 do Código Penal*, com efeito vinculante, **interpretação conforme à Constituição**, “*de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos*” (fls. 14 – grifei).

**É o meu voto.**



## 8 MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 – DF

**Sistema Penitenciário** – “*Estado de coisas inconstitucional*” – A questão das “*escolhas trágicas*” – Possibilidade excepcional de atuação judicial em matéria de políticas públicas. [ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto-vogal do Min. Celso de Mello, DJE de 19-2-2016.]

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:**

1. Admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese de omissão lesiva a preceito fundamental

Cabe destacar, desde logo, a admissibilidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face da plena legitimidade do controle jurisdicional de omissões inconstitucionais em que haja incidido o Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)”

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do

descumprimento, **por inércia estatal**, de norma **impositiva** de determinado comportamento **atribuído** ao Poder Público *pela própria* Constituição.

*As situações configuradoras de omissão inconstitucional* – **ainda que se cuide de omissão parcial** derivada *de insuficiente concretização*, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva **fundada** na Carta Política – *refletem comportamento estatal que deve ser repellido*, **pois a inércia do Estado, como a que se registra no caso ora em exame, qualifica-se, perigosamente**, como um dos **processos de vulneração da autoridade da Constituição**, expondo-se, *por isso mesmo*, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “**Manual de Direito Constitucional**”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “**Fundamentos da Constituição**”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

*O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas* as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível sentimento de despreço** pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

*Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo* do que elaborar uma Constituição **sem** a vontade de fazê-la

cumprir *integralmente* **ou, então, de apenas** executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

**A percepção** da gravidade **e** das consequências lesivas, **derivadas** *do gesto infiel* do Poder Público **que transgride**, *por omissão ou por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, *entre nós, já no período monárquico*, *em lúcido magistério*, por PIMENTA BUENO (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** *por eminentes autores contemporâneos* (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), **em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo**.

**O desprestígio da Constituição** – *por inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional**, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

**Essa constatação**, feita por KARL LOEWENSTEIN (“**Teoria de la Constitución**”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional**, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, *de um preocupante processo de desvalorização funcional* da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos**, *como resulta*, exemplificativamente, da seguinte decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)

– **O desrespeito à Constituição tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite, seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um **‘facere’** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação

que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **‘non facere’** ou **‘non praestare’**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público). **Entendimento** prevacente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).

– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam e **também impede**, por **ausência (ou insuficiência)** de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

– O Poder Público – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, **o dever de legislar**, imposto em cláusula constitucional, **de caráter mandatório** – **infringe**, **com esse comportamento negativo**, a própria integridade da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, o **preocupante fenômeno da erosão da consciência**

**constitucional (ADI 1.484-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

– **A inércia estatal** em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, **em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...).**”

(**RTJ 183/818-819**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**É importante enfatizar**, desse modo, que, **mesmo em tema de implementação** de políticas governamentais **previstas e determinadas** no texto constitucional, **a Corte Suprema brasileira tem proferido** decisões **que neutralizam** os efeitos nocivos, lesivos e perversos **resultantes** da inatividade governamental, **em situações** nas quais **a omissão** do Poder Público representa **um inaceitável insulto** a direitos básicos **assegurados** pela própria Constituição da República, **mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz** (e irresponsável) **inércia** do aparelho estatal (**RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220**).

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, **colmatou** a omissão governamental **e conferiu** real efetividade a direitos essenciais, **dando-lhes** concreção **e viabilizando**, desse modo, **o acesso** das pessoas **à plena fruição** de direitos fundamentais cuja realização prática lhes **estava sendo negada**, injustamente, **por arbitrária abstenção** do Poder Público.

**Vale lembrar**, ainda, por necessário, que as regra constitucionais – que têm por destinatários os entes políticos **que compõem**, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente**, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, **substituir, de maneira ilegítima**, o cumprimento **de seu impostergável dever**, por um gesto **irresponsável de infidelidade governamental ao que determina** a própria Lei Fundamental do Estado (**RE 273.834-AgR/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

2. **A interpretação judicial como instrumento apto a conferir sentido de contemporaneidade à Constituição**

**Mostra-se importante** enfatizar **que a interpretação judicial** desempenha um papel **de fundamental** importância, **não só na revelação** do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, **mas, sobretudo, na adequação** da própria Constituição às **novas** exigências, necessidades e

transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam** a sociedade contemporânea.

**Daí precisa observação** de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar** os textos normativos, **inclui-se** a prerrogativa judicial de reformulá-los, **em face** de novas e cambiantes realidades **sequer** existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

**Importante lembrar**, neste ponto, **a lição** desse eminente publicista, **para quem** “*O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*” (grifei).

**Cumprir referir que o poder de interpretar** o ordenamento normativo do Estado, **ainda** que disseminado **por todo** o corpo social, **traduz** prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, **incumbindo**, ao Judiciário, **notadamente** ao Supremo Tribunal Federal – **que detém**, em matéria constitucional, “o monopólio da última palavra” –, **o exercício** dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.

**A regra de direito** – todos o sabemos – **nada mais é**, na revelação do seu conteúdo, **do que a sua própria interpretação**.

**Na realidade**, a interpretação judicial, **ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição**, **nesta vislumbra** um documento vivo a ser **permanentemente** atualizado, **em ordem a viabilizar a adaptação** do “corpus” constitucional às **novas** situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais **surgidas** em um dado momento histórico, **para que**, mediante esse processo de “aggiornamento”, o estatuto fundamental **não se desqualifique** em sua autoridade normativa, **não permaneça** vinculado a superadas concepções do passado, **nem seja** impulsionado, *cegamente*, pelas forças de seu tempo.

**Ou, em outras palavras**, a interpretação **emana da** dos juízes e Tribunais **será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir**, em seu processo de concretização, **o espírito do tempo**, **aquilo** que os alemães denominam “Zeitgeist”.

**Daí a correta observação** feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **ao reconhecer** “que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional”, **para enfatizar**, a partir dessa constatação, que “**A afirmação da mutação constitucional não implica** o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. **Ela reconhece e reafirma**, ao contrário, **a necessidade da contínua e paulatina adaptação** dos sentidos possíveis da letra da Constituição **aos câmbios observados** numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo” (grifei).

3. O sistema penitenciário brasileiro: expressão visível (e lamentável) de um “estado de coisas inconstitucional”

A **petição inicial** do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, **primorosamente elaborada** por seus ilustres Advogados, **mais** do que uma peça processual, **constitui** *verdeiro e terrível libelo* contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação **de crônico** desaparecimento **culmina por viabilizar** a imposição *de inaceitáveis condições degradantes* aos sentenciados, **traduzindo**, *em sua indisfarçável realidade concreta*, **hipótese de múltiplas** ofensas constitucionais, **em clara atestação** da inércia, do descuido, da indiferença **e** da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

**Há**, *efetivamente*, **no Brasil**, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” **resultante** – *tal como denunciado pelo PSOL* – **da omissão** do Poder Público **em implementar** *medidas eficazes de ordem estrutural* **que neutralizem** a situação *de absurda patologia constitucional* **gerada**, *incompreensivelmente*, **pela inércia** do Estado **que descumpre** a Constituição Federal, **que ofende** a Lei de Execução Penal **e que fere** o sentimento de decência dos cidadãos desta República.

O **quadro de distorções** revelado *pelo clamoroso estado de anomalia* de nosso sistema penitenciário **desfigura**, **compromete e subverte**, *de modo grave*, **a própria** função de que se acha impregnada a execução da pena, **que se destina** – segundo

determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

O **sentenciado**, ao ingressar no sistema prisional, **sofre uma punição** que a própria Constituição da República **proíbe e repudia**, pois a omissão estatal na adoção de providências **que viabilizem** a justa execução da pena **cria** situações anômalas **e** lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, **culminando por subtrair** ao apenado o direito – *de que não pode ser despojado* – ao tratamento digno.

**Daí a advertência** da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **em um de seus** “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), **no sentido** de que **sempre** que o sistema penitenciário de um País **não merecer** a atenção necessária **e** os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, **a função** para a qual esse mesmo sistema está vocacionado **distorcer-se-á e**, **em vez** de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, **propiciando e estimulando** comportamentos antissociais **que dão origem** à reincidência **e**, *desse modo*, **afastam-se**, *paradoxalmente*, do seu objetivo de reabilitação.

Os sentenciados **que cumprem** condenações penais a eles impostas **continuam** à margem do sistema jurídico, **pois ainda subsiste**, *quanto a eles*, a grave constatação, **feita** por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, **de que as condições intoleráveis e degradantes em**

**que vivem** os internos nos estabelecimentos prisionais **constituem** a pungente e dramática revelação de que “*os presos não têm direitos*” **em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte** do Poder Público, **do seu dever de prover condições minimamente adequadas** ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais **consagrados** em nossa Constituição **e cujo desrespeito** dá origem a uma situação **de permanente e inadmissível** violação aos direitos humanos.

**Já tive o ensejo de destacar**, Senhor Presidente, **quando** do julgamento **do RE 592.581/RS, de que Vossa Excelência foi Relator, a situação precária e caótica** do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, **ao longo** de décadas, **vem subvertendo as funções primárias da pena, constituindo, por isso mesmo**, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, **cujas omissões** tem absurdamente propiciado **graves ofensas** perpetradas contra o direito fundamental, **que se reconhece ao sentenciado, de não sofrer**, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, **lesivo** à sua incolumidade moral e física **e, notadamente**, à sua essencial dignidade pessoal.

**A questão penitenciária**, em nosso País, já há muitos anos, **transcendendo** a esfera **meramente** regional, **tornou-se** um problema *de dimensão eminentemente nacional*, **tal a magnitude** que *nesse campo* assumiu **o crônico** (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, **de que tem derivado, como**

*efeito perverso, o inaceitável desprezo* pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

**Não hesito em dizer, por isso mesmo**, Senhor Presidente, **a partir** de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte **e, também**, como **antigo** representante do Ministério Público paulista, **tendo presente a situação dramática e cruel constatada** no modelo penitenciário nacional, **que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela** um assustador universo de cotidianas irrealidades **em conflito e em completo divórcio** com as declarações formais de direitos que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição **e, também**, em convenções internacionais **e** resoluções das Nações Unidas, **notadamente** aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – **são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar** a implementação **do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.**

**O fato preocupante**, Senhor Presidente, **é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação** à gravidade da questão penitenciária, **tem permitido**, em razão de sua própria inércia, **que se transgrida o direito básico** do sentenciado **de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer**, tratamento **que não implique** exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, **fazendo-se respeitar, desse modo**, um dos

mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

O Poder Executivo, **a quem compete** construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, **além de propiciar** a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, **forjando** condições que permitam a consecução dos **fins precípuos** da pena, **em ordem a possibilitar** “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), **não tem adotado** as medidas essenciais ao **adimplemento** de suas obrigações legais, **muito embora** a Lei de Execução Penal **preveja**, em seu art. 203, **mecanismos destinados a compelir** as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, **inclusive** fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

**Não foi por outra razão** que o Plenário desta Corte Suprema, **no precedente** que venho de referir (RE 592.581/RS), **formulou tese** – que guarda inteira pertinência com a controvérsia ora em exame – **segundo a qual se revela lícito** ao Poder Judiciário “(...) impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos

prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não sendo oponível** à decisão **o argumento da reserva do possível** nem o princípio da separação dos poderes” (grifei).

**No exame** da grave questão ora submetida ao nosso exame, **é preciso não** desconsiderar a função contramajoritária **que cabe** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado democrático de Direito **e que legitima**, precipuamente, **a proteção** das minorias e dos grupos vulneráveis, **sob pena** de comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática das ações estatais.

**Já se sustentou**, bem por isso, **com acerto**, nesta Suprema Corte, em peça emanada do Grupo Arco-Íris da Conscientização Homossexual, **essa relevante função** do Supremo Tribunal Federal:

“**O papel** desempenhado pelos direitos fundamentais **na restrição** da soberania popular **decorre da limitação** imposta pelo princípio do Estado de direito, **que não admite** a existência de poderes absolutos, **nem mesmo** o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia **não está habilitada** para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

**Portanto**, da mesma forma **que se veda à maioria** que faça determinadas escolhas – **suprimindo**

*direitos necessários à participação política de determinados cidadãos – **é igualmente vedado** a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*

***Para salvaguardar** os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana (...).***

***Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função:** a de atuar **como poder contramajoritário**; de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas **ou** indignas das majorias. **Ao assegurar** à parcela **minoritária** da população o direito **de não se submeter** à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes **e na função** como garante dos direitos fundamentais.” (grifei)*

***Cabe enfatizar,** presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e valores que identificam os grupos minoritários expostos***

a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

*Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **deve compor a agenda** desta Corte Suprema, **incumbida, por efeito** de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.*

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

***A opção** do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores* consagrados pela Constituição da República.*

*Desse modo, e para que* o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual *ou simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser, a plenitude de meios* que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.

**Isso significa**, portanto, *numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes* da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias, quaisquer* que sejam, **inclusive os condenados que compõem o universo penitenciário**, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

#### *4. O significado da defesa da Constituição*

**Impõe-se** ao Supremo Tribunal Federal, **torna-se fiel depositário** da preservação da autoridade e da supremacia da nova ordem constitucional, **por deliberação soberana** da própria Assembleia

Nacional Constituinte, **reafirmar**, *a cada momento*, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade **ao texto sagrado** da Constituição democrática do Brasil.

Nesse contexto, **incumbe** aos magistrados e Tribunais, **notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho** do dever que lhes é inerente: *o de velar* pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, *o de repelir* condutas governamentais abusivas, *o de conferir* prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, *o de fazer cumprir* os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e *o de neutralizar* qualquer ensaio de opressão estatal.

O Supremo Tribunal Federal **possui** *a exata percepção dessa realidade e tem*, por isso mesmo, **no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** com o Brasil e com o seu povo, **e que consiste** em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo** *que razões de pragmatismo governamental ou de mera conveniência* de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

**Torna-se de vital importância reconhecer**, *por isso mesmo*, que o Supremo Tribunal Federal – **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.

**Nenhum** dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, ainda, a avaliações discricionárias **fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que** a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição **há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito**, sob pena de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder.

**Nada compensa** a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto **de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental.

**É por isso que se pode proclamar** que o Supremo Tribunal Federal – que **não se curva** a ninguém, **nem tolera** a prepotência dos governantes, **nem admite** os excessos e abusos **que emanam de qualquer** esfera dos Poderes da República – **desempenha** as suas funções institucionais e **exerce** a jurisdição que lhe é inerente **de modo compatível** com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

**Isso significa reconhecer** que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pela omissão governamental e pelo abuso, **não pode ser considerada – ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte **na esfera orgânica dos demais** Poderes da República.

5. Legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas, inclusive em matéria penitenciária, e a reserva do possível

**Tenho para mim** que o eminente Relator **bem examinou**, em seu primoroso voto, **a controvérsia** suscitada na presente causa, **cabendo assinalar** que a abordagem do tema por ele efetuada **ajusta-se, quanto ao seu conteúdo, à jurisprudência constitucional** que esta Corte Suprema **construiu a respeito da legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas**.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional de que se acham investidos os órgãos do Poder Judiciário, **tem enfatizado** que os juízes e Tribunais **não podem demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivas** as determinações **constantes** do texto constitucional, **inclusive** aquelas fundadas em normas de conteúdo programático (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**É que, se tal não ocorrer, restarão comprometidas a integridade e a eficácia** da própria

Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu** o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez, em tema de inconstitucionalidade por omissão** (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**É certo** – *tal como observei no exame da ADPF 45/DF*, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – **que não se inclui, ordinariamente, no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário – **e nas** desta Suprema Corte, *em especial* – **a atribuição** de formular **e** de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio, como adverte a doutrina** (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), **o encargo reside, primariamente,** nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Impende assinalar**, *no entanto*, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, *embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando* os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem *em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade* de

direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatutura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

**Não deixo de conferir**, *por isso mesmo, as-sentadas* tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente *à “reserva do possível”* (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (*usualmente onerosas*) de determinados direitos **cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste,** prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

**Não se mostrará lícito**, contudo, *ao Poder Público* **criar obstáculo artificial que revele** – a partir **de indevida manipulação** de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – o *arbitrário, ilegítimo e censurável* propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e** **de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais** (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004),

a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – como observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“**Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o direito de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “**Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de

direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“**Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

“**Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.**

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a

*oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.*

(...)

*As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, **a concretização** da ordem social constitucional.” (grifei)*

**Resulta claro, pois,** que o Poder Judiciário **dis-põe** de competência para exercer, *no caso concreto, controle de legitimidade* sobre a omissão do Estado **na implementação** de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe **por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder,** o órgão judiciário competente **estará agindo dentro dos limites** de suas atribuições institucionais, **sem incidir** em ofensa ao princípio da separação de poderes, **tal como tem sido reconhecido**, por esta Suprema Corte, *em sucessivos julgamentos* (RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 543.397/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 556.556/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.):

**“8. Desse modo, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. (...)”**

(RE 574.353/PR, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

*6. Escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”*

**Não se desconhece** que a destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer* com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer, também,** com a própria implementação de direitos sociais **assegurados** pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo** de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros *igualmente* relevantes, **compelindo** o Poder Público, *em face dessa relação dilemática causada pela insuficiência* de disponibilidade financeira e orçamentária, *a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”* (GUIDO CALABRESI/ PHILIP BOBBITT, “**Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**”, W.W. Norton & Company, Inc., 1978; GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “**Direito à Segurança Pública: Intervenção,**

**Escassez e Escolhas Trágicas**"; SÔNIA FLEURY, **"Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização"**, v.g.), **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade** às normas positivadas na própria Lei Fundamental.

**É por essa razão** que DANIEL SARMENTO, **ao versar** o tema **pertinente ao controle judicial de políticas públicas** ("**Reserva do Possível e Mínimo Existencial**", "in" "**Comentários à Constituição Federal de 1988**", p. 371/388, 371/375, 2009, Gen/Forense), **expendeu** considerações **que vale reproduzir**:

**"Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.**

**Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as**

**decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.**

**Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...).**

(...)

**Neste quadro de escassez, não há como realizar, 'hic et nunc', todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. (...).**

(...)

*As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo. Para este fim, cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo. Há outras, todavia, que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.” (grifei)*

*Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como*

*parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:*

**“CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA–PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO**

**BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.”**  
(**AI 583.553/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa** – considerada a **centralidade** desse postulado essencial (**CF**, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País e **que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo

sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**”, 2008, Renovar, v.g.).

A *noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados* preceitos constitucionais (**CF**, art. 1º, III, e art. 3º, III), **compreende** um complexo de prerrogativas **cujas concretização** revela-se **capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias** do Estado, **viabilizadoras da plena fruição** de direitos sociais básicos, **tais como o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, **o direito** à assistência social, **o**

direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

Vale lembrar, finalmente e por oportuno, em face do direito fundamental do sentenciado **de receber** tratamento penitenciário digno **quando** da execução da pena, que, *em 2011*, **a Suprema Corte dos Estados Unidos da América**, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), **ao julgar** o caso “*Brown v. Plata*”, **reputou ofensivo** à 8ª Emenda à Constituição americana (**que veda** o “*cruel and unusual punishment*”) **o excesso populacional** no sistema penitenciário do Estado da Califórnia (**que chegava a 200%** de sua ocupação máxima), **ordenando-lhe que reduzisse**, no prazo de 02 (dois) anos, *ao índice de 137,5%* (**calculado** sobre a capacidade total *então existente*) a sua população carcerária.

**Sendo assim**, e *em face das razões expostas*, acompanho o eminente Relator, exceto quanto à alínea “g”, **pois**, *nesse ponto*, **defiro** o pedido de medida cautelar. *De outro lado*, **acolho** a proposta **formula-da** pelo Ministro ROBERTO BARROSO, **para determinar**, *de ofício*, que a União e os Estados-membros, **notadamente** o Estado de São Paulo, **encaminhem** a esta Corte **informações** sobre a situação **de seus respectivos** sistemas penitenciários.

**É o meu voto.**



## 9 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 444 – DF

**A questão da condução coercitiva – O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica** do réu. [ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto-vogal do Min. Celso de Mello, *DJE* de 22-5-2019.]

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O Supremo Tribunal Federal, Senhora Presidente, **defronta-se**, neste processo, com questão **impregnada** de extrema importância e de altíssimo relevo, pois envolve a definição sobre a extensão dos poderes do Estado em face dos direitos e garantias que a Constituição da República outorgou às pessoas eventualmente sujeitas, por suposta prática delituitosa, a atos de investigação criminal ou de persecução penal em juízo.

**Registro**, também, que o teor do voto que vou proferir nada mais revela e traduz senão posição que tenho invariavelmente adotado nesta Corte a respeito, precisamente, das relações entre o poder do Estado, de um lado, e os direitos fundamentais da pessoa, de qualquer pessoa, de outro, que venha a ser submetida à ação investigatória e punitiva dos órgãos de persecução criminal.

**Sabemos todos**, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados quase 30 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República.

O novo Estado constitucional brasileiro, fundado

em bases genuinamente democráticas e plenamente legitimado pelo consenso dos governados, **concebeu** a Suprema Corte de nosso País – **que sempre se caracterizou como solo historicamente fértil** em que germinou e se desenvolveu a semente da liberdade – **como verdadeiro espaço de defesa e proteção** das franquias individuais e coletivas, **além de representar**, em sua atuação institucional como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, **um veto permanente e severo** ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes e ao desvio e deformação da ideia de Estado Democrático de Direito.

**Se é certo**, portanto, Senhora Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, por excelência, **um espaço** de proteção e defesa das liberdades fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** imparciais, isentos e independentes, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais e de **aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário e do exercício independente da atividade jurisdicional foi bem analisada em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO

CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares **e** da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que “a legitimidade do Poder Judiciário **não repousa** na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, **mas na aplicação** do direito **sob critérios** de correção jurídica, **conforme** as regras do discurso racional” (grifei).

**Assim como a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se *como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento* da prisão cautelar **e** de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, **notadamente** daquelas sob investigação do Estado (RTJ 112/1115 – RTJ 172/159 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 193/1050, v.g.), **também esse ilustre magistrado federal**, no trabalho que venho de referir, **põe em destaque** o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”.

**A liberdade humana**, *inclusive a de qualquer pessoa* sob investigação criminal **ou** perseguição penal, **não** constitui **nem** se qualifica *como simples concessão do Estado*.

**Ao contrário**, a liberdade **traduz** um dos mais expressivos privilégios individuais, **além de configurar inquestionável direito fundamental de qualquer pessoa**, cuja origem tem sua gênese no texto **da própria** Constituição da República.

**Os postulados constitucionais** *que consagram a presunção de inocência*, de um lado, **e a essencial dignidade da pessoa humana**, de outro, **repudiam**, *por ilegítimas*, práticas estatais **que convertem** atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou** réus *em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral*.

**O dever de proteção** das liberdades fundamentais asseguradas no texto da Constituição da República **representa** encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, *sob pena de frustração de conquistas históricas* que culminaram, **após** séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, **na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional**.

**Na realidade**, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso*, resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego **e** instintivo, **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem a que prevaleça**, *no âmbito de qualquer perseguição penal movida* pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, *da razão desprovida de paixão!*

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria Constituição da República – devem ser assegurados todos os meios e recursos* inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura, desse modo, como existência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade do Estado, cuja atuação **sofre, necessariamente**, os condicionamentos que o ordenamento jurídico **impõe** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

**Daí a observação** de LUIGI FERRAJOLI (“**Direito e Razão**”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição – ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:**

- “– *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*
- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione*” (grifei)

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, *por excelência, espaços institucionalizados* de defesa e proteção dos réus **contra** eventuais excessos da maioria, **ao menos**, Senhora Presidente, **enquanto** este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas, as causas** submetidas ao seu exame e decisão.

**É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais** daqueles **que sofrem** persecução penal **por parte** do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda permanente* desta Corte Suprema, **incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional **e** nas leis da República.

**Com efeito**, a necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

**De outro lado**, Senhores Ministros, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das Arcadas **e eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

**É por essa razão** que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção **e de delimitação** dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal

**no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu**, **faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

**Daí**, Senhora Presidente, a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuj a lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

**“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)**

**Essa mesma percepção** a propósito da vocação protetiva do processo penal, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais, **é também perfilhada** por autorizadíssimo (**e contemporâneo**) magistério doutrinário, **que ressalta** a

significativa importância do processo judicial **como** “*garantia dos acusados*” (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADA-RÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, *v.g.*).

**Essa é a razão básica**, Senhores Ministros, **que me permite insistir** na afirmação de que **a perseguição penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza** como manifestação de *absolutismo estatal*. **De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, nesse contexto, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – *ninguém o ignora* – o processo penal **qualifica-se** como instrumento de *salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais*

daquele **que é submetido**, por iniciativa do Estado, a atos de perseguição penal **cujá prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e pre-determinado pelas restrições** fixadas **pela própria** Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

**A perseguição penal** rege-se, **enquanto atividade de estatal juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.**

O processo penal condenatório **não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da perseguição penal**. **Ao delinear um círculo de proteção** em torno da pessoa do

*réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.*

*A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.*

*(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

*Nesse contexto, Senhora Presidente, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.*

*Não se desconhece, Senhores Ministros, que se revela inquestionável a essencialidade da atividade probatória (“*nulla accusatio sine probatione*”) que se deve realizar no curso dos procedimentos*

estatais de persecução criminal, sempre com o objetivo de apurar e de esclarecer a verdade real em torno do fato delituoso, circunstância que põe em evidência, com particular destaque, entre outros meios instrumentais, a condução coercitiva.

*Nesse contexto, a condução coercitiva – designada como condução “debaixo de vara” pelo Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 (art. 95) – qualifica-se, juridicamente, como instrumento destinado a viabilizar o depoimento de testemunhas, a declaração de vítimas ou ofendidos e, ainda, o esclarecimento de peritos quanto ao laudo técnico por eles produzido.*

*Vê-se, daí, que a utilização, sempre excepcional, desse meio instrumental não constitui uma finalidade em si mesma, pois a condução coercitiva não se esgota em si própria, na medida em que objetiva a realização de fins autorizados pela legislação.*

*Para que se legitime essa extraordinária medida, impõe-se que a condução coercitiva – tratando-se de testemunhas, ofendidos ou peritos – atenda a determinados requisitos, sob pena de o emprego dessa providência excepcional constituir prática estatal abusiva e transgressora das normas que compõem o ordenamento positivo do Estado.*

*Entendo, bem por isso, que o mandado de condução coercitiva, para ser validamente expedido e efetivado, depende, quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos, da conjugação de determinados pressupostos, a seguir indicados: (a) prévia e regular*

**intimação pessoal** daquele que é convocado a comparecer perante autoridade estatal competente, **(b) não comparecimento** ao ato processual designado e **(c) inexistência** de causa legítima **que justifique** a ausência ao ato processual que motivou a convocação.

Essa percepção do tema encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 660, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Código de Processo Penal Comentado**”, vol. 1/707-708, 15ª ed., 2014, Saraiva; ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, “**Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro**”, vol. II/53, item n. 609, 1942, Freitas Bastos; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO HENRIQUE COLNAGO, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 234, 2015, Saraiva; RENATO MARCÃO, “**Curso de Processo Penal**”, p. 516, item n. 10.1.10.10.3, 2014, Saraiva; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 356/357, 2012, Saraiva; EDILSON MOUGENOT BONFIM, “**Código de Processo Penal Anotado**”, p. 483, 4ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em face de sua extrema pertinência, a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 537, item n. 14-A, 16ª ed., 2017, Forense):

**“(...) realizar a condução coercitiva, diretamente, sem que a testemunha tenha sido**

**previamente intimada para uma audiência – não tendo comparecido – é uma evidente ilegalidade. Jamais se pode ‘criar’ ou ‘inventar’ no contexto das ciências criminais, onde impera o princípio da legalidade. (...) No entanto, inexistente argumento mais absurdo do que sustentar o seguinte: se o juiz poderia decretar a temporária, obrigar o sujeito ‘apenas’ à condução coercitiva é proporcional e adequado. A ficção estabelecida é muito simples, pois as testemunhas de um processo-crime ‘não são suspeitas’ do cometimento do delito e não é cabível prisão temporária. Por outro lado, quem for suspeito não pode ser conduzido coercitivamente, sob o pretexto de ser testemunha, para, no fim, produzir prova contra si mesmo – o que é renegado pelo princípio da presunção de inocência. Enfim, ‘não existe’ condução coercitiva de testemunha, sem que esta deixe de comparecer a um ato processual para o qual foi devidamente intimada. Se houver, é abuso de autoridade. ‘Não há’ condução coercitiva de suspeitos para prestarem declarações, pois existem o direito ao silêncio e a ausência de obrigação de produzir prova contra si mesmo. Se for feita, constitui abuso de autoridade.” (grifei)**

Mesmo que se registre a configuração de referido trinômio (prévia e regular intimação pessoal, não comparecimento e inexistência de justa causa), ainda assim impor-se-á, quanto a testemunhas,

*ofendidos ou peritos*, que a condução coercitiva **tenha sido ordenada por autoridade judiciária competente, pois** a adoção dessa medida **está sujeita à observância da reserva de jurisdição, considerada** a relevantíssima circunstância de que a providência em causa, **embora não implique supressão da liberdade do conduzido, provoca, no entanto, restrição temporária** ao direito de ir, vir **e/ou** permanecer do indivíduo, **que fica impossibilitado, durante a prática do ato que motivou a condução coercitiva, de agir com autonomia.**

**Se é certo, portanto, como assinala** HÉLIO TORNAGHI (*“Instituições de Processo Penal”*, vol. 3/201, 2ª ed., 1977, Saraiva), que a condução coercitiva **não envolve detenção preventiva da pessoa por ela atingida, não é menos exato** que aquele que é constrangido a comparecer a determinado ato processual **fica submetido, temporariamente, a um “estado de apreensão”, sob vigilância** do Poder Público.

**É por tal razão que se tem entendido** que “A condução coercitiva (...) possui natureza jurídica de medida cautelar de coação pessoal”, **pelo que o indivíduo se vê** “privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível” (DIOGO MALAN, “**Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal**”, “in” Boletim do IBCCrim, n. 266, p. 02/04, jan/2015).

O ordenamento jurídico brasileiro – **embora admita** a possibilidade da condução coercitiva *de testemunhas, de vítimas ou ofendidos e de peritos técnicos, uma vez atendidos* os requisitos legais **que lhe condicionam o válido emprego – encontra limitação de ordem constitucional no que concerne à pessoa sob investigação penal ou persecução criminal em juízo.**

*Com efeito, o exame da declaração constitucional* de direitos **permite reconhecer** que aquele que se acha sob persecução penal (em juízo **ou** fora dele) **possui** direitos **e titulariza** garantias **plenamente oponíveis** ao Estado **e** aos seus agentes, **nesse ponto residindo a própria razão de ser** do sistema de liberdades públicas **que se destina, em sua vocação protetiva, a amparar** o cidadão **contra** eventuais excessos, abusos **ou** arbitrariedades **emanados** do aparelho estatal.

**Cabe relemburar, por necessário, a jurisprudência** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **em torno** da matéria **pertinente à posição jurídica** que o indiciado – **e, com maior razão, o próprio réu** – **ostenta** em nosso sistema normativo, **e que lhe reconhece direitos e garantias inteiramente oponíveis ao poder do Estado por parte** daquele que sofre a persecução penal:

**“INQUÉRITO POLICIAL – UNILATERALIDADE – A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO**  
– *O inquérito policial, que constitui instrumento*

de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo **destinado a subsidiar a** atuação persecutória do Ministério Público, **que é** – enquanto ‘dominus litis’ – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

**A unilateralidade** das investigações preparatórias da ação penal **não autoriza** a Polícia Judiciária **a desrespeitar** as garantias jurídicas **que assistem** ao indiciado, **que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações.**

**O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias**, legais e constitucionais, **cuja inobservância**, pelos agentes do Estado, **além de** eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, **pode gerar** a absoluta desvalia das provas **ilicitamente** obtidas no curso da investigação policial.”

(RTJ 168/896-897, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Para além** da própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **no sentido** de que o indiciado **ou** réu **qualifica-se**, *em face dos poderes persecutórios do Estado*, **como sujeito de** direitos, **cabe destacar** que o legislador, **ao editar** a Lei nº 13.245, de 12/01/2016, **introduziu** no art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) **o inciso XXI**, cujo texto **reconhece** ao Advogado **uma inafastável prerrogativa de ordem profissional:**

“**Art. 7º (...).**

(...)

**XXI – assistir** os seus clientes investigados **durante** a apuração de infrações, **sob pena de nulidade absoluta** do respectivo interrogatório **ou** depoimento **e**, subsequentemente, **de todos os elementos investigatórios e probatórios** dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, **podendo**, inclusive, **no curso** da respectiva apuração:

**a) apresentar** razões e quesitos (...).” (grifei)

**Não custa advertir**, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida **no âmbito** desta Suprema Corte (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que o respeito** aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, **constitucionalmente**, a organização do Estado Democrático de Direito, **longe de comprometer** a eficácia das investigações e perseguições penais, **configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas** desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público **ou** pelo próprio Poder Judiciário.

**A pessoa** contra quem se instaurou perseguição penal – **não importa** se em juízo **ou** fora dele – **não se despoja**, *mesmo que se cuide de simples indiciado*, **de sua condição de sujeito de determinados direitos e senhor de garantias indisponíveis**, **cujo desrespeito só põe em evidência** a censurável (e inaceitável) **face arbitrária** do Estado, **a quem não se revela lícito**

**desconhecer** que os poderes de que dispõe **devem** conformar-se, **necessariamente**, ao que prescreve o ordenamento positivo da República.

**Esse entendimento** – que **reflete** a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **construída** sob a égide da **vigente** Constituição – **encontra apoio** na lição de autores eminentes, que, **não desconhecendo** que o exercício do poder **não autoriza** a prática do arbítrio, **ênfatizam** que, *mesmo em procedimentos inquisitivos* instaurados no plano da investigação policial, **há direitos titularizados pelo indiciado**, *direitos esses que simplesmente não podem ser ignorados, muito menos desrespeitados, pelo Estado*.

**Cabe referir**, nesse sentido, o **magistério** de FAUZI HASSAN CHOUKE (“**Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**”, p. 74, item n. 4.2, 1995, RT), de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“**A Polícia Civil e as Garantias Constitucionais de Liberdade**”, “in” “A Polícia à Luz do Direito”, p. 17, 1991, RT), de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 383, 1993, Saraiva), de ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE (“**O Indiciado: de Objeto de Investigações a Sujeito de Direitos**”, “in” “Justiça e Democracia”, vol. 1/181, item n. 4, 1996, RT), de PAULO FERNANDO SILVEIRA (“**Devido Processo Legal – Due Process of Law**”, p. 101, 1996, Del Rey), de ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“**Inquérito Policial e Ação Penal**”, p. 60/61, item n. 48, 7ª ed., 1998, Saraiva) e de LUIZ CARLOS

ROCHA (“**Investigação Policial – Teoria e Prática**”, p. 109, item n. 2, 1998, Saraiva), *entre outros*.

**Tenho para mim**, por isso mesmo, **que se revela inadmissível**, *sob perspectiva constitucional*, a **possibilidade** de condução coercitiva do investigado, do indiciado **ou** do réu, **especialmente** se se analisar a questão **sob a égide** da própria garantia *do devido processo legal*, **inclusive** da prerrogativa contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.

*Com efeito*, o exame da **cláusula** do “*due process of law*” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se**, *entre eles*, por sua inquestionável importância, o **privilegio contra a autoincriminação**, direito público subjetivo, *de estatura constitucional*, **assegurado a qualquer** pessoa pelo art. 5º, **inciso LXIII**, da nossa Carta Política (**RTJ 172/929-930**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RDA 196/197**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 78.814/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A **prerrogativa** contra a autoincriminação, **tal como tem sido compreendida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 99.289/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reveste-se de conteúdo abrangente**, **por envolver**, em seu âmbito de proteção, **sempre em favor** daquele **que sofre** a persecução penal, *entre outras faculdades jurídicas*, **o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser**

*tratado*, pelos agentes do Estado, *como se culpado fosse*, **antes** do trânsito em julgado *de eventual sentença penal condenatória* (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **(c) de recusar-se a participar**, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (**RTJ 141/512**), **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso **e** o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, **para efeito** de perícia criminal (**HC 69.026/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 77.135/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **HC 83.096/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 64.354/SP**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, *v.g.*) **e (d) de não ser obrigado a cooperar** na investigação penal dos fatos (**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 89.503/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 99.289/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Na realidade, **ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal** (**HC 80.530-MC/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Trata-se de prerrogativa**, que, *no autorizado magistério* de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“**Direito à Prova no Processo Penal**”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), “**constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...)**” (grifei).

**A jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado**, *de modo consistente*, **os direitos e garantias** que assistem **a qualquer** pessoa sob investigação estatal **ou** perseguição penal.

**Não custa rememorar**, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, **em tema** de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, **vem construindo**, no exercício de sua jurisdição constitucional, **verdadeira jurisprudência das liberdades**, com decisões que proclamam **e** asseguram **a qualquer** pessoa, entre **outras** importantes prerrogativas jurídicas, **o direito** de ser presumida inocente **até que sobrevenha** condenação penal **transitada** em julgado (**ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **o direito de não ser** tratada **como se** culpada fosse (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **e**, ainda, **o direito** de permanecer em silêncio (**HC 94.082-MC/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**O Supremo Tribunal Federal**, bem por isso, **ao assegurar**, jurisdicionalmente, **o direito fundamental** à presunção de inocência, **tem advertido**, reiteradas vezes, que as acusações penais **jámais se presumem** provadas, **eis que** o ônus da prova **incumbe**, exclusivamente, **a quem acusa** (“*nulla accusatio sine probatione*”):

“(...) **É sempre importante reiterar – na linha** do magistério jurisprudencial que o Supremo

Tribunal Federal **consagrou** na matéria – **que nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete**, ao réu, **demonstrar** a sua inocência. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público, **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, a obrigação **de o acusado** provar a sua própria inocência (**Decreto-lei nº 88**, de 20/12/37, art. 20, n. 5). **Precedentes.**”

(**HC 83.947/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Assiste a qualquer** pessoa **regularmente** convocada para depor perante autoridade pública (**seja** esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa) **o direito de manter-se em silêncio**, **sem** se expor – **em virtude do exercício legítimo dessa faculdade** – a **qualquer** restrição em sua esfera jurídica, **desde que** as suas respostas às indagações que lhe venham a ser feitas **possam acarretar-lhe** grave dano (“*nemo tenetur se detegere*”).

**Convém assinalar**, neste ponto, que, “**Embora aludindo ao preso**, a interpretação da regra constitucional **deve ser** no sentido de que a garantia abrange **toda e qualquer pessoa**, pois, diante da **presunção de inocência**, que também constitui

garantia fundamental do cidadão (...), **a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação**” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “**Direito à Prova no Processo Penal**”, p. 113, item n. 7, 1997, RT – grifei).

**É por essa razão que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **reconheceu** esse direito **também em favor** de quem presta depoimento **na condição de testemunha**, **advertindo**, então, que “**Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la**” (**RTJ 163/626**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).

**Esse direito, na realidade, é plenamente oponível** ao Estado, **a qualquer** de seus Poderes **e** aos seus respectivos agentes **e** órgãos. **Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação** das próprias atividades de investigação **e** de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, p. ex.).

**Cabe registrar** que a cláusula legitimadora **do direito ao silêncio**, ao explicitar, **agora em sede constitucional**, o postulado **segundo o qual** “*Nemo tenetur se detegere*”, **nada mais fez** senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Constituição de 1988, **diretriz fundamental** proclamada, **desde 1791**, pela **Quinta Emenda** que compõe o “*Bill of Rights*” norte-americano.

**O direito de** o indiciado/acusado (**ou testemunha**)

**permanecer em silêncio** – consoante **proclamou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em **Escobedo v. Illinois** (1964) e, **de maneira mais incisiva**, em **Miranda v. Arizona** (1966) – **insere-se no alcance concreto** da cláusula constitucional **do devido processo legal**.

A **importância** de tal entendimento firmado em **Miranda v. Arizona** (1966) **assumiu** tamanha significação **na prática** das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América **que a Suprema Corte** desse país, em julgamento **proferido no ano de 2000**, **voltou a reafirmar** essa “*landmark decision*”, **assinalando** que as diretrizes **nela** fixadas (“*Miranda warnings*”) – **dentre as quais** se encontra a **prévia** cientificação **de que ninguém** é obrigado a confessar **ou** a responder a **qualquer** interrogatório – **exprimem** interpretação do próprio “*corpus*” constitucional, **como advertiu** o então “*Chief Justice*” William H. Rehnquist, **autor** de tal decisão, **proferida**, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso **Dickerson v. United States** (530 U.S. 428, 2000), **daí resultando, como necessária consequência, a intangibilidade** desse precedente, **insuscetível de ser derogado** por legislação **meramente ordinária emanada** do Congresso americano (“... *Congress may not legislatively supersede our decisions in interpreting and applying the Constitution ...*”).

**Cumpre rememorar**, bem por isso, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 68.742/DF**, Red. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO

(DJU de 02/04/93), **também reconheceu que ninguém pode**, em virtude do princípio constitucional **que protege qualquer** acusado **ou** indiciado **contra** a autoincriminação, **ser constrangido** a produzir prova contra si próprio **ou, então, sofrer**, em função **do legítimo exercício** desse direito, **restrições** que afetem o seu “*status libertatis*”.

A Suprema Corte brasileira, **fiel aos postulados constitucionais** que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, **enfatizou que qualquer indivíduo “tem, entre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**.

**Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir** provas **contra** si próprio – **constitui** prerrogativa individual **que não pode ser** desconsiderada **por qualquer** dos Poderes da República.

**Cabe enfatizar, ainda – e como natural decorrência** dessa insuprimível prerrogativa constitucional –, **que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição** de ordem jurídica à situação individual da pessoa **que invoca essa cláusula de tutela pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio. Daí a grave – e corretíssima – advertência** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT),

**para quem o direito de permanecer calado** “*não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem*”.

**Esse mesmo entendimento, por sua vez, é perflhado** por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“**Direito à Prova no Processo Penal**”, p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), **que repele**, por **incompatíveis** com o **novo** sistema constitucional, **quaisquer** disposições legais, **ou** prescrições regimentais, **ou**, *ainda*, práticas estatais que autorizem inferir do exercício do direito ao silêncio **inaceitáveis consequências prejudiciais** à defesa, aos direitos **e** aos interesses do réu, do indiciado **ou** da pessoa meramente investigada, **tal como já o havia proclamado** o Supremo Tribunal Federal **antes da edição** da Lei nº 10.792/2003, que, **entre** outras modificações, **alterou** o art. 186 do CPP (**RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

**É importante insistir**, *portanto*, na asserção de que, **mesmo** o indiciado, **quando submetido** a procedimento inquisitivo, *de caráter unilateral* (**perante** a Polícia Judiciária **ou** uma CPI, *p. ex.*), **não se despoja** de sua condição **de sujeito** de determinados direitos **e de titular** de garantias indisponíveis.

**O que se revela importante registrar, neste ponto, é uma simples, porém necessária, observação:**

a função estatal de investigar **não pode resumir-se a uma sucessão de abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias** estabelecidas na Constituição **e** nas leis da República. **O procedimento estatal** – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – **não pode transformar-se** em instrumento de prepotência **nem converter-se** em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins **não** justificam os meios. **Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos** pelos órgãos, pelos agentes **ou** pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam **ou** julgam, **não estão exonerados** do dever de respeitar os **estritos** limites da lei **e** da Constituição, **por mais graves** que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

**Cabe advertir**, no entanto, **tal como lembrou** em seu douto voto o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **que a exigência de respeito** aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional **não** frustra **nem** impede o exercício pleno, por **qualquer** órgão do Estado, dos poderes investigatórios **e** persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, **a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência** ao regime da lei **impõe-se a todos** – a magistrados, a administradores **e** a legisladores.

É, portanto, na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados, independentemente da **adequação** dos meios à disciplina **imposta** pela ordem jurídica – **que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão** que emergem do estado de permanente conflito **entre** o princípio da autoridade **e** o valor da liberdade.

**O que simplesmente se revela intolerável, e não tem sentido, por divorciar-se** dos padrões ordinários de submissão à “rule of law”, **é a sugestão – que seria paradoxal, contraditória e inaceitável** – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis **possa traduzir** fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

**O respeito efetivo** aos direitos individuais **e** às garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral **representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente** de que se **consolida**, em nosso País, *de maneira real*, **o quadro democrático** delineado pela **mais** democrática **de todas** as Constituições que o Brasil já teve: **a Constituição republicana de 1988**.

**O entendimento** de que a pessoa **sujeita** a atos de persecução penal **não pode sofrer** condução coercitiva, **para efeito** de interrogatório **ou** de produção de provas contra si própria, **exceto** em casos de reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) **ou de identificação criminal** (Lei nº 12.037/2009, art. 3º), **tem o beneplácito** do magistério da doutrina (DIOGO

MALAN, “**Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal**”, “in” Boletim IBC-Crim, n. 266, p. 02/04, jan/2015; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 408, 2012, Saraiva; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 740, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; ROBERTO DELMANTO JUNIOR, “**Inatividade no Processo Penal Brasileiro**”, p. 164, item n. 5.8.2, 2004, RT, v.g.).

**Mostra-se extremamente precisa, neste ponto, quanto à inadmissibilidade** de o Poder Público **constranger** o indiciado **ou** acusado **a cooperar** na investigação penal dos fatos **e a produzir** provas **contra** si próprio, **a lição ministrada** pelo eminente Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“**O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**”, “in” Revista do Advogado/AASP nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994):

*“**Outra decorrência** do preceito constitucional, **ainda no terreno da prova**, diz respeito **à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio**, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), **representa exigência inafastável** do processo penal **informado** pela presunção de inocência, **pois***

**admitir-se o contrário** equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, **quando sua participação só pode ser entendida** na perspectiva da defesa, **como sujeito processual**. Diante disso, **evidente** que o seu silêncio **jamaiz** pode ser interpretado **desfavoravelmente** (...).” (grifei)

**A impossibilidade constitucional** de constranger-se o indiciado **ou** o réu **a comparecer**, **mediante condução coercitiva**, **perante** a autoridade policial **ou** a autoridade judiciária, **para fins de interrogatório**, **resulta** não só do sistema de proteção das liberdades fundamentais, **mas**, **também**, **da própria** natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, **qualificável como meio de defesa do acusado**, **especialmente em face** do novo tratamento normativo **que lhe conferiu** a Lei nº 10.792/2003, **tal como expressamente o reconhece** **autoradíssimo magistério doutrinário** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “**O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)**”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Código de Processo Penal Anotado**”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “**Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional**”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA

COSTA TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.).

**Essa particular qualificação** do interrogatório **como meio de defesa** **permite** que nele se reconheça **a condição** de instrumento **viabilizador** do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

**É por isso** que LUIGI FERRAJOLI (“**Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 486, item n. 2, 2002, RT), **enfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado**, **põe em destaque** os aspectos ora mencionados, **assinalando, com inteira procedência, que**, “(...) **no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função** de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado **contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais**” (grifei).

**Mostra-se importante relembrar**, no ponto, que esse entendimento **tem o inteiro beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema, como se vê**, p. ex., de decisão **proferida em 2008 motivada** pela superveniência da Lei nº 10.792/2003:

**“O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU**

– **Em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial** – **notadamente** após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa** do réu, que, **além de não ser obrigado** a responder **a qualquer** indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. **Doutrina. Precedentes.”**

(**HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Não constitui demasia assinalar**, de outro lado, por necessário, **examinada a função defensiva** sob perspectiva global, **que o direito do réu à não autoincriminação e à presunção de inocência, além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa (**mais especificamente** da prerrogativa de autodefesa), **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios e de

normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo** que se trate de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados.

**A justa preocupação** da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas **meramente acusadas** de práticas delituosas **tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos**, um dos tópicos **mais** sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, **seja em âmbito regional, como** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja em âmbito universal, como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **instrumentos que reconhecem a qualquer réu, entre** outras prerrogativas eminentes, **o direito de não produzir provas** contra si próprio **e o de não ser considerado culpado**, pelo Estado, **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, **cabendo referir**, por relevante, **nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Artigo 48, n. 1) **e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos** (Artigo 6º, n. 2).

**Vale registrar, ainda, expressivo fragmento** extraído do “**Livro Verde**” **apresentado** pela Comissão das Comunidades Europeias (**Bruxelas**, 26.4.2006, p. 5 e 6), **que analisa, precisamente, o tema concernente ao princípio da presunção de inocência** no âmbito da União Europeia:

“**A jurisprudência** do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (‘TEDH’) **compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência. Apenas a pessoa** ‘objecto de uma acusação penal’ **dela** pode beneficiar. **Os arguidos devem ser tratados como inocentes até** que o Estado, **através** das autoridades responsáveis pela acção penal, **reúna** elementos de prova **suficientes** para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. **A presunção de inocência ‘exige [...] que os membros de um tribunal não partam da idéia pré-concebida** de que o arguido **cometeu** a infracção que lhe é imputada’. **O órgão jurisdicional não pode** declarar um arguido culpado **antes** de estar efectivamente provada a sua culpabilidade. **Um arguido não deve** ser detido preventivamente **excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa** for sujeita a prisão preventiva, **deve beneficiar de condições** de detenção **compatíveis** com a sua inocência presumida. **O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor** do arguido. **Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder** a quaisquer perguntas. **Normalmente o arguido não deve contribuir** para a sua própria incriminação. Os seus bens não devem ser confiscados **sem** um processo equitativo.” (grifei)

**Essa é a razão** pela qual **não tem sentido** adotar-se medida cautelar, *de carácter restritivo*, contra alguém, **como a condução coercitiva** do indiciado ou do réu, **para interrogatório, sob o fundamento (absolutamente equivocado)** de que a pessoa sujeita à persecução penal **não se mostrou** disposta a colaborar com o Estado, **recusando-se, até mesmo, a expor** a sua versão para os fatos que lhe foram imputados.

**Impende assinalar**, neste ponto, **uma vez mais**, tendo em vista o estado da questão ora em exame, **que a condução coercitiva** do investigado ou do réu, **para efeito de interrogatório, revela-se ilegítima**, como anteriormente destacado, **eis que** a pessoa **exposta** à persecução estatal **tem o direito de não comparecer** ao ato de sua própria inquirição, **a significar que esse direito de ausência afasta a possibilidade** de ela vir a ser submetida à medida extraordinária **a que se refere** o art. 260 do Código de Processo Penal.

**Daí o inteiro acerto** da afirmação feita pelo eminente Relator **sobre esse ponto específico**:

**Veja-se a condução da testemunha**, por exemplo. **Existe o dever** de depor como testemunha – art. 202 do CPP. O testigo **deve fazer-se presente** na hora e no local assinalados na intimação. **Inexiste a prerrogativa** de fazer-se ausente.

**A condução coercitiva** da testemunha faltante **é simples meio de exigir o cumprimento** do dever de apresentar-se para depor – art. 218 do CPP.

Nesse caso, **há uma finalidade claramente**

**estabelecida**, a ser afirmada por medidas proporcionais, conferidas pelo legislador.

**Em sentido semelhante**, a condução coercitiva ‘quando houver dúvida sobre a identidade civil’ do imputado **seria uma possibilidade**, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP.

**Ainda que não paire dúvida sobre a identidade, pode-se cogitar da condução coercitiva para a qualificação do acusado, correspondente à primeira parte** do interrogatório, relativa à pessoa do acusado – art. 187, § 1º, e art. 185, § 10, do CPP. **Nesse ponto, o acusado não tem direito ao silêncio.** A qualificação foi inserida legalmente **como fase do interrogatório**, na forma do art. 187 do CPP. **Logo, sob tal aspecto, a realização da qualificação poderia justificar a condução coercitiva.**

(...)

**De qualquer forma, nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença**, na forma do art. 260 do CPP. **O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação.**

**A diferença dessas hipóteses em relação à condução para o interrogatório é que a lei não**

**consagra um dever de fazer-se presente a este último. Pelo contrário, do sistema normativo, o que se deduz é que há um direito subjetivo a não comparecer ao interrogatório, policial ou judicial.**

**Durante a instrução processual, a ausência do réu solto tem como consequência o prosseguimento da ação penal à sua revelia** – arts. 367 e 457 do CPP. **Mesmo o réu preso pode abrir mão de estar presente ao próprio julgamento pelo Tribunal do Júri** – art. 457, § 2º, do CPP.

(...)

**No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio.**

**Aí reside a falácia principal** que fundamenta a condução coercitiva: **a alegação de que seria um ‘minus’ em relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato, menos gravosa do que a prisão preventiva.**

**A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para o interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar.**

**Por isso, a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade**

de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado ou réu não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.” (grifei)

**Cabe advertir**, portanto, presentes tais razões, **que a ausência** de colaboração do indiciado ou do réu com as autoridades públicas, *de um lado*, **e o exercício** da prerrogativa **constitucional** contra a autoincriminação, *de outro*, **não podem erigir-se em fatores subordinantes** da decretação de prisão cautelar **ou** da adoção de medidas que restrinjam **ou** afetem a esfera de liberdade jurídica de *de qual-quer* réu, **como resulta claro** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“(…) PRISÃO PREVENTIVA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – POSTURA DO ACUSADO – AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO.** O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. **A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual. (…)**”

(**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

*“– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de perseguição penal.*

*O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. (…)*”

(**HC 99.289/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Nem se invoque, finalmente, o argumento de que a condução coercitiva** do indiciado ou do réu, *para interrogatório, independentemente de prévia e regular intimação, justificar-se-ia em face do poder geral de cautela* do magistrado penal.

**Extremamente pertinente**, no ponto, **a advertência** que faz o ilustre magistrado RODRIGO CAPEZ, **consubstanciada** em magnífica lição, **quando assinala**, com absoluta precisão **e em face** do postulado constitucional **da legalidade estrita** em matéria processual penal, **que inexistente**, no processo penal, **o poder geral de cautela dos Juízes.**

**Eis**, nesse ponto, **o magistério exposto** por esse brilhante magistrado paulista:

**“No processo civil**, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, **outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência** que reputar mais apropriada ao caso concreto, **ainda que não prevista em lei**.

**Trata-se do chamado poder geral de cautela**, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).

**Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal** (artigo 5º, LIV, CF), **exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade**.

**O princípio da legalidade incide no processo penal**, enquanto ‘legalidade da repressão’, **como exigência** de tipicidade (‘nulla coactio sine lege’) das medidas cautelares, **a implicar o princípio da taxatividade**: medidas cautelares pessoais **são apenas aquelas legalmente previstas** e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.

**O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas**, razão por que **somente pode decretar** as medidas coercitivas **previstas** em lei e nas condições por ela estabelecidas, **não se admitindo** medidas cautelares **atípicas** (isto é, **não previstas em lei**) **nem o recurso** à analogia com o processo civil.

**No processo penal**, portanto, **não existe o poder geral de cautela**.

(...)

**Para Vittorio Grevi**, é indubitável o significado garantístico do princípio da legalidade, sob o perfil da taxatividade, por vincular rigorosamente às previsões legislativas o exercício da ‘discrecionarietà’ do juiz em matéria de limitação da liberdade da pessoa.

(...)

**Em suma**, as medidas cautelares **limitadoras** da liberdade **reduzem-se** a um número fechado de hipóteses, ‘sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)’ do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. Trata-se de uma enumeração exaustiva (‘numerus clausus’), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (‘numerus apertus’).

(...)

**Nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal**, ‘se o acusado **não atender** a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser

realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença’.

**Analogamente**, os artigos 201, § 1º, e 218 do Código de Processo Penal estabelecem que, se o ofendido ou a testemunha, regularmente intimados, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sua inquirição, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva.

**Como se observa, a ‘ratio’ da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado**, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.

**Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se, ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.**

**Essa medida não tem justificação constitucional**, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio. Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se ele goza do privilégio contra a autoincriminação?” (grifei)

**Esse, também, é o magistério** do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“**Processo Penal**”,

p. 1.113/1.114, item n. 18.2.6.6, 6ª ed., 2018, RT):

**“Portanto, a adoção de medidas atípicas, por que não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. (...).**

**(...)**  
**Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.” (grifei)**

**Sendo assim**, e em face das razões expostas, **peço vênia**, Senhora Presidente, **para acompanhar, integralmente**, o magnífico voto **proferido** pelo eminente Relator.

**É o meu voto.**



## 10 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 548 – DF

**ADPF como instrumento de neutralização de abusos estatais – Autonomia universitária (CF, art. 207) – Intangibilidade – O discurso histórico de Miguel de Unamuno, Reitor da Universidade de Salamanca, no início da Guerra Civil espanhola, em defesa da autonomia universitária – Proteção à **liberdade de reunião e defesa da livre expressão do pensamento** – **Inadmissibilidade de censura estatal**, mesmo quanto imposta em sede jurisdicional – **O primado** do pluralismo político **e a necessidade** de livre circulação de ideias e de informações. [ADPF 548/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, voto-vogal do Min. Celso de Mello, DJE de 9-6-2020.]**

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. A alegação de ofensa a preceitos fundamentais: a utilização da arguição de descumprimento, típica ação constitucional de perfil objetivo, como instrumento de neutralização de abusos estatais

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental **foi ajuizada** pela eminente Senhora Procuradora-Geral da República **objetivando “evitar e reparar”** lesão a preceitos fundamentais **resultantes** de atos do Poder Público **tendentes a executar ou autorizar** buscas e apreensões, **assim como proibir** o ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos congêneres **e promover a inquirição** de docentes, discentes e de outros cidadãos **que estejam em local definido** como universidade pública **ou privada**“ (grifei).

Os atos ora questionados **possuem**, em síntese, o seguinte conteúdo material:

“– **Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e Associação de Docentes da UFCG (ADUFCG)**

O Juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande-PB **determinou Busca e Apreensão** na sede da ADUFCG – Associação de Docentes da Universidade Federal de Campina Grande, ‘com vistas a BUSCA e APREENSÃO de panfletos, intitulados MANIFESTO EM DEFESA DA DEMOCRACIA E DA

UNIVERSIDADE PÚBLICA, bem como outros materiais de campanha eleitoral em favor do candidato a Presidente da República FERNANDO HADDAD número 13 do PT’.

O referido manifesto foi assinado pela Associação e aprovado pela categoria em Assembleia. A Universidade informou que cinco Hds de computadores também foram apreendidos por agentes da polícia’.

Buscas e apreensões também ocorreram na Universidade Estadual da Paraíba – UEPB e na Associação de Docentes da UEPB. em cumprimento a determinação do Juiz. Segundo o Presidente da Associação, uma professora foi inquirida sobre a atividade desenvolvida, a disciplina ministrada, o conteúdo e seu nome.

– **Universidade Federal Fluminense – UFF**

Em 23 de outubro de 2018, a Juíza Titular da 199ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, determinou busca e apreensão dos materiais de propaganda eleitoral irregular porventura encontrados nas Unidades da Universidade Federal Fluminense em Niterói, sobretudo nos campus do Gragoatá e do Ingá.

– **Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD**

O Juiz Eleitoral, titular da 18ª Zona Eleitoral determinou à notificação a Universidade da Grande Dourados/MS, na pessoa do reitor ou seu representante legal, **para que fosse proibida a aula**

**pública referente ao tema ‘Esmagar o Fascismo’** a ocorrer em 25/10/2018 às 10h, nas dependências da universidade.

A aula foi iniciada, mas, após alguns discursos, foi interrompida por agentes da Polícia Federal.

– **Universidade Federal Fronteira do Sul** —  
**UFFS**

O Juiz Eleitoral da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul, em razão de pedido de providências proposto pelo Ministério Público Eleitoral em face da Universidade Federal Fronteira Sul – UFFS, impediu a realização do evento político denominado ‘Assembleia Geral Extraordinária contra o Fascismo, a Ditadura e o Fim da Educação Pública’.

– **Universidade Federal de São João Del Rei** —  
**UFSJ**

A Juíza Eleitoral da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte, determinou a notificação da Universidade Federal de São João Del Rei, para que proceda a retirada do sítio da Universidade de nota em favor dos princípios democráticos e contra a violência nas eleições presidenciais de 2018, assinada pela Reitoria da Instituição.

**Para além dos eventos já narrados, há relatos de instituições que igualmente viram-se objeto de ações congêneres,** como, aparentemente,

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA – UFU

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS – UFAM

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS – UCP

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UniRio

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UEPB

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS – UFG  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA – UNEB

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL – UFMS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO — UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO — UFERSA

UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DE LUSOFONIA AFROBRASILEIRA – UNILAB

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ITAJUBÁ – UNIFEI

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA

**Cite-se que na Universidade Federal de Uberlândia – UFU ocorreu a retirada de faixa com propaganda eleitoral colocada do lado externo**

**de uma das portarias do campus Santa Mônica, pela Polícia Militar**, após a Universidade ter levado o caso ao conhecimento do Cartório Eleitoral de Uberlândia, não sendo possível aferir se a determinação foi exarado do juiz da 278ª ou 279ª Zona Eleitoral.

**Na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ**, policiais promoveram a retirada de faixas em homenagem à vereadora Marielle Franco, assassinada em março, e com as inscrições ‘Direito Uerj Antifascismo’. Por sua vez, a Universidade informou que não havia mandado judicial a autorizar as referidas ações.

**Na Universidade do Estado da Bahia – UNEB**, campus de Serrinha, foram retirados cartazes supostamente de apoio a candidato a Presidência da República.” (grifei)

A Procuradoria-Geral da República **sustenta**, bem por isso, **que tais decisões judiciais**, ao determinarem a intervenção policial em espaços destinados ao ensino universitário público **ou** privado, **seja para impedir a realização de reuniões e debates** previamente agendados, **seja para realizar a inquirição** de pessoas **ou a busca e apreensão** de objetos materiais, **qualificam-se** como atos estatais **que teriam transgredido** “tanto o direito à livre manifestação do pensamento, à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação **e à liberdade de reunião** (art. 5º-IV, IX e XVI da CF), **como os**

**princípios norteadores do ensino** (art. 206-II e III da CF) **e as garantias institucionais que asseguram a autonomia universitária** (art. 207 da CF)” (grifei).

A eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relatora, **por entender cumulativamente presentes** os requisitos concernentes à plausibilidade jurídica do pedido e ao “periculum in mora”, **concedeu**, “ad referendum” do **Egrégio Plenário desta Suprema Corte, o provimento cautelar requerido**, para “**suspender os efeitos** de atos judiciais ou administrativos, **emanados** de autoridade pública **que possibilitem, determinem ou promovam** o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, **o recolhimento** de documentos, **a interrupção** de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, **a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular** de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários **ou** em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos” (grifei).

**Cabe acentuar** que referida decisão, **proferida, monocraticamente**, pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, **veio a ser ratificada pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **que referendou, integralmente**, o provimento cautelar **deferido**, nestes autos, pela eminente Relatora, **em julgamento** que restou substanciado **em acórdão assim ementado**:

**“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ELEIÇÕES 2018: MANIFESTAÇÕES EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. ATOS DO PODER PÚBLICO: BUSCAS E APREENSÕES. ALEGADO DESCUMPRIMENTO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS: PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. URGÊNCIA QUALIFICADA CONFIGURADA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA E REFERENDADA.**

1. Adequada a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental porque respeitado o princípio da subsidiariedade e processualmente viável a impugnação, por seu intermédio, de decisões judiciais ou de interpretações judiciais de textos normativos constitucionais.

2. Suspensos os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, pelos quais se determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários.

3. Pluralismo não é unanimidade, impedir a manifestação do diferente e à livre manifestação de todas as formas de apreender, aprender e manifestar a sua compreensão de mundo é algemar

as liberdades, destruir o direito e exterminar a democracia.

4. O pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º da Constituição da República.” (grifei)

*Sendo esse o contexto, **observo**, preliminarmente, que o tema* ora em julgamento **assume** magnitude inquestionável, **pois envolve** alegação de ofensa a postulados essenciais – *o postulado da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da autonomia universitária* – **que constituem** nota qualificadora de uma sociedade e de um Estado fundados em bases democráticas.

A **eminente** Senhora Procuradora-Geral da República, **ao ajuizar** a presente ação constitucional, **busca viabilizar** a proteção jurisdicional desta Corte Suprema **em ordem a proteger** duas liberdades individuais de caráter fundamental: *de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, em cujo núcleo acham-se compreendidos* os direitos de crítica, de protesto, de discordância, de ensino, pesquisa e divulgação do pensamento e do saber, além da prerrogativa de promover a livre circulação de ideias.

Na realidade, a **eminente** Senhora Procuradora-Geral da República **descreve** comportamentos autoritários de agentes estatais, **inclusive vinculados**

aos organismos policiais e ao aparelho judiciário, **praticados sob pretexto** de cumprimento da legislação eleitoral, **que culminaram por impedir** reuniões, palestras, seminários e manifestações sobre temas políticos, **ao mesmo tempo em que denuncia a ocorrência** – *que se tem revelado extremamente perigosa, na história dos Povos, para o regime das liberdades fundamentais do cidadão* – **de típica (e grave) hipótese de conflito** entre o poder do Estado e o direito de qualquer pessoa à livre manifestação do pensamento, **notadamente** no centro do seu saber, **que é a Universidade**, espaço por excelência de livre difusão das ideias e de debate crítico em torno de pensamentos e doutrinas, **muitas das quais** em relação de antagonismo.

A Senhora Chefe do Ministério Público da União, **ao deduzir** a impugnação que formulou, **ênfatiza a necessidade** – *que tenho por inteiramente configurada* – **de “(...) reafirmar o entendimento de que os atos do Poder Público tendentes a executar ou autorizar buscas e apreensões, assim como proibir o ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos congêneres e promover a inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos que estejam em local definido como universidade pública ou privada causam grave lesão a preceitos fundamentais” (grifei).**

Com efeito, a Senhora Procuradora-Geral da República, **ao sintetizar** os fatos subjacentes à presente ação constitucional, **assinala** que “essa arguição de descumprimento de preceito fundamental

*foi interposta para garantir a liberdade de expressão e de reunião de estudantes e de professores no ambiente das universidades públicas brasileiras (...)”, especialmente em razão de decisões emanadas de juízes eleitorais “(...) que determinaram a busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral em universidades e nas dependências das sedes de associações de docentes, proibiram aulas com temática eleitoral e reuniões e assembleias de natureza política e impuseram a interrupção de manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos nas eleições gerais de 2018, em ambiente virtual ou físico de universidades federais e estaduais” (grifei).*

**Disso resulta, segundo penso, clara transgressão à liberdade** de expressão, **ao direito** de reunião, **à liberdade** de exercício da atividade intelectual, **ao direito** de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, *que há de ser necessariamente plural em uma sociedade democrática, além de configurar ofensa à própria autonomia universitária, tal como enunciada no art. 207 da Constituição da República.*

*2. O direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento: dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal*

**Tenho para mim** que o Supremo Tribunal Federal **defronta-se**, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, **que concerne** ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – *a liberdade de expressão e a liberdade de reunião* – que as

declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – **têm consagrado** no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais **titularizados** pela pessoa humana.**

**É importante enfatizar, no ponto, tal como tive o ensejo de assinalar** em estudo sobre “O Direito Constitucional de Reunião” (RJTJSP, vol. 54/19- -23, 1978, Lex Editora), que a liberdade de reunião **traduz** meio **vocacionado ao exercício** do direito à livre expressão das ideias, **configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento** de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, **nela incluído**, entre outros, **o insuprimível direito de protestar** e, **também, o de ensinar e divulgar ideias**.

**Impõe-se, desse modo, ao Estado**, em uma sociedade estruturada **sob a égide** de um regime democrático, **o dever de respeitar** a liberdade de reunião (**de que são manifestações expressivas** o comício, o desfile, a procissão e a passeata), **que constitui** prerrogativa essencial dos cidadãos, **normalmente temida** pelos regimes despóticos ou ditatoriais, **que não hesitam** em golpear-la, **para asfixiar, desde logo, o direito** de protesto, de crítica e de discordância **daqueles que se opõem** à prática autoritária do poder.

**Guardam impressionante atualidade**, sob tal

aspecto, **as palavras** que RUY BARBOSA, **amparado** por decisão desta Corte, **proferiu**, em 12 de abril de 1919, no Teatro Politeama, em Salvador, **durante** campanha presidencial por ele disputada, **em conferência** cuja realização **só se tornou possível em virtude** de “*habeas corpus*” **que o Supremo Tribunal Federal lhe concedera, tanto em seu favor quanto** em benefício de seus correligionários, **assegurando-lhes o pleno exercício** da liberdade de reunião e do direito à livre manifestação do pensamento, **indevidamente cerceados** por autoridades estaduais **que buscavam impedir** que o grande político, jurisconsulto e Advogado brasileiro **divulgasse** a sua mensagem **e transmitisse** as suas ideias ao povo daquele Estado, **com o objetivo** de conquistar seguidores e de conseguir adesões em prol de sua causa, **valendo reproduzir, no ponto, a seguinte passagem** daquele pronunciamento:

“**Venho, senhores, de Minas, venho** de S. Paulo (...). **De S. Paulo e Minas, onde pude exercer** de sassombradamente **os direitos constitucionais, as liberdades** necessárias de reunião e palavra, **franquias elementares** da civilização em tôda a cristandade. **De Minas e S. Paulo, cujos governos, contrários** ambos à minha candidatura, **nenhum obstáculo suscitaram** ao uso **dessas faculdades essenciais** a tôdas as democracias, **a tôdos** os regimens de moralidade e responsabilidade: **antes abriam, em volta dos comícios populares, em**

**tôrno** da tribuna pública, **um círculo de segurança e respeito**, em que as nossas convicções se sentiam confiadas nos seus direitos e os nossos corações orgulhosos do seu país. **De S. Paulo e Minas, em suma, onde o respeito da autoridade ao povo, e a consideração do povo para com a autoridade, apresentavam o espetáculo da dignidade de uma nação obediente às suas leis e governada pela soberania.**

(...)

**Venho dêsses dois grandes Estados, para uma visita a êste outro não menor do que eles** na sua história, nas virtudes cívicas dos seus habitantes, nos costumes da sua vida social, **venho, também, a convite da sua população; e, com que diversidade, com que contraste, com que antítese me encontro! Aqui venho dar com o direito constitucional de reunião suspenso. Por quem?** Por uma autoridade policial. **Com que direito?** Com o direito da fôrça. **Sob que pretexto?** Sob o pretexto de que a oposição está em revolta, **isto é**, de que, contra o govêrno, o elemento armado e o Tesouro juntos estão em rebeldia os inermes, as massas desorganizadas e as classes conservadoras.

**Banido venho encontrar**, pois, **o direito de reunião, ditatorialmente banido. Mas**, ao mesmo tempo, **venho encontrar ameaçada**, também soberanamente, **de proscrição a palavra**, o órgão do pensamento, **o instrumento de comunicação** do indivíduo com o povo, do cidadão com a pátria,

do candidato com o eleitorado. **Ameaçada, como? Com a resolução**, de que estamos intimados pelo situacionismo da terra, **com a resolução**, que, em tom de guerra aberta, **nos comunicaram** os nossos adversários, **de intervir** em tôdas as nossas reuniões de propaganda eleitoral, **opondo-se** à nossa linguagem (...).

(...)

**Mas, senhores, os comícios populares, os ‘meetings’, as assembléias livres dos cidadãos, nas praças, nos teatros, nos grandes recintos, não são invento brasileiro**, muito menos desta época (...). **São usos tradicionais** das nações anglo-saxônicas, **e das outras nações livres. Tiveram**, modernamente, **a sua origem** nas Ilhas Britânicas, e nos Estados Unidos. **Dessa procedência é** que os recebemos. **Recebemo-los** tais quais eram. **Com eles cursamos a nossa prática do direito de reunião. Com eles**, debaixo do regímen passado, **associamos a colaboração pública** à reforma eleitoral, **apostolamos e conseguimos** a extinção do cativeiro. **Com eles**, neste regímen, **não pouco temos alcançado** para cultura cívica do povo. (...).

(...)

(...) **O direito de reunião não se pronuncia senão congregando acêrca de cada opinião o público dos seus adeptos.**

**A liberdade da palavra não se patenteia**, senão juntando **em tôrno de cada tribuna** os que bebem as suas convicções na mesma fonte,

*associam os seus serviços no mesmo campo, ou alistam a sua dedicação na mesma bandeira. A igualdade no direito está, para as facções, para as idéias, para os indivíduos, no arbítrio, deixado a todos sem restrição, de congregar cada qual os seus correligionários, de juntar cada qual os seus comícios, de levantar cada qual o seu apêlo, no lugar da sua conveniência, na ocasião da sua escolha, nas condições do seu agrado, mas separadamente, mas distintamente, mas desafiadamente, cada um, a seu talante, na cidade, na rua, no recinto, que eleger, sem se encontrarem, sem se tocarem; porque o contacto, o encontro, a mistura, acabariam, necessariamente, em atrito, em invasão, em caos.” (grifei)*

O alto significado que o direito de reunião assume nas sociedades democráticas foi acentuado, em tempos mais recentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, quando esta Corte, em sessão de 28/06/2007, declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 20.098/99, editado pelo Governador do Distrito Federal, que vedava “a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros”, em determinados locais públicos, como a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios, em decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**I. A liberdade de reunião** e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

**II. A restrição** ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (“Wille zur Verfassung”).

**III. Ação direta julgada procedente** para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.” (grifei)

**Cabe rememorar**, bem por isso, a importantíssima decisão, por mim anteriormente mencionada, que esta Suprema Corte proferiu há 99 (noventa e nove) anos, em 1919, nos autos do HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS, em cujo âmbito se buscava garantir, em favor de diversos pacientes, inclusive de Ruy Barbosa, o exercício do direito de reunião (e, também, porque a este intimamente vinculado, o de livre manifestação de crítica ao Governo e ao sistema político, bem assim o direito de livremente externar posições, inclusive de não conformismo, sobre qualquer assunto), em comícios ou em

**encontros** realizados **em prol** da candidatura oposicionista de RUY, **que se insurgia**, *uma vez mais*, **contra** as oligarquias políticas **que dominaram** a vida institucional do Estado brasileiro **ao longo** da Primeira República.

Nesse julgamento, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **concedeu** ordem de “*habeas corpus*” **em favor** de RUY BARBOSA e de diversos outros pacientes, **proferindo**, *então*, **decisão** que assim foi resumida pela eminente Dra. LÊDA BOECHAT RODRIGUES (“**História do Supremo Tribunal Federal**”, vol. III/204-205, 1991, Civilização Brasileira):

**“A Constituição Federal expressamente preceitua que a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. Em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento, por qualquer meio, sem dependência de censura, respondendo cada um, na forma legal, pelos danos que cometer. Não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião (pacífica e sem armas) do povo para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. À Polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar ‘meetings’ e comícios. Não se concede ‘habeas-corpus’ a indivíduo não indicado nominalmente no pedido.” (grifei)**

**A inquestionável** relevância desse julgado, *essencial* à compreensão da posição desta Suprema Corte **em torno dos direitos fundamentais** de reunião e de livre manifestação do pensamento, **revelada** sob a égide *de nossa primeira* Constituição republicana, **impõe** que se relembrem, *por expressivas*, **algumas** de suas passagens *mais* notáveis:

**“Efetivamente, depois de assegurar a todos os indivíduos o direito de se reunirem livremente e sem armas, o legislador constituinte definiu muito bem, a respeito, a função preventiva da polícia, ‘verbis’ ‘não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública’ (art. 72, § 8º). (...)**

**Não pode também a polícia localizar os ‘meetings’ ou determinar que só em certos lugares é que eles se podem efetuar, se forem convocados para fins lícitos, como na espécie:**

**1.º) porque isto importaria, afinal, em suprimi-los**, pois bastaria que ela designasse lugares, ou sem a capacidade necessária à maior aglomeração de pessoas, ou habitualmente freqüentados, apenas, por indivíduos de baixa classe, azevieiros ou frascários;

**2.º) porque ninguém pode ser obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Const. Fed., art. 72, § 1º); ora, não há lei alguma que prescreva que**

só se efetuam comícios em lugares previamente fixados pela polícia; e, ao contrário, **o que a lei vigente preceitua é que não se considera sedição**, ou ajuntamento ilícito, **a reunião do povo desarmado**, em ordem, **para o fim** de representar contra as injustiças, vexações e mal procedimento dos empregados públicos; **nem a reunião pacífica e sem armas de povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. Para o uso dessa faculdade, não é necessária prévia licença** da autoridade policial, que só poderá proibir a reunião anunciada no caso de suspensão das garantias constitucionais, limitada, em tal caso, na ação de dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas' (Cod. Penal, art. 123 e parágrafo único).

**Ora, não nos achamos** com as garantias constitucionais suspensas.

**E, entretanto, o sr. Governador da Bahia** expediu ao sr. Presidente da República **um telegrama**, em que lhe participa, com a mais cândida ingenuidade **e** como a coisa mais natural deste mundo e mais legal, **que 'o seu chefe de Polícia, dr. Alvaro Cova, resolveu proibir o 'meeting' anunciado para hoje, em que devia falar o dr. Guilherme de Andrade, a favor do Senador Epitácio Pessoa, e**

também quaisquer outros que fossem anunciados' (Jornal do Comércio, de 27 de março de 1919, a.fls.).

(...)

'O dr. secretário da Polícia e Segurança Pública, a bem da ordem, **deliberou não consentir** na realização do meeting na Praça Rio Branco, que para hoje anunciou o sr. dr. Guilherme de Andrade, **bem como qualquer que for convocado, não só para aquele local como para qualquer outro ponto**, que embarace o trânsito e perturbe a tranqüilidade pública' (fl.).

**E ainda**, em resposta às informações ora pedidas por este Tribunal, **o dr. Governador da Bahia**, depois de se referir aos sucessos do dia 25 de março, na praça Rio Branco, **acrescenta que**: 'Secretário Segurança Pública resolveu não consentir realização comício na referida praça e em outras em idênticas circunstâncias' (fl.): **é a prova provada do abuso do poder, da flagrante ilegalidade** do procedimento do chefe de Polícia da Bahia **e**, pois, **da violência iminente, temida** pelo impetrante, **assim**, pois;

**Considerando** que a Constituição Federal **expressamente preceitua** que 'a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.' (Art. 72, § 8º);

**Considerando** que, em qualquer assunto, **é livre a manifestação de pensamento** pela imprensa ou pela tribuna, **sem dependência** de censura, **respondendo**

cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina. (Art. supra citado, § 12);

**Considerando** que ‘não se considera sedição ou ajuntamento ilícito **a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas**, teatros e quaisquer outros edifícios **ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar** sobre os negócios públicos.’ (Cod. Penal, art. 123), **exatamente** o fim para que é impetrado o presente ‘habeas corpus’;

**Considerando**, finalmente, **que à polícia não assiste**, de modo algum, **o direito de localizar** ‘meetings’ **ou** comícios; **porque**, para o uso dessa faculdade (a supra transcrita), **não é necessária prévia licença** da autoridade policial, **que só poderá proibir** a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, ‘limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas.’ (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, supra transcrito).

**Acordam**, em Supremo Tribunal Federal, **nos termos** supra, **conceder a presente ordem** de ‘habeas corpus’ **ao sr. senador Ruy Barbosa e a todos os indivíduos mencionados nominalmente** na petição de fls. 2 e no princípio deste Acórdão, **para que possam exercer**, na capital do Estado da Bahia **e em qualquer** parte dele, **o direito de reunião, e mais**, publicamente, **da palavra nas praças, ruas, teatros e**

**quaisquer recintos, sem obstáculos** de natureza alguma, **e com segurança** de suas vidas e pessoas, **realizando** os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, **sem censura e sem impedimento** de qualquer autoridade local ou da União.” (grifei)

**É importante registrar**, por isso mesmo, **nas palavras** do saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO (“O Supremo Tribunal Federal, esse **outro desconhecido**”), **o caráter** de significativa relevância **que assumiu** o julgamento **que venho de mencionar**, **quando da concessão**, por esta Suprema Corte, da ordem de “habeas corpus” **que garantiu, aos cidadãos da República, no contexto histórico das já referidas** eleições de 1919, **o pleno exercício** das liberdades fundamentais de reunião **e** de manifestação do pensamento:

**“Dos longes do passado remoto, ligo o Supremo Tribunal Federal às reminiscências de meus 13 anos de idade, na Bahia. Minha velha cidade entrara em ebulição com a campanha presidencial de RUI BARBOSA e de EPITÁCIO PESSOA, em 1919. Tombaram gravemente feridos à bala, num comício, MEDEIROS NETTO e SIMÕES FILHO. PEDRO LAGO escapou, mas sofreu violências outras dos sicários. As vítimas eram amigos políticos e pessoais de meu pai e de**

meu avô. O meu irmão mais velho, ainda estudante de Direito, trabalhava no jornal oposicionista, alvo das ameaças policiais. Tudo isso aqueceu a atmosfera em nossa casa. Aliás, **a Bahia tôda ardia em febre partidária. Para os ruistas, tratava-se dum apostolado cívico e não duma querela de facções.**

**Temia-se pela vida do próprio RUI** quando viesse a fim de pronunciar a conferência anunciada para breve. Suspeitava-se também do govêrno da República, porque afrontosamente mandara a força federal desagrar a bandeira do edifício dos Correios, sob pretexto de que recebera ultraje dos partidários do candidato baiano.

**Nesse clima eletrizado, caiu como um raio a notícia de que o Supremo Tribunal Federal concedera a RUI e seus correligionários ordem de ‘habeas corpus’, para que se pudessem locomover, e reunir em comício. Notou-se logo a mudança de atitude da polícia local, que, murcha, abandonou a atitude de provocação. RUI desembarcou dum navio e o povo exigiu que o carro fôsse puxado à mão, ladeiras acima, cêrca de 10 km, até o bairro da Graça, em meio ao maior delírio da massa que já presenciei. Assisti à saudação que lhe dirigiu, em nome da Bahia, no meio ao trajeto, o velho CARNEIRO RIBEIRO, de barbas brancas ao vento.**

**Não se via um soldado, nem um guarda civil nas ruas.** Se um seabrista tentava provocar incidentes, logo alguém intervinha para ‘não

perdermos a razão no Supremo Tribunal’. **A população prêsa da exaltação partidária mais viva manteve a maior rigorosa ordem, durante dias sem policiamento, a despeito das expansões emocionais.**

**Ouvi, sem perder uma palavra, ao lado de meu pai, no Politeama baiano, a longa conferência do maior dos brasileiros, interrompida, de minuto a minuto, por tempestades de aplausos. Logo, nos primeiros momentos, Rui entoou um hino ao Supremo Tribunal, que possibilitara a todos o exercício do direito de reunião pacífica naquele momento. Rompeu um côro ensurdecador de vivas à Côte egrégia. Foi assim que tomei consciência do Supremo Tribunal Federal e de sua missão de sentinela das liberdades públicas, vinculando-o a imagens imperecíveis na minha memória. E também na minha saudade.**” (grifei)

**Tais palavras, Senhores Minisros, mostram a reverência e a veneração** que RUY, ALIOMAR BALEEIRO e os defensores da causa da liberdade **sempre dedicaram** a esta Suprema Corte, **nela reconhecendo o caráter** de uma instituição essencialmente republicana, **fiel depositária** do altíssimo mandato constitucional que lhe foi atribuído pelos Fundadores da República, **que confiaram, a este Tribunal, a condição eminente de guardião** da autoridade, **de protetor** da intangibilidade e **de garante** da supremacia da Lei Fundamental.

**As decisões** que venho de referir – **uma**, *pronunciada sob a égide* da Constituição republicana de 1891 (**HC 4.781/BA**, Rel. Min. EDMUNDO LINS), **e outra**, *proferida sob a vigente* Constituição promulgada em 1988 (**ADI 1.969/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) – **bem refletem**, *ainda que as separe* um espaço de tempo *de quase* um século, **o mesmo** compromisso **desta** Suprema Corte **com a preservação da integridade** das liberdades fundamentais **que amparam** as pessoas **contra** o arbítrio do Estado.

Na realidade, esses julgamentos **revelam o caráter eminente** da liberdade de reunião, **destacando-lhe** o sentido de instrumentalidade de que ele se reveste, *ao mesmo tempo em que enfatizam* a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal, **em ambos os casos**, **deixou claramente consignado** que o direito de reunião, *enquanto direito-meio*, **atua** em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, **qualificando-se**, *por isso mesmo*, **sob tal perspectiva**, como elemento apto a propiciar *a ativa participação* da sociedade civil, **mediante** exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas **e** reivindicações, **no processo** de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

**É por isso** que esta Suprema Corte **sempre teve** a nítida percepção **de que há**, *entre* as liberdades

clássicas de reunião **e** de manifestação do pensamento, *de um lado*, **e** o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, *de outro*, **um claro vínculo relacional**, *de tal modo* que passam eles a compor *um núcleo complexo e indissociável* de liberdades **e** de prerrogativas político-jurídicas, **o que significa que o desrespeito** ao direito de reunião, *por parte* do Estado **e** de seus agentes, **traduz**, *na concreção desse gesto de arbítrio*, **inquestionável** transgressão *às demais* liberdades cujo exercício *possa supor*, para realizar-se, **a incolumidade** do direito de reunião, *tal como sucede* quando autoridades públicas **impedem** que os cidadãos **manifestem**, *pacificamente*, *sem armas*, *em passeatas*, *marchas* **ou** *encontros* realizados em espaços públicos, as suas ideias **e** a sua pessoal visão de mundo, para, *desse modo*, **propor** soluções, **expressar** o seu pensamento, **exercer** o direito de petição **e**, *mediante atos de proselitismo*, **conquistar** novos adeptos **e** seguidores para a causa que defendem.

**A Universidade**, *desse modo*, **desde** que respeitado o direito de reunião, **passa a ser** o espaço, *por excelência*, do debate, da persuasão racional, do discurso argumentativo, da transmissão de ideias, da veiculação de opiniões, *enfim*, o local ocupado pelos alunos, pelos professores e pelo povo **converte-se** *naquele espaço mágico* em que as liberdades fluem e florescem **sem indevidas** restrições governamentais.

**Não foi por outra razão**, Senhor Presidente, **que**

o **eminente** Ministro MARCO AURÉLIO, **quando** do julgamento do pedido de medida cautelar **na** ADI 1.969/DF, **ao fundamentar** a concessão do provimento liminar, **pôs em destaque** a indestrutível **ligação que existe** entre as liberdades públicas cuja proteção jurisdicional é requerida, *uma vez mais*, a esta Suprema Corte:

*“(...) o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação do pensamento.” (grifei)*

**Idêntica percepção** foi revelada, **no julgamento final** da ADI 1.969/DF, **pelo eminente** Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator:

*“(...) Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, ‘local aberto ao público’, que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.*

*Proibir a utilização ‘de carros, aparelhos e objetos sonoros’, nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria, por completo, a livre expressão do pensamento nas*

*reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.” (grifei)*

3. *A liberdade de expressão como um dos direitos fundamentais mais preciosos dos cidadãos*

A Senhora Procuradora-Geral da República, **após sustentar** a ocorrência de transgressão ao direito de reunião, **suscita** outra questão que igualmente **assume** magnitude inquestionável, **pois envolve** alegação de ofensa a um postulado essencial – *o postulado da liberdade de expressão* – **que constitui** nota qualificadora de uma sociedade e de um Estado fundados em bases democráticas.

**Não há** pessoas **nem** sociedades livres **sem** liberdade de expressão, de comunicação e de informação, **mostrando-se inaceitável** qualquer deliberação estatal, **cuja execução importe** em controle do pensamento crítico, **com o consequente** comprometimento da ordem democrática.

**É por isso que o acesso à informação** – que **também** se exterioriza em palestras, seminários, debates e encontros realizados no curso do processo eleitoral – **qualifica-se** como objetivo primacial de uma sociedade livre e democrática!

**Essa estranha** (e preocupante) **tentação autoritária** de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, **especialmente** quando destinada aos mestres e professores, **não** pode ser tolerada **nem** admitida **por esta** Suprema Corte.

**O alto significado** da liberdade de manifestação do pensamento, **notadamente nos espaços universitários, reside no fato, em tudo relevante, de que a liberdade de expressão, que se acha positivada na declaração constitucional de direitos, representa** elemento fundamental de garantia da integridade do regime democrático **e** de preservação de sua própria existência.

**Sabemos** que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida de essencial transitividade, destina-se** a proteger *qualquer pessoa* cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida *sobre ela*, por conta **e** efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias, qualquer* tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, *pois todos têm de ser igualmente livres para exprimir ideias, ainda que estas* possam insurgir-se **ou** revelar-se *em desconformidade frontal com a linha* de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**As ideias, ninguém o desconhece, podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido

democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a** instauração do **dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância.**

**Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias**, eis que tal prerrogativa individual (e **também** coletiva) **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

**Em uma palavra: o direito de criticar, de opinar e de dissentir, qualquer** que seja o meio de sua veiculação, **ainda mais** quando manifestado *no ambiente universitário, representa* irradiação das liberdades do pensamento, *de extração eminentemente constitucional.*

4. *Um exemplo histórico de defesa da autonomia universitária: o discurso de Miguel de Unamuno, Reitor da Universidade de Salamanca, no início da Guerra Civil espanhola*

**Que nunca mais se ouça**, Senhores Ministros, *nos espaços universitários*, **o grito sinistro** de “Viva a morte, abaixo a inteligência”, **lançado**, em 12/10/1936, por um General falangista **adepto** incondicional de Francisco Franco, **em aberto desafio** ao grande poeta e Reitor da Universidade de Salamanca, Dom Miguel de Unamuno, que, **hostilizado** pelos inúmeros franquistas ali presentes, **respondeu**, *com altivez e dignidade*, no que seria seu último discurso, à provocação atrevida e insensata do General fascista que o desafiara, **dizendo**: “Agora mesmo ouvi um grito necrófilo e insensato, ‘Viva a morte’. Eu devo dizer-lhes que considero repulsivo esse esdrúxulo paradoxo (...). Estamos no templo da sabedoria e da inteligência. E, nele, eu sou o seu sumo sacerdote. São vocês que profanam esses espaços sagrados [são os espaços da Universidade]. Vocês vão vencer porque têm mais que o necessário de força bruta. Mas vocês não convencerão. Pois, para convencer, é preciso persuadir. E, para persuadir, vocês necessitarão o que não têm: razão e justiça na luta”.

**Com essa resposta**, o grande filósofo e poeta espanhol Miguel de Unamuno, **em sua alta condição** de Reitor de uma das mais antigas Universidades europeias, **celebrou** a liturgia do triunfo do Bem sobre o mal, da inteligência sobre a irracionalidade, da civilização sobre a barbárie e do pensamento livre e crítico sobre a intolerância e a tirania que regimes despóticos costumam impor sobre a mente humana.

**Esse corajoso discurso**, na realidade,

**representou a defesa da própria autonomia universitária em plena** Guerra Civil espanhola **e significou – como assinala** Severiano Delgado Cruz (“**Arqueologia de um Mito: o ato de 12 de outubro de 1936 na palavra do Paraninfo da Universidade de Salamanca**”) – “a alta expressão simbólica da vitória da inteligência sobre a morte, dos valores republicanos e democráticos sobre o militarismo fascista”.

**Bastante expressiva**, também, *a esse respeito*, **foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu**, *por unanimidade*, **no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator**, que restou substanciado, *no ponto ora em exame*, **em acórdão assim ementado**:

“(…) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESENTAÇÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EX-TRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS**

– **O SENTIDO DE ALTERIDADE** DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO **E O RESPEITO** ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO **E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL** – **CARÁTER NÃO ABSOLUTO** DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (**CF**, art. 5º, **incisos IV, V e X**; **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, Art. 13, § 5º) – **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL** À LIBERDADE DE PENSAMENTO **COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS** – **O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO**, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, **NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL** – **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – **INADMISIBILIDADE** DA ‘**PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO**’ – **NECESSÁRIO RESPEITO** AO DISCURSO

ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, **COMPREENDIDA** COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO **QUE DEVE** VALORIZAR O CONCEITO DE ‘**LIVRE MERCADO DE IDEIAS**’ – **O SENTIDO** DA EXISTÊNCIA DO ‘**FREE MARKETPLACE OF IDEAS**’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL **E** INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (**AC 2.695-MC/RS**, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – **A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES** – **A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR** DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA **NÃO SE REVELA COMPATÍVEL** COM A REPRESSÃO AO DISSENSO **E QUE ESTIMULA** A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE **EM OBSÉQUIO** AO SENTIDO DEMOCRÁTICO **QUE ANIMA** AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).”

(**ADPF 187/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, **que o direito de crítica e o direito ao dissenso** – desde que **não** resvalam, abusivamente, **quanto** ao seu exercício, **para o campo dos delitos contra a honra** – **encontram** suporte legítimo em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que de sua prática **possam resultar** posições, opiniões ou ideias **que não reflitam** o pensamento eventualmente prevalente em dado meio social **ou** que, até mesmo, **hostilizem** severamente, **por efeito** de seu

conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

**Memoráveis**, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), **proferidas**, em 1929, em notável e histórico voto vencido (**hoje qualificado** como uma “powerful dissenting opinion”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES **deixou positivado** um “dictum” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo**, a seguir, em livre tradução:

“(…) **but** IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.” (“**mas**, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, **é o princípio** que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade** do pensamento **apenas em favor** daqueles **que concordam** conosco, **mas**, sim, **a liberdade do pensamento** que nós próprios odiamos e reprovamos.”) (grifei)

**Trata-se** de fragmento histórico e retoricamente poderoso **que bem define o verdadeiro sentido da**

**proteção constitucional** à liberdade de manifestação do pensamento: **garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, proteger o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e**, até mesmo, **repudiamos!**

**Não se pode desconsiderar** o fato de que o exercício concreto, por qualquer cidadão, alunos ou professores das escolas e universidades, da liberdade de expressão **é legitimado pelo próprio texto** da Constituição da República, **que assegura**, a quem quer que seja, **o direito** de expender crítica **contra** quaisquer pessoas ou autoridades.

**Ninguém ignora** que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento.

**O pluralismo político** (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) **exprime**, por tal razão, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

**O sentido de fundamentalidade de que se reveste** a liberdade de expressão **permite** afirmar **que as minorias também titularizam**, **sem** qualquer exclusão ou limitação, **esse direito básico**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos e de suas reivindicações, **sendo completamente irrelevantes**, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, **por maiores**

*que sejam*, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, *ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares*.

**É por isso** que se mostra frontalmente inconstitucional **qualquer** medida que implique a inaceitável “*proibição estatal do dissenso*” **ou** de livre expressão do pensamento crítico.

**Cumpra por em evidência**, neste ponto, *a função contramajoritária* do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise *da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional.

**Na realidade**, Senhores Ministros, **esse tema** acha-se *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao *relevantíssimo* papel *que ao Supremo Tribunal Federal* incumbe desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos *da maioria ou, até mesmo, contra* abusos perpetrados *pelo próprio* Poder Público **e** seus agentes, **em ordem a impedir** a formação de um quadro *de submissão* de grupos minoritários *à vontade hegemônica* da maioria, **o que comprometeria, gravemente, por reduzi-lo, o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários, **tal como advertem** GERALDO

ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194) **e** PINTO FERREIRA (“**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**”, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT), *entre outros*.

**A preferência** do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores* consagrados pela Constituição da República.

5. *A vedação constitucional da censura e o exercício da jurisdição cautelar*

**Tenho assinalado**, de outro lado, *em diversas decisões que proferi* no Supremo Tribunal Federal, **que o exercício** da *jurisdição cautelar* por magistrados e Tribunais **não pode converter-se** em prática judicial **inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional** de expressão **e** de comunicação, **sob pena** – como já salientei *em oportunidades anteriores* – de o poder geral de cautela **atribuído** ao Judiciário **qualificar-se, perigosa e inconstitucionalmente**, como **o novo** nome *de uma inaceitável censura estatal* em nosso País.

**Não constitui demasia insistir** na observação

de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, **foi banida** do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – **reafirmando** a repulsa à atividade censória do Estado, **na linha** de anteriores Constituições brasileiras (**Carta Imperial** de 1824, art. 179, nº 5; **CF/1891**, art. 72, § 12; **CF/1934**, art. 113, nº 9; **CF/1946**, art. 141, § 5º) – **expressamente vedou** “(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (**CF/88**, art. 220, § 2º).

**O direito fundamental** à liberdade de expressão **é igualmente assegurado** pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 19), **adotado** pela Assembleia Geral da ONU em 16/12/1966 **e incorporado**, formalmente, ao nosso direito positivo interno em 06/12/1992 (**Decreto** nº 592/92).

**Vale mencionar**, ainda, **por sumamente relevante**, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, **promulgada** pela IX Conferência Internacional Americana, **realizada** em Bogotá, em abril de 1948, **cujo texto assegura a todos a plena** liberdade de expressão (Artigo IV).

A **Convenção Americana de Direitos Humanos**, *também denominada* Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, **garante** a qualquer pessoa **o direito** à livre manifestação do pensamento **e** à busca e obtenção de informações, **sendo absolutamente estranha a** esse importante estatuto do sistema interamericano de proteção aos direitos fundamentais **a ideia de censura estatal (Artigo 13)**.

**É interessante assinalar**, neste ponto, **até mesmo** como registro histórico, **que a ideia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente** nos trabalhos *de nossa primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa*, **reunida** em 03/05/1823 **e dissolvida**, por ato de força, em 12/11/1823.

**Com efeito**, ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA, **ao longo** dessa Assembleia Constituinte, **apresentou proposta que repelia**, de modo veemente, **a prática da censura** no âmbito do (**então**) nascente Estado brasileiro, **em texto** que, **incorporado** ao projeto da Constituição, **assim dispunha**:

“**Artigo 23** – Os escritos **não são sujeitos** à censura **nem antes nem depois** de impressos.” (grifei)

A **razão** dessa proposta de ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA **prendia-se ao fato** de que D. João VI **editara**, *então*, havia pouco mais de dois anos, em 02 de março de 1821, **um decreto régio que impunha** o mecanismo da censura, *fazendo-nos recuar*, naquele momento histórico, *ao nosso passado colonial*, **período em que prevaleceu** essa **inaceitável** restrição às liberdades do pensamento.

**Preocupa-me**, por isso mesmo, **o fato de que o exercício**, por alguns juízes e Tribunais, **do poder geral de cautela** tenha se transformado **em inadmissível instrumento de censura estatal**, com grave comprometimento da liberdade de expressão. **Ou**,

em uma palavra, como anteriormente já acentuei: **o poder geral de cautela tende**, hoje, perigosamente, **a traduzir o novo nome da censura, como adverte** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“(…) **O exercício da jurisdição cautelar** por magistrados e Tribunais **não pode converter-se** em prática judicial **inibitória**, **muito menos censória**, **da liberdade constitucional** de expressão e de comunicação, **sob pena** de o poder geral de cautela **atribuído** ao Judiciário **transformar-se**, **inconstitucionalmente**, **em inadmissível censura estatal**.”

(**Rcl 21.504-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Segunda Turma**)

**O fato é que não podemos** – *nem devemos* – **retroceder** neste processo de conquista e de reafirmação das liberdades democráticas. **Não se trata** de preocupação retórica, **pois o peso da censura** – ninguém o ignora – **é algo insuportável e absolutamente intolerável**.

**RUI BARBOSA**, em texto no qual registrou as suas considerações **sobre a atuação** do Marechal Floriano Peixoto **durante** a Revolução Federalista e a Revolta da Armada (“A Ditadura de 1893”), **após acentuar** que a “*rule of law*” **não podia** ser substituída **pelo império da espada**, **assim se pronunciou sobre a questão da censura estatal**:

“A Constituição **proibiu** a censura **irrestritamente**, **radicalmente**, **inflexivelmente**. **Toda lei**

preventiva **contra** os excessos da imprensa, **toda lei** de tutela à publicidade, **toda** lei de inspeção policial sobre os jornais **é**, por consequência, **usurpatória e tirânica**. **Se** o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros.” (grifei)

## 6. Conclusão

**Concluo o meu voto**, Senhores Ministros. **E**, ao fazê-lo, **acompanho** a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, **acolhendo**, integralmente, os fundamentos de sua **magnífica** decisão, **verdadeiramente antológica**, que, de maneira muito expressiva, **assinalou**, a partir do reconhecimento de que o pluralismo político **traduz** um dos fundamentos **inerentes** do Estado Democrático de Direito, **que** “*Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos individuais na diversidade dos indivíduos*”, **pois** as deliberações **emanadas** da Justiça Eleitoral e os comportamentos por tais atos autorizados **conflitam** com o direito de acesso igual e justo às informações e ao debate público reconhecido a todos os cidadãos da República, **garantindo-lhes** o direito de informar-se, de projetar suas ideias, ideologias e entendimentos, especialmente em espaços afetos, diretamente, à atividade do livre pensar e divulgar pensamentos plurais” (grifei).

**É o meu voto.**



## 11 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 – DF

**Homofobia e transfobia – Conceito de racismo.** [ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, acórdão pendente de publicação.]

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR  
OMISSÃO**

**DF - DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO**

**REQTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA**

**ADV.(A/S): PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI  
(242668/SP)**

**INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL**

**INTDO.(A/S): PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**ADV.(A/S): JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/  
BA)**

**ADV.(A/S): FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA  
(40645/BA, 31546/DF)**

**ADV.(A/S): EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/  
DF, 94500/MG)**

**AM. CURIAE.: GRUPO GAY DA BAHIA - GGB**

**ADV.(A/S): THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS,  
BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT**

**AM. CURIAE.: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVER-  
SIDADE SEXUAL - GADVS**

**ADV.(A/S): ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO  
BAHIA (83920/MG)**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS  
EVANGÉLICOS - ANAJURE**

**ADV.(A/S): JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E  
OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.: FRENTE PARLAMENTAR “MISTA” DA  
FAMÍLIA E APOIO À VIDA**

**ADV.(A/S): WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E  
OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDAD-  
ANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS**

**ADV.(A/S): ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA  
(0080651/PR) E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.: CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGRE-  
JAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM**

**ADV.(A/S): RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/  
DF) E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.: PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABA-  
LHADORES UNIFICADO - PSTU**

**ADV.(A/S): ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)**

**AM. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA**

**ADV.(A/S): VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)**

**ADV.(A/S): MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI  
(0025557/DF)**

**ADV.(A/S): BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/  
MG)**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVES-  
TIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA**

**ADV.(A/S): IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ,  
153396/RJ) E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.: DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO  
FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO  
DISTRITO FEDERAL**

**E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITU-  
CIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E**

**SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS** AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS **EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL** DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO **À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS** PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos **XLI e XLII**) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **POR OMISSÃO** COMO INSTRUMENTO **DE CONCRETIZAÇÃO** DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS **FRUSTRADAS**, EM SUA EFICÁCIA, **POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA** DO PODER PÚBLICO – A **SITUAÇÃO DE INÉRCIA** DO ESTADO **EM RELAÇÃO À EDIÇÃO** DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS **À PUNIÇÃO** DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS **EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA** – A **QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO”** – **SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO** AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E **(B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE** COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO **DE RACISMO PREVISTO NA LEI** Nº 7.716/89 – **INVIABILIDADE** DA FORMULAÇÃO, **EM**

**SEDE** DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, **DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO** EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, **EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM** SITUAÇÕES INDIVIDUAIS **OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL** DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MEDIANTE** PROVIMENTO JURISDICIONAL, **TIPIFICAR DELITOS E COMINAR** SANÇÕES DE DIREITO PENAL, **EIS QUE** REFERIDOS TEMAS **SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL** (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA** EM NOSSO PAÍS: “**O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME**” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “**TWO LOVES**”, **PUBLICADO** EM “**THE CHAMELEON**”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – **A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO”** (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): **UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR**

**EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA**

**REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO.**

**PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL**

– **Até que sobrevenha** lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas**

homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, **que envolvem** aversão odiosa à orientação sexual **ou** à identidade de gênero de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por** identidade de razão e mediante adequação típica, **aos preceitos primários** de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo, também, na hipótese** de homicídio doloso, *circunstância que o qualifica*, **por configurar motivo torpe** (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

**NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO**

– Os integrantes do grupo LGBTI+, como **qualquer** outra pessoa, **nascem iguais** em dignidade e direitos e **possuem** igual capacidade de autodeterminação **quanto** às suas escolhas pessoais *em matéria afetiva e amorosa*, **especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica**.

**Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado** de seus direitos (**entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento** que a Constituição e as leis da República **dispensam** às pessoas em geral) **ou sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero!

**Garantir** aos integrantes *do grupo LGBTI+* **a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto** à sua condição *quanto* às suas escolhas pessoais **pode significar**, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas **sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie**.

**AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL**

– O conceito *de racismo*, **compreendido** em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente** biológicos ou fenotípicos, **pois resulta**, enquanto manifestação de poder, **de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de justificar a desigualdade **e destinada ao controle** ideológico, **à dominação política, à subjugação social e à negação** da alteridade, da dignidade e da humanidade **daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem** ao estamento **que detém** posição

de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, **a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.

**COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA**

– **A repressão penal** à prática da homotransfobia **não** alcança **nem** restringe **ou** limita **o exercício da liberdade religiosa**, **qualquer** que seja a denominação confessional professada, **a cujos fiéis e ministros** (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás **ou** clérigos muçulmanos **e** líderes **ou** celebrantes das religiões afro-brasileiras, *entre outros*) **é assegurado o direito** de pregar **e** de divulgar, *livremente*, pela palavra, pela imagem **ou** por qualquer outro meio, o seu pensamento **e** de externar suas convicções **de acordo** com o que se contiver em seus livros **e** códigos sagrados, **bem assim o de ensinar** segundo sua orientação doutrinária **e/ou** teológica, **podendo buscar e conquistar** prosélitos **e** praticar **os atos** de culto **e** respectiva liturgia, **independentemente** do espaço, *público ou privado*, de sua atuação *individual ou coletiva*, **desde que** tais manifestações **não configurem discurso de ódio**, **assim entendidas** aquelas exteriorizações **que incitem** a discriminação, a

hostilidade **ou** a violência **contra** pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

**TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE**

– **As ideias**, nestas compreendidas as mensagens, **inclusive** as pregações de cunho religioso, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

**O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644,**

1929): o célebre voto vencido (“*dissenting opinion*”) do *Justice* OLIVER WENDELL HOLMES JR..

É por isso que se **impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias, **especialmente as de natureza confessional, possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe de sufocar opiniões divergentes, legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo e à tolerância**.

– **O discurso de ódio**, *assim entendidas* aquelas exteriorizações e manifestações **que incitem** a discriminação, **que estimulem** a hostilidade **ou que provoquem** a violência (física **ou** moral) **contra** pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero, **não encontra amparo** na liberdade *constitucional* de expressão **nem** na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), *que expressamente o repele*.

**A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA**

**AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO**

A *omissão* do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor extensão*, **a imposição** ditada pelo texto constitucional (*como aquela* que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* de intensa gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, *a própria aplicabilidade* dos postulados da Lei Fundamental. **Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**.

– *Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo* do que elaborar uma Constituição *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou, então**, do que a promulgar *com o intuito de apenas* executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes **ou** de grupos majoritários, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos **ou, muitas vezes**, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade**.

– **A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar**

legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, **destina-se a impedir** o desprestígio da Lei Fundamental, **a neutralizar** gestos de desprezo pela Constituição, **a outorgar proteção** a princípios, direitos e garantias nela proclamados **e a obstar**, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. **Doutrina. Precedentes do STF.**

## VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

### **1. Uma brevíssima constatação**

**Sei** que, **em razão** de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (**que compõem** os denominados “*grupos vulneráveis*”), **serei inevitavelmente incluído** no “*Index*” **mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam** o pensamento crítico, **que repudiam** o direito ao dissenso, **que ignoram** o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, **que se apresentam** como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – **desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre** visões de mundo antagônicas!!!! **Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quanto atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais** de qualquer pessoa, **independentemente**

de suas convicções, orientação sexual e percepção **em torno** de sua identidade de gênero, **é a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal, **a quem incumbe** fazer prevalecer, *sempre*, **no exercício irrenunciável** da jurisdição constitucional, **a autoridade e a supremacia** da Constituição e das leis da República.

### **2. A controvérsia constitucional**

O autor da presente ação constitucional **sustenta** que o Congresso Nacional, *agindo com preconceituosa indiferença em relação* à comunidade LGBT, **tem permitido, em razão de sua inércia, a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, essencialmente caracterizadas por atos** de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua própria vida ou sua dignidade sexual, **inclusive** mediante cometimento de estupros coletivos e corretivos (**CP**, art. 226, IV, “a” e “b”, **na redação** dada pela Lei nº 13.718/2018), condutas essas geralmente impregnadas de visceral ódio homofóbico e/ou transfóbico.

A agremiação partidária **denuncia**, em sua postulação, o Poder Legislativo da União, **afirmando** que estaria ele **descumprindo, quanto aos integrantes desse grupo vulnerável, o mandamento constitucional que impõe** ao Estado **o 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** das vítimas de tais práticas discriminatórias.

**O fundamento em que se apoia** a pretensão de inconstitucionalidade **deduzida** pelo autor nesta sede processual **reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo**, tal como concebida, *na latitude dessa expressão*, pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)**, de tal modo que o legislador ordinário, **ao restringir-se, tão somente, a dispensar** 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, desse modo**, por omissão, **o que estabelece** a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII).

**Alega-se, de outro lado, que a discriminação dirigida** contra os integrantes da comunidade LGBT, **além de estar compreendida** na noção conceitual de racismo (CF, art. 5º, XLII), **encontra-se igualmente alcançada** pela norma constitucional **que preconiza** a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI), **a significar, de acordo com o autor, que também** essa cláusula constitucional **submete** o Congresso Nacional **à obrigação de editar** o diploma legislativo necessário **à incriminação dos atos e comportamentos resultantes** de discriminação ou de preconceito

contra pessoas **em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero**.

A agremiação partidária **autora** da presente ação direta **ênfatiza o caráter lesivo resultante** dessa omissão normativa **imputada** ao Congresso Nacional, **assinalando que a superação irrazoável** do lapso temporal necessário à implementação das medidas **determinadas** pelo texto constitucional (CF, art. 5º, XLI e XLII) **tem causado indevida frustração à legítima pretensão** dos integrantes da comunidade LGBT **à proteção** do Estado **em face** dos atos e comportamentos discriminatórios **que atentam, gravemente, contra a sua dignidade, além dos injustos gravames** de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, **o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício**, por esse grupo vulnerável, da liberdade de projetar sua própria vida **e de aspirar à busca da felicidade, em conformidade com sua orientação sexual ou em harmonia com sua identidade de gênero**.

**Essa alegada omissão imputada** ao Congresso Nacional **ensejaria, ainda, nos termos** da postulação ora deduzida, **a responsabilidade civil** da União Federal, **cujo comportamento negligente** no combate à homofobia e à transfobia **teria, supostamente, propiciado** a ocorrência de graves ofensas e agressões **às vítimas** de tais condutas, **fazendo emergir, em decorrência do quadro de abandono a que foram expostas, o dever do Estado de indenizá-las** pelos danos morais e/ou patrimoniais por elas sofridos.

A **Presidência** do Senado Federal, *em informações complementares*, **reitera a sua oposição** ao acolhimento do pedido **formulado** nesta sede de controle abstrato, **ênfatizando** que nova proposição legislativa (PLS nº 515/2017), **de iniciativa comissional** (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa), **ora em análise** perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, **sob relatoria** do Senador SÉRGIO PETECÃO, **foi apresentada** com seguinte teor:

**“PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 515, DE 2017**

**Altera** a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **para punir** a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º A** **ementa da** Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, **passa a vigorar com** a seguinte redação:

*‘Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. (NR)’*

**Art. 2º** A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, *passa a vigorar com as seguintes alterações:*

**‘Art. 1º** Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.’ (NR)

**‘Art. 8º** Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público.

**Pena:** reclusão de um a três anos.

**Parágrafo único:** Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas.’ (NR)

**‘Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

**Pena:** reclusão de um a três anos e multa. (NR)’

**Art. 3º** O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 140.(...)  
(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

(...) (NR)’

**Art. 4º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (grifei)

### 3. Os pedidos

**Busca-se**, desse modo, **neste** processo de fiscalização normativa abstrata, **o reconhecimento formal**, por esta Suprema Corte, **da existência de situação de omissão inconstitucional imputável** ao Poder Legislativo, **determinando-se**, em consequência, **a cientificação** do Congresso Nacional, **para que adote** as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF, art. 5º, XLI e XLII), **estabelecendo-se** prazo razoável para esse fim.

**Postula-se**, ainda, em caráter subsidiário, **a 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 a Constituição* (CF, art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados **em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero** dos integrantes da comunidade LGBT **acham-se compreendidos** na definição ampla de racismo.

**Caso não prevaleça** esse entendimento, **requer-se** que o Supremo Tribunal Federal, **inovando** na ordem positiva, **tipifique**, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo**, também, a respectiva cominação penal, **superando-se**, desse modo, **embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio** segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

**Pleiteia-se**, finalmente, **o reconhecimento** da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, **condenando-se** a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa **a indenizarem** as pessoas do grupo LGBT **prejudicadas** pelo comportamento omissivo ora **imputado** ao Estado.

**Esses**, pois, **os limites materiais** que identificam **a presente** demanda constitucional, **tal como exposta** pela agremiação partidária que, **ao fazer instaurar** o processo de controle normativo abstrato, **deduziu** a pretensão de inconstitucionalidade ora em julgamento.

#### **4. Definições e questões terminológicas**

**Presente o contexto ora delineado, entendo relevante fazer** algumas observações prévias que reputo essenciais à formulação do meu voto.

**É preciso esclarecer, desde logo, que a sigla LGBT, no contexto dos debates nacionais e internacionais sobre a questão da diversidade sexual e de gênero, tem sido utilizada para designar a comunidade global** das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, **além de outras definidas por sua orientação sexual ou identidade de gênero.**

**A expressão LGBT**, além de possuir a virtude de haver sido formulada **pela própria** comunidade que designa, **atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização**, no Brasil, em 08/06/2008, **na I Conferência Nacional** de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (**convocada** por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), **cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome** que o acrônimo LGBT **adquiriu** no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, **sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas**, especialmente com o propósito **de fazer incluir**, em sua definição, *as pessoas que se identificam como “queer” (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI),*

*as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+).*

O decreto presidencial em questão, **ao convocar essa I Conferência Nacional, que se realizou** sob os auspícios da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, **objetivou duas metas específicas:**

*“I – **propor as diretrizes** para a implementação de políticas públicas e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT;*

*II – **avaliar e propor estratégias** para fortalecer o Programa Brasil Sem Homofobia.” (grifei)*

**É possível constatar**, a partir dessa breve exposição, **que a comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, caracteriza-se, na verdade, pela diversidade** de seus integrantes, **sendo formada** pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, **apresentando** elevado grau de diferenciação entre si, **embora** unidos por um ponto comum: *a sua absoluta vulnerabilidade agravada* por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

**As várias formas de expressão** da diversidade sexual humana, **que reflete aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa,**

**compõem** um universo conceitual que gravita **em torno** das noções de sexo, de gênero e de sexualidade, consoante assinalado pela literatura especializada (JONAS ALVES DA SILVA JUNIOR, “**Uma Explosão de Cores: Sexo, Sexualidade, Gênero e Diversidade**”, *in* “Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos, organizado por Tereza Rodrigues Vieira, p. 12/14, 2012, Consulex; ROGER RAUPP RIOS, “**Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: A Compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por Motivo de Sexo**”, *in* “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, coordenado por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan”, p. 705/717, item n. 4, 2008, Lumen Juris; VIVIANE GIRARDI, “**Direito Fundamental à própria Sexualidade**”, *in* “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 367/370, item n. 3, 3ª ed., 2017, RT, v.g.).

**A designação do sexo da pessoa**, *sob perspectiva estritamente biológica*, **diz respeito** à sua conformação física e anatômica, **restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos** (cromossomos femininos ou masculinos), **gonadais** (ovários ou testículos), **genitais** (pênis ou vagina) **ou morfológicos** (aspectos físicos externos gerais). **Esse critério dá ensejo** à ordenação das pessoas, *segundo sua designação sexual*, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).

**Já a ideia de gênero**, assentada em fatores psicossociais, **refere-se** à forma como é culturalmente identificada, *no âmbito social*, **a expressão**

da masculinidade e da feminilidade, **adotando-se como parâmetro**, *para tanto*, **o modo de ser** do homem e da mulher em suas relações sociais. **A 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** à pessoa em razão sua conformação biológica. **É possível verificarem-se**, *desse modo*, **hipóteses de 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**).

**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), **cabendo destacar**, *por sua alta relevância*, **a noção conceitual veiculada pela Organização Mundial de Saúde sobre essa dimensão fundamental da experiência existencial dos seres humanos** (“**Sexual Health, Human Rights and Law**”, p. 5, item n. 1.1, 2015):

***“A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual.” (grifei)***

Os aspectos que venho de ressaltar **evidenciam a centralidade** que adquirem **as noções de sexo, de gênero e de sexualidade na definição da orientação sexual e da identidade de gênero das pessoas.**

**É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos 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.**

**Essa importante Carta de Princípios, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, fez consignar as seguintes considerações:**

## **“INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**

***Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.***

***(...)***

***Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.***

***Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam.***

***O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.” (grifei)***

Nesse documento, que se apresenta impregnado de relevante significado, **assim se definiu o sentido conceitual** de orientação sexual e de identidade de gênero:

**“1) Compreendemos orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

**2) Compreendemos identidade de gênero** a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.” (grifei)

O ilustre Advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“**Constitucionalidade e Dever Constitucional da Classificação da Homofobia e da Transfobia como Crimes de Racismo**”, p. 88/89,

item n. 1.1, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, **coordenado** por Maria Berenice Dias, 3ª ed., 2017, RT), **ao discorrer sobre os conceitos** de orientação sexual, identidade de gênero, homofobia e transfobia, **expende** as seguintes considerações:

**“(…) De forma mais objetiva, em termos identitários, pode-se dizer que a orientação sexual** refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, **por se referir** ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, **ao passo que a identidade de gênero refere-se** à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica. **Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero real ou atribuída** no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia **tanto quando** as vítimas sejam agredidas/discriminadas/ofendidas/ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não heterossexual cisgênera **e também quando as vítimas** são heterossexuais, **mas são confundidas** com LGBT, **ou seja**, são agredidas por terem a si atribuída uma orientação sexual ou identidade de gênero **distinta** da sua (adiante se trazem exemplos disso).

**A homofobia se refere** ao preconceito e/ou à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais, **ao passo que transfobia é o preconceito** e/ou a discriminação **contra** travestis,

transexuais e transgêneros em geral. **Com efeito**, segundo Roger Raupp Rios, **heterossexismo** é ‘um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito’, **sendo que ‘homofobia** é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais’, **o mesmo valendo para a transfobia** relativamente a travestis, transexuais e transgêneros em geral, com o cissexismo o sistema social **pelo qual a cisgeneridade é institucionalizada** como norma social, política, econômica ou jurídica, seja de modo explícito ou implícito.” (grifei)

Assentadas tais premissas, passo a analisar, como anteriormente ressaltado **ao iniciar** o meu voto, **as questões preliminares** concernentes à admissibilidade dos pedidos **formulados** pela agremiação partidária **autora** da presente ação constitucional.

##### **5. A questão da “ideologia de gênero”**

**É preciso enfatizar**, neste ponto, **que o gênero e a orientação sexual** constituem elementos essenciais e estruturantes **da própria** identidade da pessoa humana, **integrando** uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade, **consoante expressiva advertência** de autorizado magistério doutrinário (MARIA BERENICE DIAS, “Homoafetividade e Direitos LGBTI”, p. 123/125, item n. 7.3, 7ª ed., 2016, RT; VIVIANE GIRARDI,

“Direito Fundamental à Própria Sexualidade”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 366/370, 2017, RT; RODRIGO BERNARDES DIAS, “Estado, Sexo e Direito”, pág. 59/69, item n. 1.7.2, 2015, SRS; GIOVANNA BIANCA TREVIZANI, “Meu Corpo, Minhas Regras: A Transexualidade sob a Luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito”, “in” “Homotransfobia e Direito Sexuais – Debates e Embates Contemporâneos”, p. 98/100, 2018, Autêntica, v.g.).

**Não obstante** as questões de gênero envolvam, inegavelmente, aspectos fundamentais **relacionados** à liberdade existencial **e** à dignidade humana, **ainda assim integrantes** da comunidade LGBT **acham-se expostos**, por ausência de adequada proteção estatal, **especialmente** em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, a ações de caráter segregacionista, **impregnadas de inequívoca coloração homofóbica**, **que visam a limitar**, quando não a suprimir, **prerrogativas essenciais** de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, **culminando**, até mesmo, em **algumas** situações, **por tratá-los**, absurdamente, **a despeito** de sua inalienável condição de pessoas **investidas** de dignidade **e** de direitos, **como indivíduos destituídos** de respeito **e** consideração, **degradados** ao nível de quem **sequer tem direito a ter direitos**, **posto que se lhes nega**, mediante discursos autoritários e excludentes, o

reconhecimento da legitimidade **de sua própria** existência.

**Para esse fim**, determinados grupos políticos e sociais, **inclusive** confessionais, **motivados** por profundo preconceito, **vêm estimulando** o desprezo, **promovendo** o repúdio **e disseminando** o ódio contra a comunidade LGBT, **recusando-se a admitir**, até mesmo, **as noções** de gênero **e** de orientação sexual **como aspectos inerentes** à condição humana, **buscando embaraçar**, quando não impedir, o debate público **em torno** da transsexualidade **e da homossexualidade**, **por meio da arbitrária desqualificação** dos estudos **e da inconcebível negação** da consciência de gênero, **reduzindo-os** à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”), **tal como denuncia** o Advogado e Professor PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, em substanciosa obra sobre o tema, **de cujo teor extraio o seguinte fragmento** (“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais do Legislativo”, p. 441, item n. 1, 2019, Pessotto):

**“Veja-se a que ponto chega a ideologia de gênero** heteronormativa e cisnormativa, **ao impor a heterossexualidade e a cisgeneridade compulsórias: quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero**, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas, **que impõem um tipo específico de masculinidade,**

**absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens, como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade**, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas **na expressão bela, recatada e do lar. Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem ‘ousa’ delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja**, sob o espantelho moral **criado** por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral, **relativamente à chamada ideologia de gênero** (sic), **para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cisnormatividade**, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cis-gêneras, **bem como** o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero (as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras, **que se configuram** como as ‘maiorias sexuais’, **no sentido** do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade), **cabe destacar que, se algo aqui é ‘ideológico’, no sentido pejorativo (...)** **de algo contrário à realidade objetiva, é a tese** que defende **que as pessoas ‘nascem’ heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual** (sic), posteriormente, **passam a ‘escolher alguma identidade sexual** não-heterossexual **ou identidade de gênero** transgênera.” (grifei)

**Essa visão de mundo**, Senhores Ministros, **fundada na ideia**, *artificialmente construída*, de que as diferenças biológicas **entre** o homem e a mulher **devem determinar** os seus papéis sociais (“*meninos vestem azul e meninas vestem rosa*”), **impõe**, *notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT*, **uma inaceitável restrição** às suas liberdades fundamentais, **submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo**, **incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam** uma sociedade democrática, **impondo-lhes, ainda, a ob-servância** de valores que, **além de conflitarem** com sua própria vocação afetiva, **conduzem à frustração** de seus projetos pessoais de vida.

**É por isso** que SIMONE DE BEAUVOIR, em sua conhecida obra “**O Segundo Sexo**” (“*Le Deuxième Sexe*”, **tomo I**, “*Les Faits et Les Mythes*” e, **tomo II**, “*L’expérience Vécue*”, Ed. Gallimard), **escrita** em 1949, **já manifestava** a sua percepção **em torno da realidade de que sexo e gênero constituem** expressões conceituais **dotadas** de significado e de sentido próprios, **sintetizando**, em uma fórmula tipicamente existencialista e fenomenológica, de caráter tendencialmente feminista (**op. cit.**, **vol.** 2/11, 3ª ed., 2016, Ed. Nova Fronteira), que “*On ne naît pas femme: on le devient*” (“**Ninguém nasce mulher: torna-se mulher**”).

**Isso significa**, portanto, **como já se escreveu**, **que a liberdade e a autenticidade de cada ser humano constituem valores revestidos de inquestionável**

essencialidade, **a revelar** que o indivíduo, **sendo fator** de seu próprio destino, **deve conduzir** a sua vida **segundo** suas escolhas **fundadas** em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete **no exercício** de sua liberdade pessoal e **na prática efetiva** de sua capacidade de autodeterminação.

**É essa percepção** que permite estabelecer **distinção entre sexo e gênero**, **valendo destacar**, *por bastante esclarecedora*, **a seguinte passagem** de DANIEL GOMES DE CARVALHO, **que é Professor** de Filosofia e Sociologia, Doutor em História Social e autor de vasta produção bibliográfica em sua área de especialização:

“**De acordo com esse ponto de vista, o sexo é** um fator biológico, **ou seja**, ligado à constituição físico-química do corpo humano. **Outra coisa é o gênero**. Quando se fala **em ‘gênero feminino’**, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser mulher’; quando se fala **em ‘gênero masculino’**, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser homem’. **Do ponto de vista**, o gênero **não é** biológico-natural, **mas um constructo social**. **Em outras palavras**, ‘ser homem’ ou ‘ser mulher’ **não é um dado natural**, mas performático e social, **de maneira que**, ao longo da história, **cada** sociedade **criou** os padrões de ação e comportamento de determinado gênero.

**A orientação sexual**, isto é, **a quais gêneros**

nos sentimos atraídos (física, romântica ou emocionalmente), por sua vez, **seria ainda um terceiro fator**, diferente do gênero ou do sexo. **A liberdade de construção do gênero e da orientação sexual, diferentemente** do dado biológico do sexo (...) **dialoga** com o existencialismo. **Lembre-se**: existencialismo é uma filosofia **que enxerga o homem como constructo de si mesmo: pelas suas escolhas, é possível construir a própria existência.** Evidentemente, para os existencialistas, quando nascemos, já existe uma sociedade pronta, repleta de regras e padrões. **Mas**, como dizia Sartre, **não importa** o que os outros fizeram conosco, **mas o que fazemos com o que fizeram com os outros.** Nesse sentido, a liberdade de escolha de gênero **seria uma maneira** de exercermos essa liberdade existencial.” (grifei)

**A importância do tema** que ora se examina **acha-se bem realçada** pela existência, nesta Suprema Corte, **de inúmeros processos** de controle normativo abstrato (ADPF 457/TO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – ADPF 462/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN – ADPF 465/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ADPF 522/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADPF 536/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) **que têm por objeto** diplomas legislativos e outros atos estatais **que buscam**, no âmbito do sistema educacional dos Estados e dos Municípios brasileiros, **impedir** a implementação de medidas **fundadas** na “ideologia de

gênero”, **proibindo**, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, **a adoção** dos estudos de gênero **e** de orientação sexual, **o que levou** o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, **ao deferir** provimento cautelar requerido **na ADPF 461/DF**, de que é Relator, **a expor as seguintes reflexões**:

**“A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência; implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado.”** (grifei)

**Essa injustificável negação** da realidade social **e** dos aspectos inerentes à personalidade humana **objetiva impedir**, arbitrariamente, que os membros da comunidade LGBT **possam reivindicar**, legitimamente, **o direito de exercerem**, com plena liberdade, as prerrogativas **inerentes** à sua condição pessoal **e de pretenderem acesso à proteção estatal** no âmbito de suas relações socioafetivas.

**O Supremo Tribunal Federal**, em diversas ocasiões, **veio a assinalar que o 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, inclusive daquela que compõe o grupo LGBT, poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como esta Corte já o fez quando do julgamento da união civil homoafetiva (**ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ**, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, **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. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN):**

**“1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.**

**2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana** e, como tal, **cabe ao Estado apenas** o papel de reconhecê-la, **nunca** de constituí-la.

**3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade,**

**dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.**

**4. Ação direta julgada procedente.”**

(**ADI 4.275/DF**, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)

**“2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo**

da Carta Magna **a respeito** do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito à auto-estima** no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual.** O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. **Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...).**”

(ADI 4.277/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

**É importante não desconhecer**, Senhores Ministros, que esse **mesmo** entendimento **veio a ser acolhido** em procedimento consultivo **instaurado** por iniciativa da República da Costa Rica (**Parecer Consultivo** OC-24/2017), **em cujo âmbito** a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **ao interpretar as cláusulas** do Pacto de São José da Costa Rica, **formalmente incorporado** ao ordenamento positivo brasileiro (**Decreto** nº 678/1992), **reafirmou**, na linha de diversos outros instrumentos convencionais **adotados** no âmbito do sistema global de direitos

humanos, **a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual** da pessoa humana **e a indispensabilidade** do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno **das diversas expressões de gênero e da sexualidade**, **vindo a assentar**, sobre tais aspectos, **as seguintes conclusões**:

**“a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada** (supra, pars. 88 e 89);

**b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana** (supra, par. 90);

**c) O direito à identidade inclui**, por sua vez, **outros direitos**, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, **embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa** (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (supra, par. 90);

**d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2** (supra, par. 98);

**e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida**

**privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência**, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93);

**f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento** (supra, par. 94);

**g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento**, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, **acabam sendo traços** que dependem da apreciação subjetiva **de quem o detém e descansam** em uma construção da identidade de gênero **autopercibida**, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95).

**h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos** (supra, par. 99);

**i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero**, incluindo a proteção contra

a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e

**j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas** (supra, par. 100).” (grifei)

**6. Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos**

**O exame** dessa questão **leva-me a reconhecer** que, **em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, revela-se inviável a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida** com o objetivo de reparar danos morais **e/ou** patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros, **seja ela postulada** em caráter individual, **seja ela formulada** em defesa de interesses coletivos ou transindividuais.

**Torna-se relevante insistir na asserção** de que, **no processo de fiscalização normativa abstrata, em cujo âmbito instauram-se** relações processuais objetivas, **visa-se a uma só finalidade: a tutela objetiva** da ordem constitucional, **sem vinculações**

quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou de natureza concreta.

**A razão de ser desse entendimento – adverte** o magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 1.296/1.297, item n. 2.1., 12ª ed., 2017, IDP/Saraiva; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 141/145, item n. 3.2.2, 2ª ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, “**Ação Declaratória de Constitucionalidade**”, p. 106, 2ª ed., 1995, Forense; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 192/193, item n. 9.9.1, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 89, item n. 109, 3ª ed./2ª tir., 2003, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “**Direito Constitucional**”, p. 755/756, item n. 9.2, 27ª ed., 2011, Atlas, v.g.) – **repousa** na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata **qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 131/1001**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 136/467**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **repelindo**, por isso mesmo, **qualquer** pretensão que vise a **resguardar** interesses individuais supostamente lesados em face de situações concretas.

**Essa visão do tema – que bem reflete** a diretriz jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte – **foi exposta**, de modo claro, por DIRLEY DA CUNHA

JÚNIOR (“**Controle Judicial das Omissões do Poder Público**”, p. 546/547, item n. 5, 2004, Saraiva), **em lição na qual, ao analisar os efeitos da decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, formula** as seguintes observações:

“(…) **Não satisfaz** ao propósito constitucional, outrossim, **cogitar-se de outros meio alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado** pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. **O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão**, que representa providência **meramente ancilar** no controle de constitucionalidade por omissão.

**A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantando as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição.**” (grifei)

**Cumpre insistir**, bem por isso, **que o sistema** de controle normativo **abstrato** de constitucionalidade **não permite** que, em seu âmbito, **discutam-se interesses individuais nem se examinem situações concretas.**

**Vale lembrar**, por oportuno, **que o processo**

de fiscalização concentrada de constitucionalidade – **por revestir-se de caráter objetivo** – **destina-se** a viabilizar “o julgamento **não de uma relação jurídica concreta**, mas de validade **de lei em tese** (...)” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

**A importância de qualificar-se** o controle normativo **abstrato** de constitucionalidade **como processo objetivo** – **vocacionado**, como precedentemente enfatizado, **à proteção** “**in abstracto**” da ordem constitucional – **impede**, por isso mesmo, a apreciação de **qualquer** pleito **que vise a resguardar situações de expressão concreta ou de interesses de caráter individual**.

**É preciso ter presente** que o processo de controle das omissões inconstitucionais, **em face do seu perfil objetivo**, **encerra** um juízo em torno do **reconhecimento da existência de imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e da configuração de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável**, de outro.

**Não podem constituir** objeto de análise, neste processo de controle concentrado, **as circunstâncias de fato e os elementos de prova** cuja constatação **permitiria** – **após necessária dilação probatória** – **determinar**, como pretendido pela agremiação partidária autora, a responsabilidade civil **objetiva** não só da União Federal, **mas**, também, de seus congressistas (CF, art. 37, § 6º).

**Vê-se, daí, que o exame da pretensão de índole reparatória formulada pelo autor, além de importar**

na investigação de situações concretas **e** na discussão de interesses individuais, **implicaria** **aprofundada análise de elementos probatórios, o que se revela inadmissível** neste processo de controle normativo abstrato, **considerado, estritamente, o teor do pleito ressarcitório deduzido** pela agremiação partidária.

**Vale registrar, por oportuno, que essa impossibilidade** em torno **da concreta produção probatória dos pressupostos legitimadores** da incidência da cláusula **inscrita** no art. 37, § 6º, da Constituição, **referentemente a situações individuais ou transindividuais, não** afeta **nem** compromete o direito material **eventualmente** titularizado pelo ofendido, **a quem fica assegurado, por isso mesmo, o acesso** às vias processuais ordinárias, **em cujo âmbito poderá, valendo-se de todos os meios de prova disponíveis, demonstrar** o dano moral ou patrimonial que lhe foi infligido **e comprovar** o nexo de causalidade material **entre** o comportamento estatal omissivo **e** a consumação do resultado lesivo por ele sofrido.

**Isso significa, portanto, que, em face da natureza objetiva** de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **nele não se discutem situações concretas** (RTJ 170/801-802, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **eis que inadmissível proceder-se** à “defesa de direito subjetivo” (Min. CÉLIO BORJA, “in” ADI 647/DF – RTJ 140/36-42) **ou à consideração de interesses concretos em sede** de controle normativo abstrato:

**“CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS**

– O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). ”

(RTJ 164/506-509, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**É por esse motivo** que o eminente Advogado e Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, **ao examinar** essa questão, **esclarece** que, **“enquanto a omissão inconstitucional – a ilicitude – é caracterizada na decisão proferida** na ação direta de

inconstitucionalidade por omissão, **o dano e o nexo de causalidade dependem da propositura da ação individual** em que se peça o ressarcimento contra o Estado” (INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 1.310, item n. 8.70, 6ª ed., 2017, Saraiva – grifei).

7. **Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal**

**Cabe indagar**, neste ponto, **se se revela viável**, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, **colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão** denunciada **pelo autor** da presente ação direta, **procedendo-se à tipificação penal** de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo-se**, ainda, **a respectiva cominação penal, superando-se**, desse modo, **tal como expressamente pretendido pelo PPS, o princípio** segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

**Entendo que não.** É que a pretensão em referência – **por importar em inadmissível substituição** do Congresso Nacional – **veicula clara transgressão** ao postulado constitucional da separação de poderes **e**, também, **ofensa manifesta** ao princípio da reserva absoluta de lei formal **em matéria de índole penal**.

**Como se sabe, a definição típica** das condutas delituosas **está subordinada** ao postulado

constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), **o que inviabiliza qualquer** pleito cujo acolhimento **implique** *desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade* de utilização de provimento **jurisdicional como sucedâneo** de norma legal.

**Ninguém pode ignorar** que, *em matéria penal, prevalece, sempre*, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.

Esse princípio, **além** de consagrado **em nosso** ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), **também encontra** *expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam* atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.

**Não se pode desconhecer**, portanto, **considerado** o princípio constitucional *da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsu-me-se* ao âmbito **das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado** da reserva de Parlamento, **como adverte autorizado magistério doutrinário** (FERNANDO GALVÃO, “Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO

DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentário ao Código Penal”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

**Daí a precisa observação** feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT) **no sentido de que**, “*no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade* (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei **não** aprovada pelo Parlamento **não é válida (...)**” (grifei).

**Não cabe**, pois, ao Poder Judiciário **atuar na anômala condição de legislador positivo** (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, **em assim agindo**, proceder **à imposição de seus próprios critérios, afastando**, desse modo, **os fatores** que, **no âmbito** de nosso sistema constitucional, **só**

*podem ser validamente definidos pelo Parlamento* (J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina).

*Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – **que não dispõe** de função legislativa – **passaria** a desempenhar atribuição *que lhe é institucionalmente estranha* (a de legislador positivo), **usurpando**, desse modo, **no contexto** de um sistema de poderes **essencialmente** limitados, **competência** *que não lhe pertence*, com **evidente** transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.*

**Não constitui demasia observar**, por oportuno, **que a reserva de lei** – consoante **adverte** JORGE MIRANDA (“**Manual de Direito Constitucional**”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – **traduz postulado revestido de função excludente**, de caráter negativo (**que veda**, nas matérias a ela sujeitas, **como sucede** no caso ora em exame, **quaisquer** intervenções, *a título primário*, de órgãos estatais **não legislativos**), **e cuja incidência também reforça**, positivamente, **o princípio que impõe** à administração **e à jurisdição a necessária submissão** aos comandos **fundados em norma legal, de tal modo que**, conforme **acentua** o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “**quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou judiciais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão**” (grifei).

**Isso significa**, portanto, **que somente lei interna pode** qualificar-se, **constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora** da regulação normativa **concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão** de qualquer outra fonte formal, **como** os provimentos de índole jurisdicional.

**Superada a questão referente à inidoneidade jurídico-processual** de imposição de condenação civil ao Poder Público **em razão de sua inércia inconstitucional, passo a examinar**, Senhor Presidente, *a relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto, para breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente causa.*

8. *Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País: “O amor que não ousa dizer o seu nome” (Lord Alfred Douglas, do poema “Two Loves”, publicado em “The Chameleon”, 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde)*

A questão *da homossexualidade*, surgida em um momento *no qual ainda não se debatia o tema* pertinente à “ideologia de gênero”, **tem assumido**, em nosso País, **ao longo** de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, **graves proporções** que tanto afetam as pessoas **em virtude** de sua orientação sexual (**ou, mesmo**, de sua identidade de gênero), **marginalizando-as, estigmatizando-as**

**e privando-as** de direitos básicos, **em contexto social** que lhes é claramente *hostil e vulnerador* do postulado da essencial dignidade do ser humano.

**Se revisitarmos** a legislação reinol que Portugal **impôs** ao Brasil em nosso período colonial, **e analisarmos** as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como “*liber terribilis*”, **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa)** com que as autoridades da Coroa **perseguiram e reprimiram os homossexuais**.

**É interessante observar** que *as Ordenações do Reino* – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por evidente *hostilidade* aos atos de sodomia, **também qualificada** como “*pecado nefando*” (**ou**, na expressão literal daqueles textos legislativos, **como** “*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, **cominaram** sanções gravíssimas que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do “*supplicium extremum*” **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por “*desviantes*”, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, *em Dissertação de Mestrado* (“**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**”, Niterói, UFF, 2010):

**“As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao**

**preverem penas bastante severas aos sodomitas**, incluindo a morte, **como já assinalavam**, no século XV, **as ‘Ordenações Afonsinas’**. **A pena capital** foi confirmada pelas leis posteriores, **quando houve** melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. **As ‘Ordenações Manuelinas’** (1514/1521) **mantiveram a fogueira** para os transgressores, **equipararam o crime de sodomia** ao de lesa-majestade, **ou seja, quem cometesse um ato sodomítico** sofreria **as mesmas sanções de quem traísse** a pessoa do rei **ou** o seu real estado, **declarando** que “*todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor*”.

**Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes** a ocupação de cargos públicos, **além de incitar** a delação, **prometendo** um terço da fazenda dos acusados **aos que apontassem culpados**, “*em segredo ou em publico*”. Aquele que soubesse de algum “*desviante*” e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

**Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino** previa que, **em caso** de delação, que culminasse na prisão do acusado, *lhe fosse* perdoada toda pena cível, “*é crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)*”. **As disposições** ali registradas **valiam tanto** para os que pecaram **antes** de sua

promulgação **quanto** para os que, porventura, cometessem o dito crime **dali** em diante.

**As regras valiam também para a sodomia feminina**, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

**As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas** de qualquer qualidade, **incluídas** as mulheres, **mantendo o confisco** de bens e **a infâmia** de seus descendentes, **da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade**. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. **Em caso** de delatados despossuídos, **a Coroa pagaria cem cruzados** ao ‘descobridor’, **quantia** que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. **Da mesma forma** que as Manuelinas, **condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo** os que não colaborassem com a justiça e **reafirmavam** a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

(...)

**Esse código legislativo apresentou inovações** que merecem ser destacadas. **O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer**. A molície entre pessoas **do mesmo sexo**, que **não** constava nas duas primeiras ordenações, **passou a ser punida** gravemente com a pena do degredo para as galés ‘e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia **do peccado**’:

(...)

**Duas testemunhas** de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. **Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia**. As ‘Ordenações Afonsinas’ observaram apenas os atos sodomíticos em si e as ‘Ordenações Manuelinas’ incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), **além do uso** de roupas de homens por mulheres e vice-versa. **Nos Códigos Filipinos, ainda que os ‘tocamentos desonestos’ não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos** com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

**Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia**. **Sempre** que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, **conforme** o Direito, **bastassem, o sujeito era enviado para o tormento**, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas **que tivessem cometido sodomia ou soubessem** de sua prática. **A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum** nos códigos legislativos europeus. (...).

**Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões**

*era tamanha que as ‘Ordenações Manuelinas’ aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com ‘medo da dor’, ratificasse uma falsa confissão. (...).*

*As três ‘Ordenações’ não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas ‘Leis Extravagantes’ também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma ‘Lei Extravagante’, promulgada por D. Sebastião, ditava que ‘as Pessoas, que com outras do mesmo sexo cometerem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado’. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barão e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de ‘melhor qualidade’, seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, ‘perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios.’” (grifei)*

*A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão*

*colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT (“Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial”).*

*Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra “Confissões da Bahia”), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (“A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil”):*

*“As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos*

*o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.*

*A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis.” (grifei)*

*Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula “Cum ad nihil magis”, de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.*

*Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, “Religião e Ordem Social”, “in” Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, “Os Equilíbrios Sociais do Poder”, “in” História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), veio a ser fortalecido, naquele momento histórico, em suas graves consequências, pela forte e decisiva influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações – as denominadas *resoluções tridentinas* – exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo lembrar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):*

*“Marcado por ‘um entendimento da realza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se’, o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como ‘tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio’.*

*(...)*

*Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo ‘Concílio de Trento’, não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos ‘desvios morais’, isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob*

jurisdição civil e eclesiástica. **As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.” (grifei)**

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas **revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica** em nosso País.

**Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), **experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram** da eiva do preconceito e da discriminação.

**Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser privado de direitos **nem sofrer quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em**

**razão de sua identidade de gênero.**

Isso significa *que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm* o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico **instituído** pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** medida *que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.*

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** tolerar comportamentos **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não, que integram* a comunhão nacional.

**g. A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou “A banalidade do mal homofóbico e transfóbico” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea**

**Os atos lesivos** praticados contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT **têm atingido** um nível preocupante, **além de inaceitável**, na escala de violência e de ódio **dirigidos** aos membros de referido grupo, **a ponto** de o eminente Advogado Dr. PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, *em suas diversas manifestações sobre a questão (inclusive na petição inicial desta ação),*

**parafraseando** HANNAH ARENDT (“**Eichmann em Jerusalém – A Banalidade do Mal**”), **qualificar** *essa gravíssima realidade contemporânea* **como expressão da “banalidade do mal homofóbico e transfóbico”**.

Os dados estatísticos **revelados** pelos “*amici curiae*” **demonstram** **que a comunidade LGBT** no Brasil é, **reiteradamente**, **vítima das mais diversas** formas de agressão **motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero** dos indivíduos, **sendo** as agressões físicas – *lesões corporais e homicídios* – **a concretização efetiva do comportamento racista dirigido** contra essa minoria, **dissonante** do padrão hétero-normativo **prevalente** na sociedade brasileira.

Nesse sentido, **cabe referir** que o “*Grupo Gay da Bahia – GGB*”, **admitido** nestes autos como “*amicus curiae*” **e** em funcionamento desde 18/03/1983, **monitora** os dados relacionados à violência contra a população LGBT, **tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram** que o Brasil é “*o campeão mundial desse tipo de crime*”. **Eis algumas das conclusões** reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade **com base** em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, *ainda*, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

**a) aumento** de 30%, em 2017 **em relação** ao ano anterior, dos homicídios **contra** o grupo LGBT, **atingindo** o número de 445 mortes no período;

**b) 56% dos assassinatos** ocorrem em via pública;

**c) das 445 vítimas** referidas, **194** (43,6%) **eram gays, 191** (42,9%) **trans, 43** (9,7%) **lésbicas, 5** (1,1%) **bissexuais e 12** (2,7%) **heterossexuais**, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, *v.g. em defesa* de gays amigos/parentes;

**d) o número de transgêneros mortos** entre 2016 e 2017 **demonstra que o Brasil** é o primeiro colocado no “*ranking*” mundial, **tal como referido** pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;

**e) jovens que são rejeitados** por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);

**f) foram registrados**, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

**Cabe acentuar**, Senhores Ministros, *considerada a alta taxa de subnotificação, que os dados acima podem ser imprecisos, conforme reconhecido pela própria* associação autora da pesquisa (fls. 19 de sua manifestação), **sendo certo**, *no entanto*, que “*(...) o Poder Público apresentou um relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes a 2011: foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais 278 foram homicídios, merecendo*

**destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBT é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%** (Manifestação Grupo Gay da Bahia, fls. 19 – grifei).

**Ainda com o intuito** de demonstrar a violência contra LGBT's, **vale advertir** que, cotidianamente, **a imprensa veicula** notícias relacionadas ao tema, *como se observa de inúmeras manchetes, das quais transcrevo* algumas a seguir, **reveladoras** do inegável comportamento racista e preconceituoso **dirigido, com clara motivação de ódio**, contra essas pessoas *absurdamente consideradas inferiores pelos delinquentes que as agridem covardemente*:

**i) “Ele tem ódio de homossexuais’, diz delegado sobre homicídio em Agudos”** (<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/04/ele-tem-odio-de-homossexuais-diz-delegado-sobre-homicidio-em-agudos.html>);

**ii) “Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia”** (<http://g1.globo.com/m/rio-grande-do-norte/noticia/2014/11/cabeleireiro-e-apedrejado-ate-a-morte-de-natal-diz-policia.html>);

**iii) “Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays”** (<http://g1.globo.com/santos-regiao/noticia/2014/11/homem-que-tirou-foto-antes-de-esquartejar-admite-odio-por-gays.html>);

**iv) “Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual.”** (<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/11/agricultor-e-morto-facadas-pelo-filho-na-zona-da-mata-de-pe.html>);

**v) “Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a ‘andar como homem’”** (<http://g1.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-1785342>);

**vi) “Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la virar mulher”** (<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html>);

**vii) “Vai virar mulher de verdade’: lésbicas são vítimas de estupro corretivo”** (<https://universa.uol.com/noticias/redacao/2017/11/02/vai-virar-mulher-de-verdade-estupro-corretivo-vitimiza-mulheres-lesbicas.html>);

**viii) “Turista gay é espancado por grupo em SP e ‘post’ viraliza: ‘Não foi minha escolha’”**

(<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espancado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.gh.html>);

**ix) “Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE”** (<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html>);

**x) “Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo”** (<http://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/1639657-jovem-gay-e-morto-a-facadas-proximo-a-parque-em-sao-paulo>);

**xi) “Corpo queimado em canavial é de rapaz morto pela mãe por ser gay”** (O Estado de S. Paulo 14 Julho 2017/10h57);

**xii) “Morre transexual que foi esfaqueada no Centro de Aracaju”** (<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2018/10/19/transexual-e-esfaqueada-no-centro-de-aracaju.gh.html>);

**xiii) “Nunca tinha passado por isso’, diz lésbica agredida em lanchonete de SP”** (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/01/nunca-tinha-passado-por-isso-diz-lesbica-agredida-em-lanchonete-de-sp.html>);

**Importante destacar, ainda, nesse quadro de inadmissível violação a direitos humanos essenciais** da população LGBT, **as estatísticas** relacionadas **aos indivíduos transexuais que**, enquanto parte integrante do grupo vulnerável em questão, **são os mais**

**vitimados** por atos de violência **motivados** pelo preconceito, pelo ódio **e** pelo racismo manifestados contra esses “outsiders” **que sofrem intensa marginalização social**.

**Relatórios** de organizações civis **que monitoram** os dados relacionados ao tema – **tais como a TGEU – Transgender Europe e o GGB – Grupo Gay da Bahia – revelam ser** o “Brasil campeão mundial da transfobia”, “o país que mais mata travestis e transexuais no mundo”, **onde**, de forma assustadora, “o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay”, **tendo sido registradas** 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, **segundo informações** constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com>.

**Entendo, Senhor Presidente, que esses números assustadores** que venho de referir **autorizam e validam** a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, **de que se verifica**, no Brasil, *nesse contexto*, “verdadeira BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO, adaptando aqui célebre expressão de HANNAH ARENDT, **no sentido** de termos pessoas comuns (e não ‘monstros’) achando-se detentoras de um pseudo ‘direito’ de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...”, **tudo a revelar** inegável e inaceitável comportamento racista, **na acepção** referida neste voto contra os LGBT’s, **tendo-os por seres**

*menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, **que devem** – segundo perversamente acreditam os seus agressores – **ser excluídos da sociedade!!!***

*10. A ação direta de inconstitucionalidade **por omissão** como instrumento **de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas**, em sua eficácia, **por injustificável inércia** do Poder Público*

A agremiação partidária autora, **ao ajuizar** a presente ação constitucional, **ênfatiza** que as cláusulas **inscritas** no art. 5º, **incisos** XLI e XLII, da Constituição **consubstanciam verdadeiras imposições legiferantes**, que, dirigidas ao Poder Público, **têm por finalidade** vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva **destinada** à proteção das pessoas, *inclusive na esfera penal*, contra atos de preconceito ou de discriminação, *em todas as suas formas de manifestação*, **inclusive** quando perpetrados **por motivo fundado** na orientação sexual **ou** na identidade de gênero da vítima.

**Isso significa**, *segundo alega a autora*, **que a omissão** da União Federal **em adotar** as medidas necessárias **à elaboração** de normas destinadas **à punição** dos atos resultantes de preconceito **contra** os homossexuais, os transgêneros **e demais** integrantes da comunidade LGBT **configuraria claro descumprimento**, *por omissão seletiva*, do comando impositivo de legislar **emergente** da Constituição da República, **pois o Congresso Nacional**, longe de atuar como agente concretizador das medidas protetivas de natureza penal **exigidas** pelo texto constitucional

– **em ordem a garantir** o pleno exercício do direito personalíssimo (e ineliminável) à orientação sexual e à identidade de gênero –, **estaria realizando**, de modo insuficiente, **a prestação estatal determinada** pelo ordenamento constitucional.

**É preciso ter presente**, nesse contexto, **que o direito à legislação** só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, **quando também existir** – *simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional* – **a previsão do dever estatal** de criar normas legais, **como sucede** na espécie, **em que** a Constituição **claramente veicula**, *em bases impositivas*, **inquestionável mandado de incriminação**: “**a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**” (CF, art. 5º, XLI – **grifei**) e “**a prática do racismo constitui crime** (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII).

**Vê-se, daí, que a omissão** do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – **por configurar inadimplemento manifesto** de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta **por superior** determinação constitucional – **traduz** situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.

**Assim**, e para que possa atuar a norma **pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, **revela-se essencial** que se estabeleça *a necessária correlação* **entre a imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e a constatação**

**de inércia congressional**, *de outro*, **de tal forma** que, **inadimplida** a obrigação jurídico-constitucional **de produção** de provimentos legislativos, **tornar-se-á possível imputar comportamento moroso** ao Estado (ao Poder Legislativo da União, *no caso*) **e reconhecer admissível**, para efeito de eventual colmatagem da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.

**Esse aspecto revela-se impregnado de inquestionável relevo jurídico, ainda mais se se considerar** que o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte (**HC 104.410/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*), **tem assinalado**, *em sucessivos julgamentos*, **que os direitos fundamentais assumem não apenas** a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, **mas também expressam o dever do Estado de tornar efetiva a proteção** a esses mesmos direitos *eventualmente* expostos a situações de dano efetivo ou potencial, **ênfatizando**, *no ponto*, que a Constituição Federal **estabelece**, *por meio de “mandados de criminalização”*, **comandos imperativos** dirigidos ao legislador, **concitando-o a elaborar** normas de direito penal **destinadas a proteger as liberdades fundamentais contra injustas agressões** provenientes de terceiros, **tal como ordenam** as normas *constantes dos incisos XLI e XLII* do art. 5º de nossa Lei Fundamental, cuja implementação se busca efetivar **mediante** utilização **da presente** ação constitucional:

**“1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (‘Eingriffsverbote’), expressando também um postulado de proteção (‘Schutzgebot’). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (‘Übermassverbote’), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (‘Untermassverbote’). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (...)”**

(**HC 104.410/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

**Tenho para mim**, presente esse contexto, **que a análise** desta demanda constitucional **impõe** que se considere o *relevantíssimo* problema suscitado pela omissão do Estado, decorrente da inércia de suas

instituições (do Poder Legislativo da União, *na espécie*), **quanto à efetivação das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias.**

**Impõe-se ressaltar**, desde logo, que, *na tipologia das situações inconstitucionais*, **inclui-se, também**, aquela que deriva do descumprimento, **por inércia estatal**, de norma impositiva **de determinado** comportamento **atribuído** ao Poder Público **pela própria** Constituição.

**O desrespeito à Constituição** *tanto* pode ocorrer mediante **ação** estatal *quanto* mediante **inércia** governamental.

**A situação de inconstitucionalidade**, *portanto*, **pode derivar de um comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, *assim*, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um “*facere*”, **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

**Pode ocorrer**, *no entanto*, **como sucede** na espécie ora em exame, que o Poder Público **deixe de adotar** as medidas *legislativas*, **que sejam necessárias** para tornar *efetivos, operantes e exequíveis* os próprios preceitos da Constituição. **Em tal situação**, o Estado *abstém-se de cumprir o dever de prestação* que a Constituição lhe impôs. **Desse “non facere” ou “non praestare”, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, **ou parcial, quando é insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.**

**Impende enfatizar**, *bem por isso*, **que as omissões**

**inconstitucionais** dos Poderes do Estado, **notadamente** do Legislativo, **não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição – resultante da inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, **ao mesmo tempo** em que **estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo** dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.**

**Cumpre reconhecer**, *desse modo*, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – **considerada** a sua específica destinação constitucional – **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos** inscritos na Carta Política **e que dependem** da intervenção concretizadora do legislador, **traduzindo** significativa reação jurídico-institucional do **vigente** ordenamento político, **que a estruturou** como instrumento destinado **a impedir o desprestígio da própria Carta da República**.

*A imposição constitucional de legislar*, de um lado, **e a situação de omissão abusiva no adimplemento** da prestação legislativa, de outro – **caracterizada**, *esta última*, diante do *estado de mora do legislador*, pela superação excessiva de prazo razoável –, **qualificam-se**, *desse modo*, *como requisitos condicionantes* da declaração de inconstitucionalidade **por omissão**.

**Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão** deve ser vista **e qualificada como**

**instrumento de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas**, *em sua eficácia*, **pela inaceitável omissão** do Poder Público, **impedindo-se**, *desse modo*, **que se degrade a Constituição à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum.

**A ação direta por omissão**, *por isso mesmo*, **deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada** pela Carta Política, que a **forjou** como instrumento destinado **a impedir o desprestígio** da própria Constituição, **consideradas as graves consequências** que decorrem **do desrespeito** ao texto da Lei Fundamental, **seja** por ação do Estado, **seja**, *como no caso*, **por omissão – e prolongada inércia** – do Poder Público.

**11. A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima**

**O exame** do quadro delineado nos presentes autos **evidencia a existência**, *na espécie ora em análise, de nexos de causalidade entre a imposição constitucional de legislar*, de um lado, **e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo**, de outro, cuja edição se revela necessária **à punição de atos e comportamentos resultantes** de discriminação ou de violência contra a pessoa **em razão de sua orientação sexual ou em decorrência** de sua identidade de gênero.

A **hipótese** versada nesta ação constitucional **traduz – como precedentemente enfatizado** no douto parecer do Ministério Público Federal – **uma típica situação de desrespeito** à Lei Fundamental, **por omissão normativa** *unicamente imputável* ao Congresso Nacional, **eis que – decorridos mais de trinta (30) anos** da promulgação da Carta Política –, esta, **no que concerne** à discriminação contra homossexuais e transgêneros, **ainda não constituiu** objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT.

**O dever jurídico** de editar a lei em questão **revela-se imputável, no caso, ao Congresso Nacional**, destinatário específico **da imposição legiferante** inscrita no art. 5º, **incisos XLI e XLII**, da Lei Fundamental, **por efeito** do que dispõe o art. 22, **inciso I**, da Constituição.

**Tem-se**, pois, que é **unicamente** atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos **indispensáveis** à efetivação **dos mandados de incriminação a que aludem** os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição.

**Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou** – no que concerne **à punição dos atos e comportamentos resultantes** de discriminação contra pessoas **em razão de sua orientação sexual ou em decorrência** de sua identidade de gênero – **a necessária intervenção concretizadora** do Congresso Nacional, **que se absteve**, até o presente momento,

de editar o ato legislativo **essencial** ao desenvolvimento da **plena** eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

**Tenho por inacolhível**, por isso mesmo, a **alegação** de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional **afastaria**, por si só, a **configuração**, na espécie, de **inércia** por parte do Poder Legislativo.

**Cabe observar**, no ponto, que, *após mais de (05) anos de tramitação*, o **Projeto de Lei** nº 5.003/2001, **proposto** pela então Deputada Federal Iara Bernardi, *em 07/08/2001*, **com o objetivo** de definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, **foi aprovado**, *em 23/11/2006*, pela Câmara dos Deputados, **vindo a ser encaminhado** ao Senado Federal, **no qual passou** a ser designado como *Projeto da Câmara nº 122/2006*.

**Essa proposição legislativa** (PL nº 122/2006), por sua vez, **então** em tramitação no Senado Federal, **não obstante decorridos mais de oito (08) anos** de seu recebimento na Câmara Alta, **teve encerrada** a sua apreciação, **ao final** da 54ª legislatura, **eis que**, **segundo** as normas regimentais (RISF, art. 322, § 1º), **impõe-se o arquivamento automático** das proposições **que se encontrem** em processamento *há mais de duas legislaturas*.

**É certo que**, por meio do Requerimento nº 46/2011, **subscrito** por ilustres Senadores, **entre os quais** a Senadora Marta Suplicy, **foi requerido**, nos

termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), **o desarquivamento** do PL nº 122/2006, **vindo** o pleito em questão **a ser aprovado** em 09/02/2011, **havendo** referido projeto de lei *retornado à apreciação* das comissões temáticas.

**Essa medida**, contudo, **sofreu a oposição** de parlamentares, **contrários** ao adimplemento **das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação**, da homofobia e da transfobia, **circunstância** essa que os levou, *em clara manobra protelatória*, **destinada a frustrar** a tramitação legislativa do projeto de lei **que tipificava** crimes contra a comunidade LGBT, **a aprovar** o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, **que importou** na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), **criando**, *desse modo*, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

**O teor das informações oficiais** produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal **revela** que o Projeto da Câmara 122/2006, **que se acha**, atualmente, **anexado** ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), **não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde** a sua proposição, **sequer** teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, **encontrando-se**, até o presente momento, *“sem prazo para ser votado”*.

**Não obstante respeitável** o esforço dispensado pelo Congresso Nacional **no sentido de instaurar** o debate legislativo **em torno da questão** da criminalização da homofobia, **revela-se inquestionável**, no entanto, **a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada** no presente caso.

**Esse quadro de permanente indefinição que inviabiliza** a efetivação, pelo Congresso Nacional, dos comandos constitucionais **que consagram** o dever estatal **de prestar tutela penal efetiva contra** a prática da discriminação **dirigida** aos homossexuais e aos transgêneros **foi objeto de severas críticas** por parte da ilustre Dra. MARIA BERENICE DIAS, **Desembargadora aposentada** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **que assim descreveu o longo itinerário** a que estão sujeitas as propostas legislativas **que tratam** do tema **no âmbito** das Casas do Congresso (“**Rumo a um Novo Direito**”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 41, item n. 6, 3ª ed., 2017, RT):

**“Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomençar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.**

**O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado** pela Câmara dos Deputados. **O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio.”** (grifei)

**Cabe rememorar, por oportuno, que esta Suprema Corte já teve o ensejo de assinalar que o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural** do processo de elaboração das leis (“*mora agendi*”), **quanto no estágio de deliberação** sobre as proposições já veiculadas (“*mora deliberandi*”), **desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável**, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo:

**“2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência.** As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, **não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria**

**ordem constitucional.** A ‘*inertia deliberandi*’ das Casas Legislativas **pode ser objeto** da ação direta de inconstitucionalidade **por omissão.**”

(**ADI 3.682/MT**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

A constatação objetiva de que se registra, *na espécie*, **hipótese** de mora inconstitucional, **apta a instaurar** situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (CF, art. 5º, XLI e XLII), **justifica**, plenamente, **a intervenção** do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal.

**Não tem sentido** que a inércia dos órgãos estatais, **evidenciadora** de comportamento manifestamente inconstitucional, **possa ser tolerada.**

**Admitir-se** tal situação equivaleria a legitimar a fraude à Constituição, **pois**, *em última análise*, **estar-se-ia a sustentar** a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal, **não obstante** agindo em sede de controle concentrado (CF, art. 102, I, “a”), **proceder** à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional.

**Isso significa** que não se pode identificar **na própria** inércia estatal **a existência** de fator exculpatório (*e pretensamente* legitimador) do inadimplemento de uma grave obrigação constitucional.

**O fato indiscutível**, Senhor Presidente, **é que este processo suscita questões de fundamental importância para os homossexuais, os transgêneros e demais**

integrantes do grupo LGBT, pois não se pode ignorar que, *lamentavelmente*, essas **pessoas são vítimas de continuadas violações de seus direitos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente**, **seja** no meio social em que vivem, **seja**, *muitas vezes*, **em razão** de inadmissíveis comportamentos assumidos pelo próprio aparelho de Estado ou por seus agentes.

**Preconceito, discriminação, exclusão e, até mesmo, punições das mais atroz:** eis o extenso e cruel itinerário que tem sido historicamente percorrido, **ao longo** dos séculos, em nosso País, pela comunidade de LGBT, **lamentavelmente exposta**, *mesmo hoje*, **a atos de violência configuradores de crimes de ódio perpetrados por irracionais impulsos homofóbicos ou transfóbicos.**

**Em contexto** como o que resulta **destes autos**, **a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela** senão um gesto de respeito **que esta** Alta Corte **manifesta** pela *autoridade suprema* da Constituição da República.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor extensão*, **a imposição** ditada pelo texto constitucional (*como aquela* que deriva do art. 5ª, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam *e também impede*, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da

Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

**“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO**

– O **desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um **‘facere’** (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse **‘non facere’** ou **‘non praestare’**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...)”

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

As situações configuradoras de **omissão constitucional** – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da **insuficiente concretização**, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem** comportamento estatal que deve ser repellido, **pois a inércia do Estado** qualifica-se, perigosamente, como um dos processos **deformadores da Constituição**, **expondo-se**, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível sentimento de desapeço** pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou**, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes **ou** de

grupos majoritários, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos **ou**, *muitas vezes*, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade**.

**A percepção** da gravidade e das consequências lesivas **derivadas do gesto infiel** do Poder Público **que transgride**, por omissão **ou** por insatisfatória concretização, **os encargos** de que se tornou depositário **por efeito** de expressa determinação constitucional foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos, **em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo, como se vê**, p. ex., em JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 224, item n. 4, 8ª ed., 2012, Malheiros):

*“Não basta, com efeito, **ter** uma constituição promulgada e formalmente vigente; **impende atuá-la**, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida (...).” (grifei)*

É por essa razão que J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (“Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora), analisando a força normativa da Constituição – e assinalando que a eficácia preponderante e subordinante de suas

cláusulas impede o reconhecimento de situações inconstitucionais –, expendem, na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política, o seguinte e preciso magistério:

*“(...) **tanto se viola** a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, **como quando os preceitos constitucionais não são ‘actuados’, dinamizados ou concretizados** pelos órgãos que constitucionalmente **estão vinculados** a fornecer-lhes operatividade prática.*

*A Constituição **impõe-se** normativamente, não só quando há uma **acção inconstitucional** (fazer o que ela proíbe), **mas também quando existe uma omissão inconstitucional** (**não fazer** o que ela impõe que seja feito).” (grifei)*

Essa **mesma** visão **reflete-se** na lição de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ (“**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad):

*“**A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais** pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.*

***Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que***

**paralisa** a aplicação constitucional. **Tal paralisação, não** desejada ou prevista pelo constituinte, **é de ser tida como inconstitucional**.

**Afeta, também, o sentido da Constituição.**

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (...). **Por outro lado**, indiretamente, **a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional**. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

**Como modalidade** de mutação constitucional, **a inércia é processo pernicioso**, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. **Na maioria das vezes, serve como instrumento** exatamente **para evitar tal adaptação**.

De outro lado, **porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição**.” (grifei)

**Desse modo**, e ante a **irrecusável supremacia** da Carta Política, **revela-se essencial impedir o desprestígio** da própria Constituição, **seja por ação, seja por omissão** dos órgãos, instituições e autoridades da República.

**Cabe referir**, no ponto, em face de sua **inquestionável atualidade**, a **autorizada** lição de PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT), **cujo magistério** contém *grave advertência*, que **por ninguém** pode ser ignorada:

**“Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la.** Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). **No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la.** Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. **Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.**” (grifei)

**É preciso proclamar** que as Constituições **consubstanciam** ordens normativas cuja eficácia,

autoridade e valor **não podem** ser afetados **ou** inibidos pela **voluntária inação** ou por **ação insuficiente** das instituições estatais. **Não se pode tolerar** que os órgãos do Poder Público, **descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa** que lhes foi imposto, **infrinjam, com esse comportamento negativo**, a própria autoridade da Constituição e **afetem, em consequência, o conteúdo eficaz** dos preceitos **que compõem** a estrutura normativa da Lei Maior.

O fato irrecusável *é um só: o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa* um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, **pois reflete inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

**Essa constatação**, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado** pela instauração, no âmbito do Estado, *de um preocupante processo de desvalorização funcional* da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos, como resulta** de decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

**“A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO**

### **(VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)**

– **O desrespeito à Constituição tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite, seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um **‘facere’** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **‘non facere’** ou **‘non praestare’** resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público). **Entendimento** prevaletente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).

– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público

*também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*

**DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA**

– O Poder Público – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, **o dever de legislar**, imposto em cláusula constitucional, **de caráter mandatório** – **infringe, com esse comportamento negativo**, a própria integridade da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, o **preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional** (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

– **A inércia estatal** em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição **sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou**, então, **de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

**DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A**

**NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE**

– **O direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, quando **também** existir – **simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional** – a previsão do **dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa** que o direito individual à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito de **exclusiva** de determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável **imposta** ao Poder Público.

**Para que possa atuar** a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se **essencial** que se estabeleça a **necessária correlação** entre a **imposição constitucional de legislar**, de um lado, e o **conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação**, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional. **Precedentes. (...).**”

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**Todas essas premissas** que venho de expor **autorizam-me a reconhecer** a existência, na espécie, **de situação** de evidente e inconstitucional inércia estatal **inteiramente imputável** ao Congresso Nacional.

Essa clara omissão normativa, que se acha objetivamente constatada na presente causa, **revela-se lesiva** ao texto da Carta Política, **porque transgressora, por injustificável inação congressual, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, o que torna plenamente justificável a utilização, na espécie, do instrumento processual de que se valeu** o Partido Popular Socialista, **autor** da presente ação direta.

12. Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional

Assentadas as premissas a que anteriormente aludi nos itens n. 10 e n. 11 do meu voto, torna-se importante reconhecer que este Supremo Tribunal Federal, ao examinar o alcance da cláusula **inscrita no inciso XLI** do art. 5º da Constituição (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), **além daquela fundada** no inciso XLII desse **mesmo** art. 5º de nossa Carta Política, **já deixou positivado, em expressivo precedente, que tais preceitos veiculam mandados expressos de criminalização, que impõem** ao Congresso Nacional, **para efeito** de seu integral adimplemento, **a obrigação constitucional de editar legislação incriminadora de condutas**, positivas ou negativas, **cujas práticas impliquem** comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, **em ordem a que se viabilize, em favor das vítimas, a necessária, completa e adequada proteção de índole penal.**

Esse entendimento, segundo o qual **o inciso XLI** do art. 5º da Carta Política **encerra ordem de legislar vinculada** à formulação de legislação criminal (**e não, apenas, de mera** responsabilização civil) **e destinada** a atuar como um eficaz mecanismo de proteção a direitos fundamentais, **tem o beneplácito** de autores como LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES (“**Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**”, p. 157/160, itens ns. 11.2 e 11.3, 2007, Forum), **cujas lições**, no tema, **por sua inteira correção, vale reproduzir:**

“(…) **Quando se diz, por exemplo, no artigo 5º, inciso XLI, que a ‘lei punirá’ discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (...), é de punição penal que se trata.**  
(...)”

**O rol das ordens expressas de criminalização alcançado pelo critério exposto no capítulo anterior é elucidativo da função dada a elas pela Constituição de 1988 e que é objeto desta tese. Trata-se de mecanismos de proteção de direitos fundamentais.**

**O primeiro, relativo às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais é eloquente.** Discriminação é o tratamento diferenciado, é a eleição de critérios. Estes não podem malferir direitos e liberdades fundamentais. Toda escolha deve ser feita em consonância com os

*direitos e liberdades fundamentais, sob pena de sanção. **Trata-se de norma tutelar da igualdade e dignidade humana** que comanda a proteção penal dos direitos e liberdades fundamentais.*

***A proibição do racismo e a mensagem no sentido de sua criminalização, por igual, versam sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana.***

*(...)*

***Concluimos** que as ordens constitucionais de criminalização **são um instrumento** da Constituição **para oferecer proteção adequada e suficiente** a alguns direitos fundamentais, **diante de lesões ou ameaças** vindas de agentes estatais ou de particulares.” (grifei)*

***O exame da doutrina** (LUCIANO FELDENS, “**Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**”, 2ª ed., 2012, Livraria do Advogado, v.g.) **e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite reconhecer** que a função precípua **desempenhada pelos mandados constitucionais de criminalização consiste em tornar efetivo o dever estatal de prestação normativa em matéria penal, como se vê, p. ex., do lapidar voto** proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES **no julgamento plenário da ADI 3.112/DF, no qual se pôs em destaque** a questão, ora renovada na presente causa, **concernente** aos deveres do Estado de proteção e tutela **em face da necessidade** de preservação da integridade*

de direitos e de liberdades fundamentais, **notadamente de grupos vulneráveis, sob pena** de a inércia do Poder Público **transgredir o princípio que veda a proteção deficiente:**

***“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco** de normas que, em princípio, **não outorgam** direitos, **mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.***

***Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:***

***‘XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;***

***XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;***

***XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;***

***XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;’***

*(...)*

**Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.**

**Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.**

**Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – ‘Abwehrrecht’), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (‘Schutzpflicht des Staats’).**

**A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.**

**A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.**

**Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos**

**direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos.**

**É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.**

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, **tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever** deste de tomar todas **as providências necessárias** para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

**Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção** (‘Eingriffsverbote’), **expressando também um postulado de proteção** (‘Schutzgebote’). **Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer** que os direitos fundamentais **expressam não apenas** uma proibição do excesso (‘Übermassverbote’), **mas também podem ser traduzidos** como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (‘Untermassverbote’).

**Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:**

**a) dever de proibição** (*‘Verbotspflicht’*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

**b) dever de segurança** (*‘Sicherheitspflicht’*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

**c) dever de evitar riscos** (*‘Risikopflicht’*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

**Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção** ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. **A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental** previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental.

**Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandados de criminalização expressos dirigidos ao legislador.**

**Como bem anota Luciano Feldens**, os mandados constitucionais de criminalização **atuam como limitações** à liberdade de configuração do

legislador penal e **impõem a instituição** de um sistema de proteção por meio de normas penais.

**Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam** orientações assemelhadas (Cf. **Constituição espanhola**, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, ‘c’ e art. 55; **Constituição italiana**, art. 13; **Constituição da França**, art. 68; **Lei Fundamental da Alemanha**, art. 26, I).

**É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia.**

(...)

**Na jurisprudência** do Tribunal Constitucional alemão, **a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto** (*‘BverfGE’* 88, 203, 1993). **O ‘Bundesverfassungsgericht’ assim se pronunciou:**

‘O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.(...)'

**Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como 'ultima ratio', deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.**

**A reserva de lei penal configura-se como reserva legal** proporcional ('Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes'): a proibição de excesso ('Übermassverbot') funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, ('Untermassverbot') como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

**Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.**

**Se é certo, por um lado, que a Constituição confere** ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, **é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.**" (grifei)

**Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora** imputável ao Congresso Nacional, **e tendo presente** o contexto que se delineia **neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades** de colmatação do "vacuum legis", **a saber:**

**(a) cientificação** do Congresso Nacional, **para que adote, em prazo razoável, as medidas**

**necessárias** à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, ”caput”); **ou**, então,

(b) **reconhecimento imediato**, por esta Corte, *de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável* LGBT.

#### 12.1. A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional

A própria Constituição da República – **ao dispor sobre a situação de inconstitucionalidade por omissão – resultante** do descumprimento, *pelo Poder Público*, de medida **ou** providência destinada **a tornar efetiva** norma constitucional **impositiva do dever de legislar – formula solução vocacionada** a suprir o estado de vácuo normativo, **como se deduz** da cláusula fundada no § 2º do seu art. 103.

O mero apelo ao legislador, *no entanto*, **nem sempre** se tem demonstrado solução eficaz, *quando não inócua*, **em razão** da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, **que persiste**, não obstante a decisão emanada desta Corte, **em permanecer**

em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.

O Supremo Tribunal Federal, **ao longo** dos últimos trinta anos, **evoluiu, significativamente, a propósito** desse tema, no plano jurisprudencial, **buscando construir soluções** que pudessem fazer cessar *esse estado de inconstitucional omissão normativa*.

**Esta Corte Suprema passou, então, a valer-se da definição de prazo razoável como simples parâmetro de ordem temporal, para que** o Congresso Nacional **adote** as medidas legislativas **indispensáveis** à implementação de sua obrigação constitucional de dispor sobre determinada matéria (**MI 232/RJ**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **MI 283/DF**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **MI 284/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – **MI 562/RS**, Red. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE, *v.g.*) **a cujo respeito** a Carta Política **impôs-lhe o dever** de editar provimento *de caráter legislativo*.

**Nesse sentido**, podem ser referidos **diversos precedentes, como aqueles consubstanciados na ADI 2.240/BA**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.316/MT**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.489/SC**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.689/PA**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.819/MG**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 06 meses) **e na ADI 4.270/SC**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (prazo de 12 meses), *v.g.*.

**É importante assinalar**, neste ponto, **tal como enfatizou** o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **que a definição** de certo lapso de tempo **não configura** imposição de prazo para a atuação legislativa do Parlamento, “*mas apenas fixação de um parâmetro temporal razoável*” (ADI 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), **para que o Legislativo possa colmatar** o estado de inconstitucionalidade **em que se acha** o Congresso Nacional por efeito de sua própria omissão.

O **eminente** Ministro GILMAR MENDES, **em voto lapidar** proferido como Relator **no julgamento da ADI 3.682/MT**, **no qual examinou a questão do controle de constitucionalidade das omissões normativas – embora reconhecendo** que esta Corte **tenha considerado inexistir** omissão inconstitucional do legislador **quando já desencadeado** o processo legislativo (**fases** de discussão e deliberação) – **advertiu** que “*Essa orientação há de ser adotada com temperamento*”, **em razão** de certas proposições legislativas, **dada a complexidade da matéria** nelas veiculada, **não poderem ser concluídas em prazo exíguo**.

**Ainda que assim se possa considerar** em situações ordinárias, **o fato é que a superação irrazoável** do período de apreciação parlamentar do projeto de lei, **revelando** conduta procrastinatória e abusiva, **não pode** ser coonestada por esta Corte, **sob pena de perpetuar-se, a partir da inércia intencional do Parlamento, um estado de crônica inconstitucionalidade**, cuja ocorrência **não deve ser tolerada!**

Daí porque, **no precedente já referido**, o **eminente** Ministro GILMAR MENDES, **ao pronunciar-se** pelo reconhecimento, *em tal hipótese*, de situação **configuradora** de omissão inconstitucional do Parlamento, **assim se manifestou**:

*“Essas peculiaridades da atividade parlamentar, **que afetam**, inexoravelmente, **o processo legislativo**, **não justificam**, todavia, **uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa** das Casas Legislativas, **conduta esta que pode pôr em risco** a própria ordem constitucional.*

*Não tenho dúvida, portanto, **em admitir que também a ‘inertia deliberandi’ das Casas Legislativas pode ser objeto** da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Dessa forma, pode** o Supremo Tribunal Federal **reconhecer a mora do legislador em deliberar** sobre a questão, **declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.**” (grifei)*

**Se** o Congresso Nacional, **no entanto, a despeito** de cientificado por esta Corte de sua omissão, **deixar de adotar** as providências cabíveis **no prazo estipulado**, **legitimar-se-á**, segundo jurisprudência **firmada** por esta Corte, **a possibilidade** do Supremo Tribunal Federal **formular** solução jurisdicional **que viabilize**, enquanto não sobrevier a legislação reclamada, **a aplicação** da norma constitucional **impregnada de eficácia limitada**.

**Foi o que sucedeu, p. ex., com o exercício** do direito de greve por servidores públicos civis.

**No caso** que ora refiro, esta Corte, **reconhecendo a ausência** da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, **determinou a aplicação** do diploma legislativo **que regula** o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, **em ordem a viabilizar**, “como alternativa legítima”, **a proteção judicial efetiva** requerida ao Supremo Tribunal Federal (**MI 670/ES**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **MI 708/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **MI 712/PA**, Rel. Min. EROS GRAU).

**Posta a questão** nos termos hoje **prevalecentes** na jurisprudência desta Corte Suprema, **tornar-se-ia acolhível** o pedido do autor da presente ação direta, **em ordem a reconhecer** a mora inconstitucional do Congresso Nacional **e declarar a omissão** que lhe foi atribuída, **definindo-se** o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal, **desanexando do** PLS 236/2012 (**que institui** o novo Código Penal brasileiro) **o Projeto de Lei** nº 122/2006, **dar-lhe tramitação autônoma e apreciá-lo** em seguida, **sem indevidas dilações, eis que já aprovado** pela Câmara dos Deputados, **muito embora** nem sempre resulte eficaz **esse apelo ao legislador, o que justifica, no caso, a adoção imediata, por esta Corte, da medida indicada no item n. 12.2, a seguir examinado.**

**Observo** que a providência ora requerida pela agremiação partidária **refere-se** ao PLS 122/2006

(**projeto Iara Bernardi**), **pelo fato de ele já haver tramitado e sido aprovado** pela Câmara dos Deputados, **achando-se, por isso mesmo, em fase procedimental mais avançada** do que o PLS 515/2017, **ainda em estágio incipiente no Senado Federal**, em sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

**12.2. Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89**

**A douta** Procuradoria-Geral da República, **em seu fundamentado** parecer, **opina no sentido de “(...) conferir-se interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). (...)” (grifei), havendo a eminente Chefia do Ministério Público da União tido o cuidado de assinalar que sua proposta não traduz** aplicação “de analogia *in malam partem*”:

### **“III.1 HOMOFOBIA COMO CRIME RESULTANTE DE DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RAÇA**

**O constituinte originário, fundado na meta-norma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação** de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito

no art. 5º, ‘caput’, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso, **conferiu à lei** a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) **e definiu** o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Condutas **contrárias** à liberdade de orientação sexual **possuem** nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, **em patente confronto** com esse conjunto de normas constitucionais. **A homofobia** decorre **da mesma** intolerância que suscitou **outros tipos** de discriminação, **como aqueles** em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. (...).

(...)

**Conforme destacou** o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **no julgamento do ‘habeas corpus’** 82.424/RS, **‘limitar o racismo** a simples discriminação de raças, **considerado apenas** o sentido léxico **ou** comum do termo, **implica a própria negação** do princípio da igualdade, **abrindo-se a possibilidade** de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, **o que põe em xeque** a própria natureza e prevalência dos direitos humanos’.

**Nesse contexto**, em observância ao princípio da igualdade, **os crimes previstos** pela Lei 7.716,

de 5 de janeiro de 1989, **abarcam as condutas homofóbicas**, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, **motivo por que** o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos **não ofende** o princípio da legalidade em matéria penal. **O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação** ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito.

(...)

**Por sua vez**, o Ministro CELSO DE MELLO **destacou** que **‘a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado** na presente impetração – **não se resume a um** conceito de ordem estritamente antropológico **ou** biológica, **projetando-se**, ao contrário, **numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar**, em sua abrangência conceitual, **um indisfarçável instrumento** de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social’.

**A definição de raça e racismo** é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico **e varia conforme** o tempo e o local; **não depende** necessariamente de similaridade física entre as pessoas que compõem o grupo racializado. **Em outras palavras, o conceito de raça é fluido**, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.

(...)

*Dessa maneira, considerando o conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.*

(...)

***Interpretação atualizada** da Constituição da República, **calcada nos princípios** da igualdade e da dignidade do ser humano, **evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange** atos discriminatórios e preconceituosos **praticados e motivados** por orientação sexual **e/ou** identidade de gênero.” (grifei)*

A visão **exposta** pelo Ministério Público Federal **é também compartilhada** por autores eminentes (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT; CLARA MOURA MASIERO, “**Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia**”, “in” “**Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2**”, organizado por Paulo Farjet, Geraldo Jobim e Marco Felix Jobim, p. 71/74, 2014, Livraria do Advogado; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, “**Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como**

**Crimes de Racismo**”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, **coordenado** por Maria Berenice Dias, p. 87/138, 3ª ed., 2017, RT, v.g.), **que entendem constitucionalmente lícito proceder-se**, mediante interpretação conforme, **ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo**, **em ordem** a prevenir e a reprimir comportamentos **que objetivam excluir e marginalizar**, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, **um determinado** grupo **identificado não** por sua configuração física **ou** étnica, **mas, sim, por um conjunto** de ideais, valores e condutas que se revelam **comuns** aos integrantes daquele **mesma** comunidade.

**As manifestações de preconceito traduzem** uma compreensão equivocada dos fenômenos existenciais, **apoiada** em opiniões e crenças **formadas sem o necessário e adequado** conhecimento dos fatos, **acolhida** por um determinado grupo social **que nutre e fomenta** a perpetuação de tais ideias **opondo-se** a qualquer possibilidade de refutação ou diálogo assentado em bases racionais.

**Sempre** que um modelo de pensamento, **fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação** dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, **incitando a prática da discriminação** dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, **mostra-se indispensável** que o Estado **ofereça proteção adequada** aos grupos hostilizados, **adotando** mecanismos

eficientes, **aptos a evitar** os confrontos sociais e **a reprimir** os atos de injusta agressão, **sob pena de ofensa** ao postulado **que veda a proteção penal insuficiente**.

**De nada** valerão os direitos e **de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, **destinados a dar efetividade e expressão concreta** aos princípios consagrados pela Lei Fundamental.

**A cláusula inscrita** no art. 5º, inciso XLI, da Constituição da República – **para além de consagrar o repúdio estatal** a todas as modalidades de preconceito e de intolerância – **consubstancia verdadeiro mandamento constitucional de criminalização** que, **dirigido** ao Poder Público, **tem por finalidade** vinculá-lo ao compromisso **de instituir, por meio de normas penais, um sistema protetivo** dos direitos e das liberdades fundamentais **ameaçados ou expostos a risco em decorrência** de quaisquer atos de discriminação que, *por suas diversas formas de manifestação, desrespeitem a essencial dignidade das pessoas*.

**No mesmo sentido**, a Constituição Federal, **ao estabelecer** que “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII), **também fixou um comando, dirigido ao legislador, para que este, explicitando a vontade manifestada pelo**

*constituente, dispense efetiva tutela penal* aos valores fundamentais **cuja incolumidade** é expressamente **reclamada** pelo texto constitucional.

**A Constituição Federal de 1988 e todos os documentos internacionais destinados a promover** a eliminação de quaisquer formas, **sempre odiosas**, de discriminação racial, **reconheceram, tal como proclamado** pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, **na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais** (1978), “*a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos*”, **afirmando**, com irrecusável correção, que “*Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem*”, **pois** “*Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade*”, **razão pela qual** “*a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais*”, **mesmo porque** as diferenças entre os povos do mundo **não justificam** qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

**Cabe registrar, no ponto, a censura manifesta** pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.424/RS, Pleno) **contra a defesa da ideia descabida de lógica e de razão subjacente** à teoria racial **que propõe** a subdivisão artificial **da espécie humana em agrupamentos raciais distintos**.

**Em referido julgamento**, esta Suprema Corte **reafirmou, de maneira inequívoca, a proclamação**

consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) **de que todos os membros** da família humana, **sem** qualquer distinção, **são dotados** de igual dignidade e valor, **inerentes** à própria condição humana, **de modo que a pretensão de subdividir** a humanidade em grupos distintos (“raças”), **além de ressentir-se** de qualquer legitimidade científica ou jurídica, **revela-se inconciliável** com os padrões éticos e morais **definidos na ordem internacional e na Constituição da República**:

“(…) **3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência.** Com a definição e o mapeamento do genoma humano, **cientificamente não existem distinções entre os homens, seja** pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos **ou por quaisquer outras** características físicas, **visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.**

**4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.**

**5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio:**

**inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.** Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Conduas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

**6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais,** aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo.

**7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza,** pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, **para que fique, ‘ad perpetuam rei memoriam’, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.**

**8. Racismo. Abrangência.** Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos,

sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. **Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal**, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

**9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial.** Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos **que consagraram entendimento que aplicam sanções** àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.”

(**HC 82.424/RS**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, **Pleno** – grifei)

**Irrepreensível**, neste ponto, **o magistério**, sempre **douto e erudito**, **do eminente** Professor CELSO LAFER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **cujo parecer** – oferecido **nos autos do HC 82.424/RS** – **bem analisa a questão em foco**:

“**O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da**

**prática do racismo**, tipificado pela legislação infra-constitucional, **reside** nas teorias e preconceitos **que estabelecem** diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as **características de uma ‘raça’** para **discriminá-las. Daí a repressão** prevista no **art. 20** da Lei 7.716/89, com a redação dada pela **Lei 8.081/90. Só existe uma ‘raça’** – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos **ou quaisquer outros grupos**, religiões ou nacionalidades **não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO** de 1978 sobre Raça e Racismo; **é o que dizem** autores citados pelo impetrante, **que mostram que ‘raça’ é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.** Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, **os judeus não são uma raça, mas também não são raça** os negros, os mulatos, os índios **e quaisquer outros integrantes da espécie humana que**, no entanto, **podem ser vítimas da prática do racismo.** É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. **Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de ‘raça’**, como argumenta o impetrante, **exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência**

e inter- -relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. **Representa**, sobretudo, **reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável** como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento **contrario sensu**, que cabe em matéria penal. Com efeito, **levadas às últimas conseqüências**, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, **em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (...)**” (grifei)

**A preocupação**, manifestada em âmbito internacional, **com a possibilidade** de as novas descobertas científicas no campo da genética **reacenderem** antigos discursos de caráter racista **sustentados** pela equivocada defesa da existência *de grupos humanos distintos em razão* de suas características biológicas *supostamente* diferenciadas **suscitou** discussões **em torno** de princípios morais **que orientam** a bioética, **levando o tema** a ser debatido pela Conferência Geral da UNESCO que, em sua 29ª sessão (1997), **ao adotar** a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, **refutou** “qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças”, **reafirmando a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos, eis que** “A todo

indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, **independentemente** de suas características genéticas” (Artigo 2, “a”), **de modo que** “Esta dignidade torna imperativa **a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito à sua singularidade e diversidade**” (Artigo 2, “b”).

**Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem** qualquer hierarquia **ou** distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, **somos todas pessoas**, essencialmente dotadas de **igual** dignidade **e impregnadas** de razão e consciência, **identificadas pelo vínculo comum** que nos projeta, **em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.**

**É por isso que a doutrina** (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, “**Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**”, p. 203/205, item n. 1.1, 2009, RT; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, “**Da Criminalização do Racismo**”, p. 77/85, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey; ALEXANDRE ASSUNÇÃO E SILVA, “**Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**”, p. 117/118, item n. 1.1, 2012, Atlas, v.g.), **na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito** de “raça” como forma de identificação das comunidades humanas, **tem assinalado** que o racismo *nada mais é* do que uma ideologia, **fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar**

a prática da discriminação e da exclusão, **refletindo** a distorcida visão de mundo **de quem busca construir**, de modo arbitrário, **hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia** de um certo grupo de pessoas **sobre os demais** existentes nas diversas formações sociais.

**Daí o integral acerto** da análise que faz NORBERTO BOBBIO (“**Elogio da Serenidade**”, p. 127/128, item n. 3, Unesp, 2002), **a respeito** dos fundamentos ideológicos do pensamento racista, **cujas perversas visões de mundo traduz, nada mais, do que um processo de discriminação e exclusão sociais** de um grupo **em relação** a outros:

**“Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo:**

**1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros.** Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (...).

(...)

**2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores.** Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas

fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra (...).

(...)

**3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis (...).**” (grifei)

**Cabe lembrar**, bem por isso, **que essa mesma percepção do tema foi também acolhida** por esta Suprema Corte no julgamento anteriormente referido (HC 82.424/RS), **valendo destacar**, por sua inteira correção, **fragmento** do voto vencedor proferido pelo eminente e saudoso Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Redator p/ o acórdão, **cujas compreensão** em torno da questão foi por ele assim sintetizada:

**“(...) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única**

raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

(...)

24. **Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso.**

(...)

36. **Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.” (grifei)**

**Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que**

**este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.**

**A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.**

**A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da**

**conjugação de dois fatores presentes** em ambas as situações: **a motivação** orientada pelo preconceito **e a finalidade** de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades **tanto** no domínio público **quanto** na esfera privada.

Na verdade, **o exame** do conteúdo material dos estatutos internacionais **que integram** o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – *Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)*, *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)*, *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)*, *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)*, *Declaração de Durban e Programa de Ação (2001)*, entre outros – **revela** que a comunidade internacional **elegeu** o termo *racismo* como expressão **que designa, sob o mesmo signo, todas as formas** de discriminação e de intolerância que, **representando a negação da igualdade e da dignidade** que qualificam os seres humanos, **fomentam** o ódio e a divisão **entre** grupos sociais.

**Eis porque** a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18/12/2013, **implementando** a Resolução nº 68/150, **nomeou** Relator Especial para a elaboração **do Relatório sobre as formas contemporâneas** de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas, que, **ao apresentar**, em 21/08/2014, **suas conclusões e recomendações, advertiu sobre a necessidade** de os Estados-membros

**adotarem** em sua legislação penal **a previsão** de que ofensas **cometidas por razões ou motivações** racistas, xenofóbicas, antissemitas **ou homofóbicas constituem** circunstâncias que agravam as condutas criminosas, **devendo resultar**, por isso mesmo, em punições mais elevadas.

**Essa relação de essencial correspondência que reúne**, sob a mesma lógica discriminatória, **todas as formas** de preconceito e intolerância contra os grupos sociais, **foi bem demonstrada** por DANIEL BORRILLO que, **em lapidar reflexão crítica** sobre a homofobia, **expendeu** as seguintes observações (“**Homofobia – História e Crítica de um Preconceito**”, p. 34/39, 2010, Autêntica):

**“Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).**

(...)

**(...) O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes (...);**

**À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre heterossexual e homossexual é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os (as) em um regime de exceção (particular).” (grifei)**

**Em obra coletiva** coordenada por MARIA BERENICE DIAS, **eminente** Desembargadora aposentada, **hoje** ilustre Advogada (“**Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**”, 3ª ed., 2017, RT), **desenvolveu-se estudo**, da lavra do preclaro Advogado

PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“op. cit.”, p. 90/92, item n. 1.1, p. 123/124, item n. 7, e p. 136, item n. 8), **sobre a obrigação constitucional**, imposta ao Estado brasileiro, de “**criminalizar a homofobia e a transfobia de forma específica**”, **valendo reproduzir**, “in extenso”, **por ser expressivo** da orientação adotada **por este meu voto**, o seguinte fragmento dessa reflexão doutrinária:

**“(...)fica evidente** que ‘a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m]) a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, **pois consiste em considerar o outro** (no caso, homossexuais e transgêneros) **como desigual, inferior, anormal**’, **sendo que** ‘a homo[trans]fobia, em qualquer circunstância, **é um fator de sofrimento e injustiça**, ameaça constante de subalternização’, **do que devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo. É, inclusive, o que já foi reconhecido** pela Organização das Nações Unidas (ONU), **que deixou registrado** em uma mensagem em vídeo, **veiculado** no dia 17 de maio, **data** do Dia Internacional Contra a Homofobia e a Transfobia, por meio da Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos (Navi Pillay).

**Sobre o tema, cabe anotar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Vejdeland e outros vs. Suécia, reiterou seu posicionamento** no sentido de que a discriminação por orientação sexual **é tão séria/grave** quanto a discriminação por

‘raça, origem e cor’, **do que**, acrescentamos, **merece a mesma punição criminal**, o mesmo valendo para a discriminação por identidade de gênero.

Nesse sentido, para Daniel Borrillo: **‘A homofobia é um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade’.** Segundo o autor: **‘A homofobia é a atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres. (...) Do mesmo modo que a xenofobia ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos. (...) Confinado no papel de marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro ou extravagante. (...) À semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação. (...) No âmago desse tratamento discriminatório, a homofobia desempenha um papel importante na medida em que ela é uma forma de inferiorização, consequência direta da hierarquização das sexualidades, além de conferir um ‘status’ superior à heterossexualidade, situando-a no plano do natural, do que é evidente. (...) A diferença homo/hétero não é só constatada, mas serve, sobretudo, para ordenar um regime das sexualidades em**

**que os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo social e de referência para qualquer outra sexualidade. Assim, nessa ordem sexual, o sexo biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino). Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como componentes necessários do regime binário das sexualidades. (...) A homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hétero/homo), quanto de gênero (masculino/feminino). Eis porque os homossexuais deixaram de ser as únicas vítimas da violência homofóbica, que acaba visando, igualmente, todos aqueles que não aderem à ordem clássica dos gêneros: travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais dotadas de forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que manifestam grande sensibilidade (...) A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades. Essa qualidade normativa – e o ideal que ela encarna – é constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada ‘heterossexismo, que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais e perversas; e, na pior,**

**patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização’.**

**Considerando que o racismo é uma ideologia segregacionista que prega a inferioridade de alguns relativamente a outros (STF, HC 82.424/RS, e Guilherme de Souza Nucci), percebe-se que a homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, nesta acepção de racismo social adotada pelo STF como adiante se demonstra pormenorizadamente.**

**Assim, quando se fala em criminalização da discriminação por orientação sexual, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da homossexualidade, bissexualidade ou heterossexualidade dela ou a ela atribuída, e, da mesma forma, quando se fala em criminalização da discriminação por identidade de gênero, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da travestilidade, transexualidade, transgeneridade em geral ou cisgeneridade. Ressalte-se que não há nenhuma relação entre ‘orientação sexual’ e ‘pedofilia’, como alguns insistem em afirmar, pois a orientação sexual se refere ao sexo/gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva (e a identidade de gênero se refere ao gênero com o qual a pessoa se identifica), ao passo que a pedofilia refere-se à atração sexual por crianças,**

o que não tem nenhuma relação com a orientação sexual da pessoa. Jamais a pedofilia seria considerada protegida pela criminalização de tais discriminações.

Logo, trata-se de conceitos absolutamente claros em seu conteúdo que, como tais, podem perfeitamente ser objeto de leis criminalizadoras, da mesma forma que os conceitos de ‘cor, etnia, religião e procedência nacional’ o são na atual Lei de Racismo (Lei 7.716/89).

(...)

**Nesse sentido, considerando o conceito ontológico-constitucional de racismo explicitado pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, no sentido de ser o racismo toda e qualquer ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro e a consequente superioridade deste sobre aquele, e considerando que a homofobia e a transfobia se enquadram nesse conceito por inegavelmente defenderem a inferioridade de pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, tem-se que as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram no conceito constitucional de racismo e devem, como tal, ser criminalizadas pelo legislador, por se enquadrarem na ordem constitucional de criminalizar relativa ao racismo.**

**Todavia, caso disso (equivocadamente) se discorde, então é inegável que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades**

*fundamentais, outro mandado de criminalização constitucionalmente imposto ao legislador. Afinal, homofobia e transfobia acabam gerando a opressão de pessoas LGBT no exercício de seus direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero (art. 5º, § 2º, da CF/1988), à tolerância e à segurança (art. 5º, ‘caput’), visto que não se pode seriamente dizer que uma pessoa estaria tendo sua orientação sexual ou identidade de gênero respeitada ou mesmo tolerada quando ela é ofendida, discriminada, ameaçada, agredida e, principalmente, assassinada. Ademais, evidentemente dito dispositivo constitucional exige a criminalização específica das discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, por considerá-las mais graves do que as discriminações não atentatórias aos mesmos.*

*Logo, inegavelmente a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo, por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS, mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Isso significa que (muito) longe de ser ‘inconstitucional’, referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.*

*(...)*

*Ante o exposto, percebe-se que a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é absolutamente constitucional, por força do dever fundamental de tolerância, que é pressuposto da vida em sociedade e oriundo dos princípios da dignidade da pessoa humana (que veda o tratamento indigno de pessoas por sua mera orientação sexual, por isso implica uma instrumentalização de tais pessoas em prol de uma ideologia social que, no caso de homossexuais, bissexuais e transexuais, implica a sua instrumentalização em prol de um ideal heterossexista de sociedade, que só aceita a heterossexualidade como sexualidade ‘aceitável’) e do Estado de Direito (que tem na tolerância pressuposto para o convívio social).*

*Ademais, percebe-se que, inegavelmente, a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de (ao menos) uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo (art. 5º, XLII, da CF/1988), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS (ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro), mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988). Isso significa que, (muito) longe de ser ‘inconstitucional’, referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.” (grifei)*

Essa **mesma** visão **em torno** da discriminação homofóbica/transfóbica **veio a ser sustentada** pela douta Procuradoria-Geral da República que, **ao manifestar-se** nestes autos, **ênfatizou** que “A homofobia decorre **da mesma intolerância** que suscitou **outros tipos de discriminação**, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero”, **vindo a reconhecer**, por isso mesmo, que “a prática do racismo **abrange atos homofóbicos e transfóbicos**” (grifei).

**Cabe destacar**, por oportuno, **no sentido** que venho de expor, **o autorizado** magistério doutrinário de GUILHERME DE SOUZA NUCCI **a propósito** da matéria em exame (“**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT):

“(…) **raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto** um conjunto de pessoas com os mesmo caracteres somáticos **como também** um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. **Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas.** Aliás, assim pensando, **homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial.** (...) **Parece-nos que é racismo**, desde que, **na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de ‘fobia’**,

**dirigida ao ser humano, pode ser manifestação ‘racista’.** **Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia ‘in malam partem’.** Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, **considerar** o ateu ou o homossexual alguém ‘parecido’ com o integrante de determinada ‘raça’. **Ao contrário, está-se negando existir um conceito de ‘raça’ válido** para definir qualquer agrupamento humano, **de forma que ‘racismo’ ou, se for preferível, a discriminação ou preconceito de ‘raça’ é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito**, em castas, **privilegiando umas em detrimento de outras. Vamos além.** Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora ‘pobreza’ não seja, no critério simplista do termo, uma ‘raça’, é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos. Logo, é mentalidade ‘racista’. Ser judeu, para o fim de considerar atos antissemitas como manifestações de ‘racismo’, logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. **Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis.** Não

se pode considerar ‘racismo’ atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e ‘raça’ é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.” (grifei)

**Impende registrar**, no ponto, **a valiosa lição** de FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, **que analisa**, com propriedade, **a noção** de racismo **como elemento normativo** dos crimes **previstos** na Lei nº 7.716/89 (“**Da Criminalização do Racismo: Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos**”, p. 79/84, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey):

“(…) **Na verdade, o que define determinado agrupamento humano como raça não são as qualidades biológicas inatas do grupo, se é que as tem, mas a presença de um discurso racializante que permeia as relações intergrupais. Esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente** (ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro), **ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende às semelhanças físicas entre grupos contrastados, podendo, inclusive, inventá-las artificialmente.**

**Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre determinados grupos não criam, elas mesmas, a ideia de raça. Podem ser capturadas, no entanto, por um discurso cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva, com efeito, poderá recair ora sobre o elemento biológico, ora sobre o elemento cultural, mas, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se.**

**O discurso racializante, pois, pode proliferar-se mesmo quando inexitem claras diferenças físicas entre as parcelas cotejadas, conquanto dissimule, mediante um verniz racial, conflitos subjacentes de outra natureza. Com efeito, o pano de fundo do conceito de raça reuniria situações conflitantes, manifestas em diferentes disputas** (daí a complexidade etiológica do racismo), mormente a religiosa, a de classe ou a de culturas. **O essencial, portanto, para caracterizar o racismo** (e a raça como sua ideia principal), **menos do que as diferenças físicas e/ou culturais eventualmente existentes entre agrupamentos humanos, é a presença de um discurso racializante superficial, verificável do ponto de vista político-histórico e dotado de razoável repercussão social. Esse discurso, calçado no preconceito, é que grava grupos como raças, podendo ser reproduzido por falsas teorias, crenças, narrativas místicas, propagandas, etc.**

(...)

**Como elemento normativo dos crimes raciais, a partícula raça, em suma, cumpre a função de detectar os grupos aos quais se aplicam os conectores preconceito e discriminação. Tem-se, com efeito, ‘preconceito de raça’ e ‘discriminação de raça’. Vale dizer, preconceito e discriminação que recaem sobre determinadas parcelas pelo fato de serem apontadas como racialmente inferiores (ou simplesmente como raças).” (grifei)**

Sob tal perspectiva, revela-se inadmissível, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Federal, **a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional.**

**Tenho para mim** que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público

**contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.**

**Foi por tal razão que enfatizei, no voto que proferi em referido julgamento (HC 82.424/RS), que os núcleos do tipo penal previstos no art. 20, “caput”, da Lei nº 7.716/89 revestem-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas** que esses comportamentos **podem** assumir, **concretizando, assim, qualquer** que tenha sido o meio empregado, **a prática inaceitável** da intolerância racial.

**Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.**

**Daí a correta afirmação** de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado **tem o dever** de atuar **na defesa** de

postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios **fundados em inadmissíveis visões excludentes**.

**Aceitar** tese diversa **significaria** *tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção* que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos **que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como sucede** com os integrantes da comunidade LGBT.

**Não custa lembrar** que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

**Cabe advertir**, de outro lado, neste ponto, **que a interpretação** do ordenamento positivo, **notadamente** quando efetivada pelo Poder Judiciário, **não se confunde com o processo de produção normativa**.

*Com efeito, esta Suprema Corte, por mais de uma vez, já acentuou que o procedimento hermenêutico* realizado por órgãos do Poder Judiciário **objetiva**

**extrair a interpretação dos diversos diplomas legais vigentes que compõem** o quadro normativo positivado pelo Estado, para, **em razão da inteligência e do sentido exegético** que lhes der, **obter os elementos necessários à exata aplicação do direito, não se confundindo**, por isso mesmo, com o processo de elaboração legislativa (**AI 161.396-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

#### **“A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA**

**– O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário**, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.

**A interpretação**, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, **tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo**, por isso mesmo, **com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais** – por caracterizar **atividade típica dos Juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas** dos demais Poderes da República. **Precedentes.**”

(**AI 266.576-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**É preciso advertir**, *bem por isso*, **que o processo de interpretação** dos textos legais e da Constituição, **ao contrário** do que sustentam, *nos presentes autos*, os Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União, **não importa em usurpação** das atribuições normativas dos demais Poderes da República.

O autor da presente ação constitucional **alega** que a noção conceitual de “*raça*” **que compõe** a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores previstos na Lei nº 7.716/89 **tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, de inegável conteúdo polissêmico**, consoante o evidenciam **diversas** manifestações produzidas por ilustres doutrinadores que, **interpretando** os dispositivos em questão, **reconhecem possível** a configuração do crime de racismo **quando** o delito resultar de discriminação **ou** de preconceito dirigido à vítima **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

**Esse quadro**, *bastante expressivo*, **justifica** a utilização, *na espécie*, **do método da interpretação conforme**, **no que se refere** ao conceito de “*raça*”, **para os fins** a que se refere a Lei nº 7.716/89, **considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica** a própria declaração de direitos **proclamada** pela Lei Fundamental da República.

**A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas** pelo conteúdo normativo da ideia de “*raça*” **permite reconhecer que se mostra plenamente adequado** o emprego, *na espécie*, **tal**

**como preconizado** pela douta Procuradoria-Geral da República, *da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional* desta Suprema Corte (**RTJ 126/48**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 137/90**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 164/548**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 173/447-448**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 173/778-779**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 1.556-MC/PE**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 1.586-MC/PA**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **ADI 1.668-MC/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *v.g.*) **e segundo entendimento fundado no magistério da doutrina** (GILMAR FERREIRA MENDES, “**Jurisdição Constitucional**”, p. 316/326, item n. III, 4ª ed., 2004, Saraiva; KARL LARENZ, “**Metodologia da Ciência do Direito**”, p. 410/414, 2ª ed., trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian; JORGE MIRANDA, “**Manual de Direito Constitucional**”, tomo II/232, item n. 57, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional**”, p. 235, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; CELSO RIBEIRO BASTOS, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 101/102, 11ª ed., 1989, Saraiva; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade: Conceito, Sistemas e Efeitos**”, p. 188/189, item n. 9.8, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 169/175, itens ns. 189/198, 3ª ed./2ª tir., 2003, Del Rey; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “**Direito Constitucional – Teoria**

da Constituição”, p. 122/123, item n. 3.3, 3ª ed., 2006, Lumen Juris; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 262/270, item n. 3.2.9, 2ª ed., 2000, RT; NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**”, p. 560/563, 2006, RT; WALBER DE MOURA AGRA, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 569, item n. 28.17, 2ª ed., 2007, Forense; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 349/350, item n. 13, 2007, Saraiva, v.g.).

*Em suma: o entendimento* que venho de expor **não envolve aplicação analógica** (e gravosa) das normas penais **previstas** na Lei nº 7.716/89, **pois, como ninguém o ignora, não se admite** a utilização de analogia “*in malam partem*” em matéria penal, **como tive o ensejo de assinalar** em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), **valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.)**.

**Não se cuida, também, de formulação** de tipos criminais, **nem** de cominação de sanções penais, **eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação** de delitos **e à cominação** de penas *mediante provimentos jurisdicionais*, **ainda que emanados** do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).

**O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos** preceitos primários de incriminação **definidos** em legislação penal **já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que** atos de homofobia **e** de transfobia **constituem** concretas manifestações de racismo, **compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social**.

**Já se viu**, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário **do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo** – que envolve clara manifestação de poder – **permite identificá-lo** como instrumento **de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles** que, **por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem** ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais** do ordenamento jurídico, **expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão** do sistema de proteção do Direito.

**Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação** – cruel, ofensiva e intolerante

– **do racismo, por representarem** a expressão de sua **outra** face: *o racismo social*.

O eminente Ministro NELSON JOBIM, **ao participar** do julgamento do HC 82.424/RS (“Caso Ellwanger”), **em sua confirmação** de voto, **demonstrou** o sentido e o alcance exatos da palavra “racismo”, **tal como utilizada no inciso XLII** do art. 5º da Constituição, **esclarecendo**, em verdadeira interpretação autêntica – **pois integrou** a Assembleia Nacional Constituinte **e**, nessa condição política, **interveio nos respectivos debates** – **a compreensão** em torno da abrangência da expressão normativa “racismo”:

*“A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é précondição para a democracia (...). As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção*

*de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo, seguramente, é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. (...).*

(...)

*No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.” (grifei)*

Na realidade, o sentido de “raça” – que **não** se resume **nem** se limita a um conceito *de caráter*

estritamente fenotípico – **representa** uma arbitrária construção social, **desenvolvida** em determinado momento histórico, **objetivando** criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente **apoiadas** na hegemonia de determinado grupo de pessoas **sobre os demais estratos** que existem em uma particular formação social.

**É por essa razão** que o conceito geral e abstrato de racismo reveste-se de caráter amplo, sob cuja égide tornam-se enquadráveis as práticas de homofobia ou de transfobia, como observa PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (**“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo”**, p. 457, item n. 2, 2019, Livraria e Editora Spessotto):

“(...) ‘o **racismo consiste** em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão’. **Nesse conceito geral e abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram**, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, **servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem**

neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.” (grifei)

**Com tais mecanismos**, Senhores Ministros, **viabiliza-se a prática do racismo, muito bem definido**, em sua sustentação oral, **pelo eminente** Vice- -Procurador-Geral da República, Dr. LUCIANO MAIA, como “um processo de desumanização do outro” e que busca possibilitar, a partir de uma distorcida e perversa visão de mundo, a adoção, por um grupo hegemônico, de processos de discriminação e de exclusão sociais em relação a outros grupos por ele dominados e reduzidos, em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, a uma condição de inferioridade quanto ao acesso e ao gozo de direitos, de bens, de serviços e de oportunidades.

**Foi precisamente esse o sentido** que o Supremo Tribunal Federal **deu ao tema** ora em exame, **no que se refere à noção mesma de racismo, quando do julgamento** do “caso Ellwanger”, **como resulta claro** de expressiva passagem do voto **proferido** pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **que se tornou** Redator para o acórdão:

**“85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os**

*vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.*

(...)

**97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.” (grifei)**

**As razões ora expostas** bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, **por meramente adequar**, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, **comportamentos** homofóbicos e

transfóbicos à norma de tipificação penal **que define** a prática do racismo, **permitem constatar** que referidas condutas ilícitas **ajustam-se** à noção de racismo *em sua dimensão social*, **não havendo que se cogitar**, por isso mesmo, da existência, no caso, **de sentença** desta Corte Suprema **que se qualifique** como provimento jurisdicional *de caráter aditivo*.

**Inacolhível, portanto, a alegação** de que a decisão do Supremo Tribunal Federal **a ser proferida** no caso presente **qualificar-se-ia como sentença aditiva**, conforme sustenta o Senado Federal, **pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo**, **sem** que se busque reconstruir, no plano exegético, **a própria noção** de racismo, **cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido** pelo Supremo Tribunal Federal **em relevantíssimo** precedente (“caso Ellwanger”), **que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu** dos debates **travados** no seio da Assembleia Nacional Constituinte, **como enfatizou** o eminente Ministro NELSON JOBIM, **em passagem** por mim anteriormente referida – *e realçada* – neste voto.

A Câmara Alta, *no entanto*, **afirma** que a pretensão do PPS, **caso** deferida, **importaria** em *indevida* ampliação **da esfera de abrangência** da Lei nº 7.716/89, **que pune** a prática do racismo, **por alcançar** situações originariamente **não** previstas em referido diploma legislativo, **convertendo** o julgado **desta Corte em sentença de perfil marcadamente aditivo**, **do que resultaria** ofensa ao princípio da

separação de poderes, **com evidente subversão** do sistema constitucional de freios e contrapesos.

**O exame** do magistério doutrinário **em torno das chamadas sentenças aditivas, notadamente** em sede penal (ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO, “**Sentenças Aditivas na jurisdição constitucional brasileira**”, 2016, Fórum; FERNANDO MAICON PRADO TASCHETTO, “**As Sentenças Aditivas e As Sentenças Substitutivas – Direito Italiano e Brasileiro**”, 2016, Fabris Editor; ANTÔNIO VELOSO PELEJA JÚNIOR, “**Sentenças Aditivas e Jurisdição Constitucional**”, 2017, Juruá Editora, *v.g.*), **posto em confronto** com a pretensão de inconstitucionalidade deduzida **neste** processo, **não obstante** as *diversas* abordagens teóricas **efetuadas brilhantemente** por esses autores **a propósito** de tema **impregnado** de tamanha relevância, **torna possível concluir, segundo penso**, que, *no caso ora em julgamento*, **inexiste reconstrução jurisdicional** de tipos penais, **inocorre extensão** de legislação criminal a situações **ou** a comportamentos absolutamente estranhos **ou** despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, **nem se verifica** qualquer inovação **no plano** do ordenamento penal, **pela inserção, nele, de nova hipótese de incidência** de norma incriminadora.

**A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo, mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos**

para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo **consiste na impossibilidade** de o Tribunal **resolver** a controvérsia jurídica **mediante** emprego do método *da interpretação conforme à Constituição*, **método este que está sendo adotado** para **resolver** o litígio ora em julgamento, **consoante** precedentemente por mim assinalado **neste** voto.

13. **O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis**

**A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões** praticadas contra grupos sociais vulneráveis **e a recusa** do Poder Público **a enfrentar e superar** as barreiras **que inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais e transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório, **traduzem** omissão **que frustra** a autoridade do Direito, **que desprestigia** o interesse público, **que gera** o descrédito das instituições **e que compromete** o princípio da igualdade.

**Com o propósito de endereçar uma solução** a esse problema, **o Conselho de Direitos Humanos** da Organização das Nações Unidas, em junho de 2011 – *expressando grave preocupação* com os atos de violência e discriminação praticados, **em todas** as regiões do mundo, **contra** pessoas **em razão de** sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero – **adotou a Resolução** nº 17/19 sobre “Direitos

Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, **solicitando** ao Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos **a elaboração de propostas** destinadas a orientar os Estados **na implementação** de medidas para proteger os grupos sociais **expostos** aos riscos da intolerância.

**O relatório submetido** pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos **e aprovado** pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU **apresentou evidências de um padrão sistemático de violência e discriminação motivado** pela orientação sexual **ou** pela identidade de gênero das pessoas, **vindo a reconhecer que a falha das autoridades estatais em criar** mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, **além de configurar transgressão** aos compromissos **assumidos** pelos Estados (**inclusive** o Brasil) na ordem internacional, **ocasiona, ainda, a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos** da violência, da opressão e do constrangimento, **tanto** na esfera pública **quanto** no âmbito privado, **seja em decorrência** da atuação de agentes estatais, de particulares, de grupos **ou** de organizações extremistas, **seja, até mesmo, em face de comportamento** de membros da própria família da vítima.

**É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental** no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas **e constitui** momento culminante na efetivação do dogma – **segundo**

**proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos** nascem livres e iguais em dignidade e direitos, **pois todos** os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados, **sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero** são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, **não devendo** constituir motivo de discriminação ou abuso.

**Violações** de direitos humanos **que atingem** pessoas **por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero traduzem** situações que um Estado **fundado** em bases democráticas **não pode** tolerar **nem** admitir.

**É por essa razão** que, **entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem** postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e à identidade de gênero** –, **há um, o Princípio n. 3, que proclama** o direito titularizado por qualquer pessoa “*de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade*” (grifei).

**Isso significa que os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm a**

prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** estatuto *que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

**Essa afirmação, mais** do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos *minoritários que integram* a comunhão nacional.

*É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e dos homossexuais e transsexuais em particular, relevantes consequências no plano jurídico.*

**Incumbe, por isso mesmo, a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula **impeditiva** de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal,** ao proferir este julgamento, **estará viabilizando a plena realização dos valores** da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente democrática.*

**Busca-se**, neste processo, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos **e** instituições, **deve estimular** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade** imposto à coletividade dos homossexuais, transgêneros **e** demais integrantes da comunidade LGBT – estado esse **de que resultam** situações *de injusta exclusão jurídica* por eles sofrida, **em contextos fundados** em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo – **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância **e** da liberdade.

**Esta decisão – que torna efetivo** o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal **e** à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte**

de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns, **mas, sim, de toda** a coletividade social.

**O fato irrecusável**, no tema ora em exame, **é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem** ser tolerados. Ao contrário, **devem** ser reprimidos e neutralizados, **pois se revela essencial** que o Brasil **dê um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado grupos minoritários** em nosso País, **como** a comunidade LGBT, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

14. *A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBTI+: a inadmissibilidade do discurso de ódio (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 13, § 5º). A noção de tolerância como a harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos*

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou**, até mesmo, com

comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, *fundamentalmente*, **no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar**, *no contexto de uma dada formação social*, **uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações promovidas pelo Estado **ou** praticadas por particulares **que lhes restrinjam** o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais *por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero*.

*A intolerância e as práticas discriminatórias dela resultantes, motivadas* por impulsos irracionais, **especialmente** *quando dirigidas contra grupos minoritários*, **representam um gravíssimo desafio** que se oferece à sociedade civil **e a todas** as instâncias de poder situadas **no âmbito** do aparelho de Estado, **com particular destaque** para o Supremo Tribunal Federal.

**Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride**, *de modo frontal*, **valores básicos**, como a dignidade da pessoa humana **e** o próprio significado da noção de pluralismo (CF, art. 1º, III e V), **que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, o próprio** conceito de Estado Democrático de Direito.

**O que se mostra irrecusável**, presente essa configuração da ordem democrática, **é o fato** de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente o veto absoluto a qualquer** discriminação **atentatória**

aos direitos e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

**O estatuto constitucional das liberdades públicas**, bem por isso, **ao delinear** o regime jurídico a que elas estão sujeitas – **e considerado o substrato ético** que as informa –, **permite** que sobre tais prerrogativas **incidam** limitações de ordem jurídica **destinadas**, de um lado, **a proteger** a integridade do interesse social **e**, de outro, **a assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, **pois nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública **ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros, **ainda que integrantes de grupos minoritários**.

**Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, a proclamação** aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (**“Declaração de Princípios sobre a Tolerância”**), **que a define como** “*a harmonia na diferença*” **e como** “*o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito*”, **ao mesmo tempo em que adverte** que “*praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções*”, **traduzindo, ao contrário, um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito** pela diversidade das pessoas **e** pela multiculturalidade dos povos, **assim evitando** que irrompam, *no seio das formações sociais*, a exclusão, a marginalização,

a violência **e** a discriminação **contra** os grupos vulneráveis, **como** a comunidade LGBT.

**É por tal razão que a incitação** ao ódio público **contra qualquer** pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

**Cabe lembrar, neste ponto, a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo 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 constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*”.

**Bastante expressiva, também, a esse respeito, foi a decisão** que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **proferiu** no julgamento **da ADPF 291/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, que restou consubstanciado **em acórdão assim ementado**:

**“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

**1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar**

*justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses* (art. 142 da Constituição). *No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões pederastia ou outro e homossexual ou não, contidas, respectivamente, no ‘nomen iuris’ e no ‘caput’ do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo.*

*2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.*

*3. Pedido julgado parcialmente procedente.”*

(ADPF 291/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, **Pleno**, grifei)

**Eis porque**, Senhor Presidente, **a importante Conferência Internacional de Durban**, em 2001, na África do Sul, **reconheceu** que o racismo, a discriminação étnico-racial, a xenofobia e todas as demais formas de intolerância correlata (como a homofobia e a transfobia enquanto formas contemporâneas de racismo) **constituem a própria negação** dos princípios, dos propósitos e dos objetivos **proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948.**

**Claro e significativo o relevo** dessa Conferência,

cujo real significado **consistiu** na enfática proclamação **de que os valores** da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo **representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos** no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e a todas as modalidades correlatas de intolerância.

*15. Liberdade religiosa e repulsa à homotransfobia: convívio constitucionalmente harmonioso entre o dever estatal de reprimir práticas ilícitas contra membros integrantes do grupo LGBTI+ e a liberdade fundamental de professar qualquer fé religiosa, de proclamar e de viver segundo seus princípios, de celebrar o culto e concernentes ritos litúrgicos e de praticar o proselitismo (ADI 2.566/DF, Red. p/o acórdão Min. EDSON FACHIN), sem quaisquer restrições ou indevidas interferências do Poder Público. República e laicidade estatal: a questão da neutralidade axiológica do Poder Público em matéria religiosa*

**Não vislumbro** a ocorrência de qualquer ofensa ou dano potencial à liberdade religiosa, qualquer que seja a dimensão em que esta se projete (como a liberdade de culto, p. ex.), **se** o Estado **adotar** medidas **que visem** a prevenir e a reprimir, no plano criminal, **práticas** de caráter homotransfóbico, **da mesma forma** que o Poder Público **prevê** a figura penal **consistente** na punição, como delito, **do crime contra o sentimento religioso, punível** nos casos de ultraje a culto ou vilipêndio a ato ou a objeto de culto religioso, **tal como definido** no art. 208 do Código Penal.

**É inquestionável** que a liberdade religiosa **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, **em sede confessional, não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

**E a razão é uma só, pois a livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções – **inclusive em questões religiosas ou confessionais** – **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **ou** por grupos antagônicos **nem pode ser submetida** a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão **ou, ainda**, de instituições da sociedade civil.

**O regime constitucional de proteção às liberdades do pensamento permite asseverar que a adoção** pelo Estado de meios **destinados a impedir condutas homofóbicas e transfóbicas em hipótese alguma** **poderá coarctar, restringir ou suprimir** a liberdade de consciência **e** de crença, **nem autorizar qualquer medida que interfira** nas celebrações litúrgicas **ou que importe** em cerceamento à liberdade de palavra, **seja** como instrumento de pregação da mensagem religiosa, **seja, ainda**, como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, **quer em espaços públicos, quer em ambientes privados.**

**Não se pode ignorar, Senhor Presidente, que as liberdades do pensamento, inclusive quando exercidas em domínio religioso, qualquer** que seja a denominação confessional envolvida, **são**

**prerrogativas essenciais**, de extração **eminente-mente** constitucional, **cujo efetivo respeito – por qualificar-se como pressuposto necessário** à própria legitimação material do regime democrático – **impõe-se ao Estado e a seus agentes.**

**A livre expressão e divulgação** de ideias **não deve (nem pode) ser impedida** pelo Estado, **cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar** de direito absoluto –, **que eventuais abusos** cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional **ficarão sujeitos** à apreciação do Poder Judiciário, **mediante** controle jurisdicional **“a posteriori”**.

**Na realidade**, qualquer interpretação em sentido diverso **transgrediria o espírito de liberdade que deve informar, animar e condicionar** as relações entre o indivíduo **e** o Estado, **especialmente** se se considerar **que o pluralismo de ideias, enquanto fundamento desta República, mesmo** quando praticado em âmbito religioso, **revela-se subjacente** à própria concepção do Estado democrático de direito, **consoante prescreve** o art. 1º da Constituição do Brasil.

**Na verdade**, a Lei Fundamental da República, **em norma inteiramente compatível com a natureza democrática** do regime político **que hoje caracteriza** o perfil do Estado brasileiro, **proclama a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência**, em favor de todos, **a livre expressão e transmissão** de ideias, **sem a possibilidade de qualquer interferência prévia** do aparelho estatal,

seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

**Entendo**, por isso mesmo, **que a prática do proselitismo**, inclusive em temas de caráter religioso, **representa** elemento de concretização **do direito à livre difusão de ideias** **ou de manifestações** doutrinárias, **mesmo aquelas de caráter teológico**.

**O fato é que** a Constituição Federal, **ao estabelecer que são essencialmente livres** a manifestação do pensamento **e** a comunicação de ideias, **assegura**, por isso mesmo, **o pleno exercício** da liberdade de transmissão de valores, **sem** possibilidade **de prévia** interferência estatal (CF, art. 220, § 1º, c/c o art. 5º, IV e IX).

**Não tem sentido**, Senhor Presidente, **proibir-se o exercício** da liberdade de pensamento, **especialmente** no plano da difusão de ideias, **inclusive** de natureza confessional **ou** de conteúdo teológico, sendo plenamente lícito desenvolver-se, nessa área específica, atividade *de proselitismo*, **sendo irrelevante**, sob tal aspecto, **que se trate de proselitismo de natureza religiosa, ou de caráter político-ideológico, ou**, ainda, **de qualquer outra índole**.

**O Estado não pode**, no contexto de uma sociedade **que se caracteriza** por seu perfil democrático, **interditar, obstruir, embaraçar ou censurar** ideias, convicções, opiniões ou informações, *qualquer que seja o caráter de que se revistam*, **especialmente** quando se tratar de crenças religiosas, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável**

**interferência em domínio naturalmente estranho** às atividades governamentais.

**É por essa razão**, Senhor Presidente, **que não hesito** em proclamar e em destacar *a relevantíssima circunstância* de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer** que temas de caráter teológico **ou** concepções de índole filosófica, política, cultural ou ideológica, **quaisquer** que sejam – *que busquem atribuir densidade teórica* a ideias propagadas pelos seguidores *de qualquer* corrente de pensamento – **estão**, necessariamente, **fora do alcance** do poder censório e jurídico-penal do Estado, **sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional** de expressão **e** de disseminação (sempre legítima) das mensagens **inerentes** às posições doutrinárias em geral.

**O fato é que** a Carta Política estabelece que **nenhum** dispositivo, **inclusive aqueles de natureza criminal, pode constituir** embaraço à plena liberdade de consciência, de culto **ou** de expressão do pensamento e de difusão de ideias, mensagens ou doutrinas, **notadamente** aquelas de conteúdo religioso. **E mais: cabe referir**, *em tema de divulgação efetuada* por ministros e autoridades religiosas, **como pastores evangélicos, sacerdotes católicos, rabinos e imans**, entre outros, **que o exercício** de suas atividades **e a propagação** de suas mensagens religiosas, *que se processam em clima de absoluta liberdade em razão* da proteção constitucional **dispensada** à prática

do ministério e do culto religiosos, **também não impedem o proselitismo**, tal como já proclamou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **como se vê** de decisão que se acha consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEIN. 9.612/98. RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.**

**1. A liberdade de expressão** representa **tanto** o direito **de não ser** arbitrariamente privado **ou impedido** de manifestar seu próprio pensamento **quanto o direito coletivo** de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.

**2. Por ser um instrumento** para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **reconhece a primazia** da liberdade de expressão.

**3. A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente** à liberdade de expressão religiosa. **Precedentes.**

**4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso do argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem**

**a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações.**

**5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária.**

**6. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária.**

**7. Ação direta julgada procedente.”**

**(ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)**

**Regimes democráticos não convivem** com práticas de intolerância **nem se mostram compatíveis** com restrições de caráter censório **em matéria** de comunicação, de transmissão, de circulação de opiniões, de propagação e de pregação de mensagens de conteúdo religioso, **pois** uma de suas características essenciais **reside, fundamentalmente, no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva** de cidadãos, de fiéis e de líderes religiosos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações estatais **que lhes restrinjam** os direitos **por motivo** de crença religiosa **ou** de convicção política ou filosófica.

**O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, consiste** no fato de que a observância desses padrões constitucionais,

notadamente o veto absoluto a qualquer discriminação **atentatória** aos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), **representa fator essencial** à preservação e consolidação de uma sociedade política *livre, aberta e plural*.

Nesse contexto, Senhor Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas **em favor** do indivíduo, **a liberdade** de consciência, de crença e de manifestação de pensamento em geral, **que se qualifica** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente **estruturada** em bases democráticas **e regida**, por isso mesmo, **pelo princípio fundamental** do pluralismo político.

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, que **nada** se revela *mais* nocivo **e mais** perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir, de cercear **ou** de embaraçar a liberdade de expressão, *mesmo* que se objetive – **com apoio no direito fundamental à livre manifestação de opiniões – expor e transmitir** ideias, **oferecer** propostas doutrinárias, **apresentar** formulações **ou** sustentar posições teológicas **que a maioria** da coletividade *eventualmente* repudie, **pois**, nesse tema, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre**.

Inquestionável, desse modo, **que a livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções *não pode e não deve ser impedida* pelo Poder Público *nem submetida* a ilícitas interferências do Estado.

Ninguém, ainda que investido de autoridade estatal, pode prescrever **o que será ortodoxo em religião** – **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou política – **ou** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “**o mais precioso privilégio dos cidadãos...**” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense).

Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional **dispensado**, *entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa*, à liberdade de manifestação do pensamento **e** ao exercício do direito **de professar** qualquer fé religiosa, **de pregar** a mensagem que lhe é inerente, **de propagá-la e de conquistar** prosélitos **deslegitima** qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra** o pluralismo de ideias **e** a plena liberdade de culto e de celebração litúrgica.

Sabemos que a liberdade de expressão, **revestida de essencial transitividade**, **destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas opiniões, **inclusive em matéria teológica, possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento*

histórico, no meio social, **impedindo** que incida sobre ela, por conta e por efeito de suas convicções, não obstante minoritárias, **notadamente as de caráter religioso**, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, pois todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias, **ainda que estas** possam revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**As ideias**, nestas compreendidas as mensagens e as pregações de cunho religioso, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias, **especialmente as de natureza religiosa**, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo e à tolerância**.

**Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional, eis que** tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, vale dizer, **com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético**, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

**Irrecusável**, contudo, que o direito de dissentir, **que constitui** irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

**Bastante expressiva, a esse respeito, a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator, que restou consubstanciado, no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado:**

“(...) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO**

DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – **DISCUSSÃO** QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS,

COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISIBILIDADE DA ‘PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO’ – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE ‘LIVRE MERCADO DE IDEIAS’ – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO ‘FREE MARKETPLACE OF IDEAS’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).”

(ADPF 187/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso

– desde que não resvale, *abusivamente*, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, p. ex., em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que de sua prática possam resultar, especialmente no domínio religioso ou espiritual, posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, as palavras do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), no caso “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), proferidas, em 1929, em notável e histórico voto vencido (hoje qualificado como uma “powerful dissenting opinion”), então inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, nas quais HOLMES deixou positivado um “dictum” imorredouro fundado na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que reproduzo, a seguir, em livre tradução:

“(...) **but** IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT

*freedom for the thought that we hate.*” (“mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, mais do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, mas não a liberdade do pensamento apenas em favor daqueles que concordam conosco, mas, sim, a liberdade do pensamento que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, proteger o direito dos que sustentam ideias – mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas – que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade.

O pluralismo (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República.

É que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e

ao **ódio público** *contra os integrantes da comunidade LGBT*, por exemplo, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional **que assegura** a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender**, *em seu âmbito de tutela*, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

**Isso significa**, portanto, **que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente quando as expressões de ódio público** – veiculadas com **evidente superação** dos limites da propagação de ideias – **transgridem**, *de modo inaceitável*, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

**Esta** Suprema Corte, *por mais de uma vez*, **ao pronunciar-se** sobre a **extensão** dos direitos e garantias individuais, **fez consignar** a seguinte advertência, **que cumpre ser relembrada**:

**“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.**

**O estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – **e considerado o substrato ético** que as informa –, **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, **a proteger** a integridade do interesse social **e**, de outro, **a assegurar** a coexistência harmônica das liberdades, **pois nenhum direito ou garantia** pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública **ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.”

(RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**Não foi por outra razão** que esta Suprema Corte, **ao julgar o RHC 146.303/RJ**, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, **examinando o tema** da liberdade religiosa, **na perspectiva** dos excessos **decorrentes** do seu exercício, **reconheceu que a superação abusiva** dos limites da pregação religiosa **não tem** o amparo da Constituição da República, **pois** a liberdade de expressão, **quando implicar** transgressão ao ordenamento penal, **mostrar-se-á conflitante** com o texto constitucional:

**“Recurso ordinário em ‘habeas corpus’. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido.**

(...)

**2. O direito à liberdade religiosa** é, em grande medida, **o direito à existência** de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, **que se vinculam e se harmonizam** – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – **na chamada tolerância religiosa**.

**3. Há que se distinguir** entre o discurso religioso (**que é centrado** na própria crença e nas razões da crença) **e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça** com intuito de atingi-la, rebaixá-la **ou** desmerecê-la (ou a seus seguidores). **Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (...).**” (grifei)

**Cabe referir**, por oportuno, julgamento **emanado** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **proferido em 07/04/2003**, no exame do caso **Virginia v. Black et al.**, **quando** essa Alta Corte **concluiu que não é incompatível** com a Primeira Emenda (**que protege** a liberdade de expressão naquele país) a lei penal **que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz** (“cross burning”) **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, **no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio** destinado a transmitir **àqueles a quem se dirige tal mensagem o propósito criminoso de ameaçar**.

**Em tal julgamento**, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – **cuja jurisprudência em** torno da Primeira Emenda **orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando, por isso mesmo, o critério da “preferred position”**) – **proclamou**, não obstante, que essa proteção constitucional **não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir** certos comportamentos **cuja exteriorização traduza** a concretização **de propósitos criminosos**.

**Disso tudo resulta** que pregações religiosas, sermões **ou** homilias, **enquanto expressões legítimas** de transmissão, de divulgação **e** de circulação de ideias **em matéria** de doutrina religiosa **ou** de exposição de princípios teológicos **têm o amparo** do texto constitucional **que protege** aqueles que, **na condição de líderes ou de autoridades religiosas, desempenham**, junto às respectivas congregações, **atividade pastoral ou de natureza confessional**.

**A exposição e a reprodução** de narrativas, conselhos, lições **ou** orientações **constantes** de *qualquer* livro sagrado **referentes** a *qualquer* religião – **como** a Bíblia, a Torah, o Alcorão, a Codificação Espírita, os Vedas hindus e o Dhammapada budista, **entre outros** – **não se revelam** aptos a configurar delitos contra a honra, **porque veiculados com o intuito** de divulgar o pensamento **resultante** do magistério teológico **e** da filosofia espiritual **que são próprios** de cada uma dessas denominações confessionais, **circunstância que descaracteriza**,

por si só, o “*animus injuriandi vel diffamandi*”, **tor-  
nando legítimos**, por isso mesmo, o discurso e a  
pregação enquanto expressões dos postulados de  
fé de tais religiões.

**Não constitui demasia assinalar**, neste ponto,  
**que a divulgação objetiva** de fatos ou de narrati-  
vas religiosas **não basta**, só por si, **para configurar**  
hipótese de ilicitude, *civil e/ou penal*, **pois jamais**  
**se pode presumir o intuito doloso** de ofender **subja-  
cente** à exposição descritiva **veiculada** pelos líderes  
e pregadores religiosos **com apoio** no magistério  
contido nos *Livros Sagrados*.

Na realidade, **a inexistência** do elemento subje-  
tivo **pertinente** aos delitos contra a honra (“*animus  
injuriandi vel diffamandi*”) **afasta** a própria carac-  
terização formal dos crimes de calúnia, difamação  
e injúria, que exigem, *sempre*, a presença do dolo  
específico, **sem** o qual **não** se aperfeiçoam as figuras  
típicas em questão.

**É por essa razão** que autores **como** NELSON  
HUNGRIA (“**Comentários ao Código Penal**”, vol.  
VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MA-  
GALHÃES NORONHA (“**Direito Penal**”, vol. 2/114-  
-115, item n. 340, 26ª ed., 1994, Saraiva), DAMÁSIO  
E. DE JESUS (“**Código Penal Anotado**”, p. 406, 4ª  
ed., 1994, Saraiva), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO  
(“**Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts.  
121 a 212 CP**”, p. 133/134, item n. 182, 11ª ed., 1995,  
Forense) e JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO  
N. FABBRINI (“**Manual de Direito Penal**”, vol. II/121,

item n. 8.1.7, 27ª ed., 2010, Atlas), **ao analisarem** o  
tipo subjetivo nos crimes **contra** a honra, **exigem**,  
*sempre*, como elemento **essencial** à caracterização  
de tais delitos, **o propósito de ofender**.

**A intenção de ofender**, desse modo, **constitui**  
um dos “*essentialia delicti*”. **Sem** o propósito delibe-  
rado de ofender – **que traduz** elemento subjetivo do  
tipo penal –, **não se realiza** o crime de difamação,  
de injúria ou de calúnia.

Nesse contexto, as denominadas *excludentes aní-  
micas* (**dentre as quais**, o “*animus narrandi*”, p. ex.)  
**desempenham** papel de grande relevo jurídico-penal,  
**pelo fato** de a sua ocorrência **implicar descaracte-  
rização** do elemento subjetivo **inerente** aos crimes  
contra a honra. **Tal circunstância afasta** a ocorrência  
dos delitos contra a honra, **nos quais** o dolo **jamais**  
**resulta** “da própria expressão objetivamente ofensiva”,  
**eis que**, nesse tema, **não sendo** de cogitar do dolo “*in re  
ipsa*”, **não há como simplesmente presumi-lo** (HELENO  
CLÁUDIO FRAGOSO, “*op. loc. cit.*”).

**Cumprе ressaltar**, por oportuno e relevante,  
**que o Supremo Tribunal Federal**, **revelando essa**  
**mesma percepção a respeito do tema**, **tem reco-  
nhecido** que as referidas *excludentes anímicas*,  
**quando presentes** no discurso **alegadamente**  
**ofensivo**, **descaracterizam a própria delituosidade**  
do comportamento dos agentes (**HC 68.166/DF**, Rel.  
Min. SYDNEY SANCHES – **HC 72.062/SP**, Rel. Min.  
CELSON DE MELLO – **HC 98.237/SP**, Rel. Min. CELSON  
DE MELLO – **Inq 2.699-QO/DF**, Rel. Min. CELSON DE

MELLO – **RHC 65.241/PR**, Rel. Min. CÉLIO BORJA – **RHC 66.018/SP**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, v.g.):

**“CRIME CONTRA A HONRA – Calúnia, difamação e injúria inferidas de depoimento prestado em juízo – Inadmissibilidade – Simples narração do que o depoente sabia, de ciência própria ou por ouvir dizer – Ausência, pois, de justa causa para a ação penal – Trancamento – ‘Habeas corpus’ concedido – Recurso para tanto provido – Inteligência dos arts. 138 a 140 do Código Penal e 648, n. I, do Código de Processo Penal.”**

(**RT 514/448**, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – grifei)

**“– Nos delitos de calúnia, difamação e injúria, não se pode prescindir, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. Doutrina e jurisprudência.**

**– Não há crime contra a honra, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão. Precedentes.”**

(**RTJ 168/498-499**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**A proteção constitucional à liberdade religiosa traduz natural consequência do caráter laico que**

assume, em nosso sistema político-jurídico, o Estado republicano brasileiro.

**Ninguém** pode ser punido em nosso ordenamento positivo por blasfêmia **ou** por apostasia, **pois, como tenho enfatizado ao longo deste voto**, o Estado laico **não tem** qualquer interesse de índole religiosa, **sendo-lhe indiferente** a escolha pessoal de qualquer cidadão em matéria confessional, **a quem se reconhece** o direito de professar **ou** de não professar qualquer corrente religiosa, **permitindo-se-lhe, ainda, sem que possa sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica, **celebrar** cultos absolutamente **divorciados** do sentimento geral de religiosidade **prevalecente** no âmbito social.

**O que não se revela lícito** a qualquer pessoa, *no entanto*, **além de não poder ofender** a honra de terceiros **em razão** de sua preferência religiosa, **é escarnecer de alguém, em público, por motivo** de crença **ou** função religiosa, **ou, então, de impedir ou perturbar** cerimônia ou prática de culto religioso **ou, ainda, vilipendiar**, publicamente, ato ou objeto de culto religioso.

**Por tal razão**, o Código Penal, **objetivando proteger** o sentimento religioso, **que representa** o bem jurídico penalmente tutelado pelo ordenamento estatal, **pune o crime** de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, **como resulta claro** do art. 208 de nosso estatuto repressivo.

**É por isso** que a jurisprudência dos Tribunais **tem reconhecido a possibilidade de incriminação daquele que**, “embriagado (...), ingressa na igreja, no momento da celebração da missa, perturbando

a cerimônia com palavras” (RT 491/318) **ou**, então, “agindo com o intuito de perturbar o culto religioso, entre outros artifícios, direciona possantes auto-falantes para o prédio da igreja e liga os aparelhos em altíssimo volume, com músicas carnavalescas, e, em outras oportunidades, faz uso de estampidos de bombas juninas, tudo para impedir as orações e os cânticos dos fiéis” (RJDTACRIM, vol. 6/128).

**Também incide** no art. 208 do Código Penal **aquele** que, **objetivando impedir** a realização de casamento **em templo religioso, perturba** a cerimônia e a prática desse ato, **tumultuando, desorganizando e alterando** o seu regular desenvolvimento, **vindo a forçar** o celebrante de abreviar a realização da cerimônia (RT 533/349).

**Vale mencionar** que, *mesmo cerimônias completamente divorciadas das crenças religiosas tradicionais* prevaletentes na coletividade, **como as práticas rituais e culturais indígenas**, quando objeto de escárnio, de vilipêndio, de perturbação ou de impedimento, **merecem igual proteção** da legislação penal, **consoante estabelece** o próprio Estatuto do Índio em seu art. 58, inciso I.

*De outro lado*, a casuística jurisprudencial **registra as diversas situações** em que se reconheceu incidir, *em defesa do sentimento religioso*, a norma penal em questão (CP, art. 208):

**“Interrupção de culto na Igreja Pentecostal no momento em que, pelo alto-falante, se**

**anunciava que uma criança iria ressuscitar naquele local** – ‘Foi abusivo o ato do réu, que, **não compreendendo** o sentido da cerimônia e da conclamação do povo ao culto, **com inspiração em conhecida passagem** do Evangelho, **desbordou** para o escândalo, **vociferando** em público, de maneira a interromper o ato que se realizava no templo repleto de fiéis. **Desrespeitou** a garantia constitucional do livre exercício do culto religioso e sua liturgia. Podem os dirigentes da Igreja ter exagerado na forma de atrair as pessoas à celebração do culto daquele dia, excitando-lhe a curiosidade com a anunciada ressurreição de uma criança. **Nem por isso, todavia, poderia o réu arvorar-se em censor da atividade religiosa, interromper aquela solenidade.**”

(TACRIM/SP, AC 534.549-2, Rel. Juiz FÁBIO DE ARAÚJO – grifei)

**“Efetuar disparos de arma de fogo diante da capela em que o sacerdote proferia o sermão da missa, perturbando, deste modo, o culto, configura o delito do art. 208 do CP, que exige apenas o dolo eventual.”**

(RT 419/293, Rel. Juiz CUNHA CAMARGO – grifei)

**“Para a configuração do crime do art. 208 do CP, é necessário que o escárnio seja dirigido a determinada pessoa, sendo que a assertiva de que determinadas religiões traduzem ‘possessões demoníacas’ ou ‘espíritos imundos’, espelham**

*tão-somente, posição ideológica, dogmática, de crença religiosa, não tipificando o crime de vilipêndio, ou ultraje a culto.”*

(**RJD/TACRIM-SP**, vol. 23/374, Rel. Juiz RÉGIO BARBOSA – grifei)

*“O agente que, embriagado, ingressa na igreja, profere impropérios, empurra os fiéis e ofende o pastor que preside o culto, incide na sanção do art. 208 do CP.”*

(**RTJE**, vol. 140/273, Rel. Juiz XAVIER DE AQUINO – grifei)

*“Pratica o delito do art. 208 do CP quem, voluntária e injustamente, coloca em sobressalto a tranqüilidade dos fiéis ou do oficiante, ao perturbar cerimônia de culto religioso.”*

(**RT 405/291**, Rel. Juiz LAURO MALHEIROS – grifei)

**Sabemos todos**, Senhor Presidente, **que o advento** da proclamação da República **importou em ruptura** de antiga tradição que, **oriunda** de nosso passado colonial, **prevaleceu** no Brasil **desde** o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 **e que consagra**, entre nós, **o catolicismo como religião oficial do Estado**.

Essa situação **prolongou-se** durante o período colonial, **como se vê** da legislação reinol e, sobretudo, das Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), **subsistindo na fase** da dominação

espanhola (1580/1640) **e projetando-se** até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

**Com a independência nacional**, o Brasil **man-teve** a sua condição de Estado confessional, **pois** a Carta Política de 25/03/1824 **proclamava**, em seu art. 5º, que **“A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”, estabelecendo**, ainda, que **“Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado (...)”** (art. 179, n. V – grifei).

**Com a República**, no entanto, *como anteriormente assinalado*, **sobreveio a ruptura** preconizada pelos positivistas, **cujo suporte legitimador** apoiou-se *no Decreto nº 119-A, de 07/01/1890*, **editado** pelo Governo Provisório, **que aprovou** o projeto **elaborado** por Ruy Barbosa e Demetrio Nunes Ribeiro.

**Em decorrência** desse ato, **operou-se** uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, **afastando** da jovem República brasileira *a nota de confessionalidade* **que caracterizara, até então**, o Estado no Brasil, **que passou a ostentar o perfil de Estado verdadeiramente laico, como se pode ver, p. ex., do Decreto nº 181, de 24/01/1890, cujo texto veio a reconhecer como juridicamente válido, de forma absolutamente inovadora, apenas** o casamento civil.

**Vê-se, portanto, que é na República** que se situa

o marco histórico-temporal **consagrador** *do princípio básico da laicidade estatal*, de cuja incidência **derivam**, pelo menos, **três consequências de fundamental importância**: (a) **a separação** orgânica entre Igreja e Estado, **a propiciar** uma nítida linha divisória **entre** *a esfera secular ou temporal*, de um lado, **e o domínio espiritual**, de outro; (b) **a neutralidade** axiológica do Estado em matéria confessional, **a significar** que o Poder Público **não tem** preferência **nem** aversão a qualquer denominação religiosa; e (c) **o respeito incondicional** à liberdade religiosa, cuja prática **não** pode sofrer interferência do aparelho de Estado, **seja** para favorecer **aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar** religião alguma, **seja**, ainda, para prejudicá-los.

**Ninguém desconhece** *que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro*, com seus consecratórios de ordem institucional, **como o direito de Padroado, o beneplácito régio e o recurso à Coroa, culminaria por tornar inevitáveis os conflitos entre** a Igreja Católica Romana **e o Trono Imperial, como sucedeu** no contexto *da conhecida Questão Religiosa ou Questão Episcopo-Maçônica* (1872-1875), **sem se falar**, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (*“A Democracia Coroada”*, p. 403, 2ª ed., 1964, Vozes), **da supressão** do noviciado nas Ordens Religiosas **e das tentativas cismáticas e das propostas regalistas** do Padre Diogo Antônio Feijó, **que sustentava a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos, tanto que**

**tal comportamento político** deu origem, *no Período Regencial, notadamente* entre 1831 e 1834, *à crise da Questão Clerical, que consistiu na proposta de abolição do celibato sacerdotal*.

Na base desses conflitos **estava a tentativa de submeter**, ao poder secular do Estado, **o exercício** dos direitos eclesiásticos **titularizados** pela Igreja Romana. **Esse fato vem corroborado** em cartas particulares **dirigidas** por Bispos diocesanos ao Imperador, **nas quais são relatadas** *“ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica”*, **sempre com o objetivo de subordinar** a Igreja ao Estado, **tanto que houve** tentativas, **como aquela empreendida** por Bernardo Pereira de Vasconcelos, *“em seus dias veementes de líder oposicionista no Primeiro Reinado”*, **de instituir**, no Estado monárquico brasileiro, uma Igreja **estruturada** segundo as concepções **regalistas** de poder, **em clara demonstração** de *“nacionalismo religioso”*.

Esse quadro histórico **revela-nos** a alta inconveniência **de adotar-se** determinada religião **como sendo** a religião de um particular Estado nacional. **É que a confessionalidade** do Estado **acaba por suprimir** a independência necessária de que deve gozar a Igreja, *qualquer que seja a denominação religiosa que ela represente*. **Quando Campos Salles**, em sua condição de Presidente-eleito do Brasil, **visitou** a Santa Sé, *em agosto de 1898*, **manteve encontro formal** com o Papa Leão XIII. **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO (*“O Presidente Campos Salles*

na Europa”, p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, “*encareceu as vantagens por ela [Igreja Católica] conquistadas entre nós depois da Proclamação da República*”, **em uma clara** (e diplomática) **referência ao grave conflito** que irrompera, *havia pouco mais de um quarto de século*, **entre** o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

**Torna-se importante reconhecer**, bem por isso, **a essencial necessidade** de se estabelecerem espaços de independente atuação, **sem** recíprocas interferências, **entre** a Igreja **e** o Estado, **criando-se** o que Thomas Jefferson, **já Presidente** dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, **denominara** “*a wall of separation between Church and State*”, **demonstrando**, assim, a nítida percepção **de que a separação formal (e efetiva) entre Igreja e Estado constitui pressuposto necessário** à realização de um duplo e fundamental objetivo: *de um lado*, **impedir** que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer** que sejam, **transgredindo**, *desse modo*, **a prática** da liberdade religiosa; **e, de outro**, **obstar** que grupos religiosos, **inclusive facções** fundamentalistas, **intervindo** no desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

**Quando os Fundadores da República, no Brasil, conceberam** essa forma de Governo, **preocuparam-se**, desde logo, **ao viabilizarem** as novas conquistas **e** avanços, **em implementar a separação institucional entre Igreja e Estado** (**Decreto** nº 119-A/1890), **que se consolidou**, em momento posterior, **com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar**, de maneira bastante expressiva, **o princípio da laicidade estatal**.

**Cabe advertir**, no entanto, **que a fórmula constitucional da laicidade do Estado não significa** que o Estado republicano brasileiro **tornou-se um Estado ateu**, **nem sequer anticlerical**, **valendo relembrar**, no ponto, **a correta observação** de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“**A Democracia Coroada**”, p. 405, 2ª ed., 1964, Vozes), **para quem** “A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião”.

**Na realidade**, esse mesmo autor **reconhece** como um dos efeitos positivos **resultantes** da separação formal entre a Igreja e o Estado a emancipação da instituição religiosa **em face** do Poder Público, **pois**, “se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta” (“**op. loc. cit.**”).

**Essa rígida separação** – existente **sob a égide** da Constituição de 1891 (**que determinava**, em seu art. 72, § 6º, **fosse** “leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”) – **sofreu significativo**

abrandamento motivado por pressão da Igreja Católica, **que obteve solução de compromisso substanciada em verdadeira fórmula transacional acolhida e formalmente positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado, **contemplou**, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais e profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao “casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (...)” (CF/1891, art. 146).

**A consagração constitucional do Estado laico traduz** decisivo fator **para o exercício** da liberdade religiosa, **que representa, no quadro das liberdades fundamentais, projeção concretizadora** do direito à livre manifestação de ideias e de convicções, **tudo a revelar a importância da laicidade do Estado e a indispensabilidade** de sua neutralidade axiológica **em relação a qualquer** denominação confessional.

**A solução de consenso que prevaleceu** em 1934 **ainda subsiste**, de certo modo, **sob a égide da vigente** Constituição republicana, que, **embora mantendo – como se impõe – a separação formal** entre Igreja e Estado (CF, art. 19, I), **não se revela anticlerical nem hostil a qualquer denominação religiosa, seja ela cristã, não cristã ou**, até mesmo, **pagã, pois consagra** a inviolabilidade da liberdade

de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI), **garante** o livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), **assegura** a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (CF, art. 5º, VI), **estabelece** que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar** para eximir-se de obrigação legal **a todos** imposta (CF, art. 5º, VIII), **impede** que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, **desde que desempenhe prestação civil alternativa** (CF, art. 143, § 1º), **concede** imunidade tributária **aos templos de qualquer culto**, **assim neutralizando eventual** tentativa do Poder Público de valer-se, **mediante** manipulação de sua competência impositiva, **de medidas que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa** (CF, art. 150, VI, “b”), **permite** a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares **de internação coletiva** (CF, art. 5º, VII) **e atribui** eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (CF, art. 226, § 2º).

**Uma das dimensões em que se projeta o princípio da laicidade** estatal **reside na observância, pelo Poder Público, de seu dever de neutralidade axiológica em matéria confessional, a significar** que o Estado **não pode** estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, **ou, ainda, embaraçar-lhes o exercício, como igualmente não pode nem deve manifestar** preferência **ou revelar** repulsa a qualquer organização ou denominação religiosa.

**O saudoso** Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES,

**ao proferir voto vencido** nesta Suprema Corte em 17/11/1949, **no julgamento do MS 1.114/DF**, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, **no qual se discutiu a legitimidade constitucional** de intervenção do Presidente da República **nas práticas litúrgicas da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira**, **após repudiar** a possibilidade de ingerência da autoridade civil **na esfera de celebração religiosa** de determinada organização confessional, **impondo-lhe indevidas restrições** quanto à utilização de vestimentas, de manifestações externas e de celebrações rituais, **deixou consignadas**, em seu magistral pronunciamento, **algumas advertências que cumpre não ignorar**:

“(…) **parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença**, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

**Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto.**

**Devemos estes grandes princípios** à obra benemérita de Demétrio Ribeiro, **de cujo projeto surgiu**, em 7 de janeiro de 1890, **o sempre memorável ato** que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

**É de se salientar, aliás, que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou**

**prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava** durante o Império. **Foi durante o Império** que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; **foi durante o Império** que se verificou a luta entre maçons e católicos, **de que resultou a deplorável prisão** dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; **foi durante o Império** que prevaleceu a legislação de mão morta.

**Com a República, o prestígio da Igreja Católica cresceu**, como todos reconhecemos.

**Deve-se (...) atribuir**, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, **o ter-se ela batido pela separação** da Igreja do Estado, **o princípio civil** da separação da Igreja do Estado. **O princípio civil** da separação da Igreja do Estado **foi o princípio** que a Igreja Católica **defendeu** nos seus começos, **talvez contrariado** na teocracia católico-feudal da Idade Média. **Mas não há dúvida** em que a separação da Igreja e do Estado, **pela qual se bateu** a própria Igreja Católica, **e que é a base política republicana, só concorreu** para que ela crescesse de prestígio.

(...)

**Proíbe**, em consequente, **a Constituição que o poder temporal embarace** o exercício **de qualquer** culto religioso. (...).

(...)

**É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de**

*crenças, **que reclama a separação** da Igreja do Estado **e que importa, necessariamente na liberdade** do exercício do culto; (...).” (grifei)*

***Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial** da organização institucional do Estado brasileiro, **representando, nesse contexto, uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores da República, **cujas opções** – consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes – **teve em perspectiva, como anteriormente já referido**, a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante do gravíssimo conflito** que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia epíscopo-maçônica** (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.*

***A laicidade** do Estado, **enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente** no direito de professar **ou** de não professar **qualquer** confissão religiosa), **como assegura** absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo, ainda, às pessoas plena liberdade de consciência e de culto.***

***O conteúdo material** da liberdade religiosa – **que se qualifica como direito fundamental do indivíduo** – **compreende, na abrangência de seu significado,***

*entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de fazer proselitismo, **a liberdade** de não aderir a religião alguma, **a liberdade** de alterar suas preferências confessionais, **a liberdade** de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas **e a liberdade** de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, **valores esses** que representam elementos necessários **à própria** configuração da ideia de democracia, **cujas noções se alimenta, continuamente, do respeito ao pluralismo.***

***Torna-se importante registrar, no ponto, o tratamento normativo, inquestionavelmente liberal,** que Portugal **dispensou à liberdade religiosa, como se vê da Lei nº 16**, de 22/06/2001, que, **ao assegurar, em plenitude, o exercício** dos direitos individuais e coletivos **em matéria confessional, definiu, em caráter não taxativo, o conteúdo** da liberdade religiosa, **distinguindo, sob tal perspectiva, entre o conteúdo positivo e o conteúdo negativo** dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional **garantida a todos** os cidadãos, **sem** exceção.*

***Esse diploma legislativo, ao enunciar, em bases meramente exemplificativas, o conteúdo positivo** da liberdade religiosa, **assim dispôs:***

**“Artigo 8º**

**Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto**

**A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:**

- a) Ter**, não ter e deixar de ter religião;
- b) Escolher** livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;
- c) Praticar** ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;
- d) Professar** a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;
- e) Informar** e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;
- f) Reunir-se**, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;
- g) Agir** ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;
- h) Escolher** para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;
- i) Produzir** obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião.” (grifei)

*De outro lado, o conteúdo negativo da liberdade religiosa, **tal como delineado** por referida legislação, **compreende** importantes restrições estabelecidas **em favor** da pessoa, **em ordem a protegê-la contra indevidas interferências** na esfera íntima de sua própria individualidade:*

**“Artigo 9º**

**Conteúdo negativo da liberdade religiosa**

**1 — Ninguém pode:**

- a) Ser obrigado** a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;
- b) Ser coagido** a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros;
- c) Ser perguntado** por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;
- d) Ser obrigado** a prestar juramento religioso.” (grifei)

**Nesse contexto**, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade

religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, como o é o Estado brasileiro, **haverá**, sempre, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face da exigência constitucional de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se**, **inconstitucionalmente**, **em critério definidor** das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.

**O fato irrecusável** é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré-compreensões** em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), **as suas próprias** convicções religiosas.

**Vale referir**, bem por isso, **o preciso magistério**

de DANIEL SARMENTO (“**Legalização do Aborto e Constituição**”, “in” “Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, p. 03/51 e p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

**“A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião** (art. 5º, inciso VI). **Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).**

**A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos**

poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância **em relação** às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

**Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo.** Dentro de um mesmo Estado, **existem** pessoas que **abraçam** religiões diferentes – **ou que não adotam nenhuma** –; **que professam** ideologias distintas; **que têm concepções** morais filosóficas díspares **ou** até antagônicas. **E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar** estas escolhas e orientações de vida, **não lhe sendo permitido** usar do seu aparato repressivo, **nem mesmo** do seu poder simbólico, **para coagir** o cidadão **a adequar** sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, **nem tampouco para estigmatizar** os ‘outsiders’.

**Como expressou** a Corte Constitucional alemã, **na decisão** em que considerou inconstitucional **a colocação de crucifixos** em salas de aula de escolas públicas, ‘um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.’

(...) **O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário**

**político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração.** E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar.” (grifei)

**Em matéria confessional**, portanto, o Estado brasileiro **há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade** do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

**O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais.** Ao Estado **é indiferente** o conteúdo **das ideias religiosas** que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por **qualquer** grupo confessional, **mesmo porque não é lícito** ao Poder Público interditá-las **ou** censurá-las, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável** interferência em domínio **naturalmente** estranho às atividades estatais.

**É por essa razão**, Senhor Presidente, **que cabe destacar a relevantíssima** circunstância de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer que**

*temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica* – **que busquem** atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores **de qualquer** fé religiosa – **estão, necessariamente, fora do alcance** do poder censório do Estado, **sob pena** de gravíssima **frustração e aniquilação** da liberdade constitucional de crença e de disseminação (**sempre legítima**) das mensagens **inerentes** às doutrinas confessionais em geral.

**Relembro, neste ponto, o que disse logo no início** deste voto: **a separação constitucional** entre Estado e Igreja, **além de impedir** que o Poder Público *tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer* denominação religiosa, **objetiva resguardar** 2 (duas) posições **que se revestem** de absoluta importância: (1) **assegurar**, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) **obstar**, *de outro*, que grupos fundamentalistas **se apropriem** do aparelho de Estado, **para**, com apoio em convicções **ou** em razões de ordem confessional, **impor aos demais cidadãos a observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

**Note-se, por necessário**, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões *eminentemente não religiosas*, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como uma República **essencialmente** laica e **não** confessional, **para que não se repita**, *uma vez mais*, o gravíssimo erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do

Santo Offício, **que constrangeu** Galileu Galilei (“*eppur si muove!*”), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

**É importante assinalar, nesse ponto, as reflexões** que BARUCH DE ESPINOSA **expôs** em seu “**Tratado Teológico-Político**” (2ª ed., 2008, Martins Fontes), “*um livro forjado no inferno*”, **segundo** um de seus críticos, **que constitui, no entanto, a despeito das inúmeras objeções contra ele feitas, um dos textos filosóficos mais relevantes e influentes** na história do pensamento ocidental, **a ponto** de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, **impondo-lhe o “herem”**.

**Com efeito**, ESPINOSA, cuja vida foi **inteiramente** dedicada, *no plano filosófico*, **ao exame** da questão fundamental da liberdade humana, **jamaís se despojou** de seu espírito crítico, **havendo sido punido**, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, *como salientado*, **com a sanção do “herem”**, **vale dizer**, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade **por razões** que claramente se apoiavam *em lamentável juízo de intolerância*, **que considerou heréticos**, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, **que assinalava**, *em suas reflexões teóricas*, que a narrativa contida na Bíblia **deveria expor-se**, *como qualquer outro livro*, à crítica histórica, pelo fato, *segundo ele*, de a Bíblia

constituir “uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (...)”.

**E tudo isso** porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico **exaltava** a liberdade individual, **especialmente** em matéria religiosa, **procedeu**, *nessa única obra publicada em vida*, **à defesa incondicional** da liberdade de expressão, **o que levou estudiosos** de suas ideias a reconhecer, em seu “Tratado Teológico-Político”, **que esse livro consubstanciava**, verdadeiramente, “um elogio da tolerância e uma apologia da democracia”.

Na **visão filosófica** de ESPINOSA, **tornava-se claro** que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias **que não deveriam confundir-se**, pois tinha ele, *por incontestável*, **que nem a teologia** deveria subordinar-se à razão de Estado **nem esta** ao pensamento teológico, **mesmo porque** as convicções no domínio religioso **pertencem, exclusivamente, ao plano** da razão individual **e** ao foro íntimo *de cada ser humano*, **que é**, no âmbito da religião, **a suprema autoridade**.

A **necessária** delimitação **entre a esfera religiosa**, *que concerne ao espírito*, **e o domínio secular**, *que é regido pelo Estado*, **constitui** fator, *por excelência*, da liberdade humana, **pois** – adverte ESPINOSA nessa obra escrita **em pleno** século XVII –, “o verdadeiro fim do Estado é (...) a liberdade” (“op. cit.”, cap. XX, p. 302).

**Inquestionável**, *desse modo*, **que o Estado** – **quando busca impor** o predomínio de uma dada

religião **ou quando pretende restringir** os direitos de quem professa (**ou deixa** de professar) determinada fé religiosa, **instituindo** medidas de repressão **ou** de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas **inerentes** à liberdade religiosa – **revela**, *em toda a sua onipotência*, **a face intolerante** que as modernas Constituições de Estados democráticos **repudiam**, *certamente atentas* a uma advertência **que, atravessando** os séculos **e apoiada** no pensamento filosófico de ESPINOSA – **que põe ênfase** na questão da liberdade humana **e que exalta** a virtude da tolerância –, **reconhece** os perigos **resultantes** do extravasamento, *pela teologia*, dos limites que a circunscrevem, **projetando-a sobre domínios a ela estranhos**, **com o propósito de controle** das instituições seculares **e**, *por consequência*, **de subjugação** do espírito que anima **e** alimenta o direito inalienável de ser *essencialmente* livre.

**Cabe reconhecer**, em suma, *desse modo*, **que os postulados** da igualdade **e** da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, **que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público**.

16. **Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional**

**Cabe registrar**, *por necessário*, **que este**

juízo reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal **incumbe desempenhar** no âmbito do Estado Democrático de Direito, **em ordem a conferir efetiva proteção às minorias**.

Trata-se, na realidade, de **tema** que, intimamente associado ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

**Esse particular aspecto** da questão **põe em relevo a função contramajoritária** do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas transgêneros **representam** parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos **manifestados por grupos confessionais**, tem-se mostrado **infenso, nesse tema específico, à necessidade** de adequação do ordenamento nacional **a essa realidade emergente** das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à

**vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois**, ninguém o ignora, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

**É evidente** que o princípio majoritário **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito.

**Cumprе enfatizar**, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam** os grupos minoritários **expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, **o tema da preservação e do**

**reconhecimento dos direitos das minorias deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

**É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações** que fez, **em precisa abordagem** do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual no julgamento **da ADI 4.277/DF**:

*“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais **na restrição** da soberania popular **decorre da limitação** imposta pelo princípio do Estado de direito, **que não admite** a existência de poderes absolutos, **nem mesmo** o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia **não está habilitada** para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.*

***Portanto**, da mesma forma **que se veda à maioria** que faça determinadas escolhas – **suprimindo** direitos necessários à participação política de*

*determinados cidadãos –, **é igualmente vedado** a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*  
(...)

***Para salvaguardar** os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.*

***Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver** com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional** punir, perseguir **ou** impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.*

(...)

***Nesse passo**, o Poder Judiciário **assume sua mais importante função**: a de atuar **como poder contramajoritário**; de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas **ou** indignas das majorias. **Ao assegurar** à parcela **minoritária** da população o direito **de não se submeter** à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes **e** na função como garante dos direitos fundamentais.” (grifei)*

**Para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar** às *minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados, **pois ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

**Isso significa**, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias*, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

*17. A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*

**Enfatizo**, ainda, **como já acentuei** em votos **proferidos** nesta Suprema Corte, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra**

*suporte legitimador* em postulados fundamentais, **como** os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, *sobretudo*, o da *busca da felicidade*, **que decorre, por implicitude**, do núcleo de que se irradia **o valor fundante** da dignidade da pessoa humana.

**Vale destacar**, *nesse contexto*, **o papel relevante** que assume **o postulado** da dignidade da pessoa humana – cuja **centralidade** (CF, art. 1º, III) **conferre-lhe** a condição de **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País –, **que traduz**, *de modo expressivo*, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte em **decisões** que, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO W. SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana:

**doutrina e jurisprudência**”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**”, 2008, Renovar, *v.g.*).

**Reconheço**, *bem por isso*, Senhor Presidente, *que o direito à busca da felicidade* – que se mostra **gravemente** comprometido **quando** o Estado, muitas vezes **influenciado** por correntes majoritárias, **omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar *a grupos minoritários*, como os integrantes da comunidade LGBT, **a fruição** de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes** mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

**O texto** dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (“**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**”, p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que “*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos*

*outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*” (grifei).

*Não é por outra razão* que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**”, p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação* do Iluminismo, **qualificou o direito à busca da felicidade** como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

*“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.”* (grifei)

**A força normativa** *de que se acham impregnados* os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo* **que legitimam** a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, *numa perspectiva de*

implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, **que decorre, por implicitude, do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, até mesmo, esterilizar direitos **e** franquias individuais.

**Registre-se**, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223- -AgR/PE**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um “*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*”, **como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL**, em preciosa obra monográfica (“**Direito à Felicidade**”, 2018, Almedina).

**Desnecessário referir** a circunstância de que **a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356,

1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula substanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

**Vale mencionar** o fato de que *a busca da felicidade foi também positivada*, no plano normativo, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

**Parece-me irrecusável**, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (**CE**, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto

ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza**, presente o contexto em exame, **o acolhimento** do pleito ora em julgamento.

**18. Uma observação final:** o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal

**Cabe assinalar**, por necessário e relevante, **que se impõe** ao Supremo Tribunal Federal, **tornado guardião** da ordem constitucional **por deliberação soberana** da própria Assembleia Nacional Constituinte, **reafirmar**, *a cada momento*, **o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil.**

Nesse contexto, **incumbe** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil **o desempenho do dever** que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal **ou** de agressão perpetrada por grupos privados.

**O Supremo Tribunal Federal**, por isso mesmo, **possui** a exata percepção dessa realidade **e**, por tal razão, **tem consciência do grave compromisso** que incide sobre esta Alta Corte **consistente em preservar** a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade,

**impedindo** que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental **ou** de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem**, *inclusive mediante comportamento omissivo*, **o significado** da própria Lei Fundamental.

**Torna-se de vital importância reconhecer** que o Supremo Tribunal Federal **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição **que lhe foi outorgada** pela própria Assembleia Constituinte, 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.

**Nenhum** dos Poderes da República **pode** submeter a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, *ainda*, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** de conveniência política, de pragmatismo institucional **ou** de inadmissível preconceito social, **eis que** a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de incondicional respeito**, *sob pena* de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma palavra vã e em um sonho frustrado* pela prática autoritária (e abusiva) do poder, **seja** por ação, **seja** por omissão.

**Nada compensa** a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam do gesto **de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental.

**É por isso que se pode proclamar** que o Supremo Tribunal Federal **desempenha** as suas funções institucionais **e exerce** a jurisdição que lhe é inerente **de modo compatível** com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição, **pois** esta Corte Suprema **não** tolera a prepotência dos governantes, **não** admite os excessos e abusos que emanam *de qualquer* esfera dos Poderes da República, **nem** se curva a pressões **advindas** de grupos sociais majoritários **que buscam impor** exclusões **e negar** direitos a grupos vulneráveis.

**Isso significa reconhecer** *que a prática da jurisdição constitucional, quando provocada* por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, **não pode ser considerada** – ao contrário do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – *um gesto de indevida interferência* da Suprema Corte **na esfera orgânica dos demais** Poderes da República.

O Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões constitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** *senão cumprir* a sua missão constitucional **e demonstrar**, *com esse gesto*, o

**respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

**Não constitui demasia destacar a importância** do Poder Judiciário na estrutura institucional **em que se organiza** o aparelho de Estado, **pois** os magistrados e Tribunais, *notadamente este Supremo Tribunal Federal*, **exercem papel** que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, **eis que não há**, *na história das sociedades políticas*, **o registro de um povo** que, **despojado** de um Judiciário independente, **tenha conseguido**, *mesmo assim*, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

**É significativo** que se discuta, *portanto*, **o tema** pertinente aos direitos humanos, **valendo destacar**, nesse contexto, *a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, **há 70 (setenta) anos**, *em 10/12/1948*.

**Esse estatuto** das liberdades públicas **representou**, no cenário internacional, **importante** marco histórico **no processo** de consolidação **e** de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, **pois refletiu**, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, **o reconhecimento solene**, pelos Estados, **de que todas as pessoas nascem** livres **e** iguais em dignidade e direitos, **são dotadas** de razão e consciência **e titularizam** prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – **estimulados** por um insuprimível senso de responsabilidade e **conscientes** do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista, **inclusive contra homossexuais** (forçados a ostentar, **nos campos** de concentração e de extermínio, o triângulo rosa, se gays, ou o triângulo negro, se lésbicas), **bem assim** pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas **de um novo modelo que consagrasse, em favor das pessoas, a posse da liberdade** em todas as suas dimensões, **assegurando-lhes** o direito de viverem protegidas do temor e a salvo das necessidades.

**É preciso, pois,** que o Estado, ao magnificar e valorizar o significado real **que inspira** a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, **pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados** que esse extraordinário documento de proteção internacional **consagra em favor de todo o gênero humano**.

**Torna-se essencial, portanto, ter consciência** de que se revela inadiável conferir real efetividade, **no plano interno**, aos compromissos internacionais **assumidos** pelo Estado brasileiro **em tema** de direitos humanos.

**A questão** dos direitos essenciais da pessoa

humana – **precisamente** porque o reconhecimento de tais prerrogativas **funda-se** em consenso verdadeiramente universal (“*consensus omnium gentium*”) – **não mais constitui problema de natureza filosófica ou de caráter meramente teórico, mas representa, isto sim, tema fortemente impregnado** de significação política, **na medida** em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, **conferindo-lhes efetividade e exequibilidade** no plano das relações entre o Estado e os indivíduos.

**É esse, pois, o grande desafio** com que todos – governantes e governados – **nos defrontamos** no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia**, em ordem a tornar possível **o acesso** dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **quaisquer** que sejam as gerações **ou** as dimensões em que estes se projetem (PAULO BONAVIDES, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 560/578, 21ª ed., 2007, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 96/99, itens ns. 5.1 e 5.2, 7ª ed., 2007, Atlas; CELSO LAFER, “**A Reconstituição dos Direitos Humanos**”, p. 125/134, 1988, Companhia das Letras, *v.g.*).

### **19. Conclusão**

**Encerro o meu voto**, Senhor Presidente,

**ênfatizando que este processo revela** que, *nele, está em debate, uma vez mais, o permanente* conflito *entre civilização e barbárie, cabendo* ao Supremo Tribunal Federal **fazer prevalecer**, *em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável* dignidade das pessoas, **em solene reconhecimento** de que, **acima** da estupidez humana, **acima** da insensibilidade moral, **acima** das distorções ideológicas, **acima** das pulsões irracionais **e acima** da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, *deverão sempre preponderar* os princípios **que exaltam e reafirmam** a superioridade ética dos direitos humanos, **cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol** de todos os cidadãos **e em respeito** *à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide* dos postulados **que informam o próprio conceito de República**.

**Aceitar** tese diversa **significaria** *tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil* a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, *no plano nacional e internacional, aos grupos* formados com base na orientação sexual **ou** na identidade de gênero, **notadamente** àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, *a uma situação de maior vulnerabilidade*.

**Concluo o meu voto**, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, formulo** as seguintes proposições que compendiam o pensamento que expus ao longo desta decisão:

**1. Até que sobrevenha** lei emanada do

Congresso Nacional **destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII** do art. 5º da Constituição da República, **as condutas** *homofóbicas e transfóbicas, que envolvem* aversão odiosa à orientação sexual **ou** à identidade de gênero de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se**, *por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários* de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo, também, na hipótese** de homicídio doloso, *circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”);

**2. A repressão penal à prática da homotransfobia não** alcança **nem** restringe **ou** limita **o exercício da liberdade religiosa, qualquer** que seja a denominação confessional professada, **a cujos fiéis e ministros** (sacerdotes, pastores, rabinos, **mulás ou** clérigos muçulmanos **e líderes ou** celebrantes das religiões afro-brasileiras, *entre outros*) **é assegurado o direito** de pregar **e** de divulgar, *livremente*, pela palavra, pela imagem **ou** por qualquer outro meio, o seu pensamento **e** de externar suas convicções **de acordo** com o que se contiver em seus livros **e** códigos sagrados, **bem assim o de ensinar** segundo sua orientação doutrinária **e/ou** teológica, **podendo buscar e conquistar** prosélitos **e** praticar **os atos** de culto **e** respectiva liturgia, **independentemente**

do espaço, *público ou privado*, de sua atuação individual **ou** coletiva, **desde que** tais manifestações **não configurem discurso de ódio, assim entendidas** aquelas exteriorizações **que incitem** a discriminação, a hostilidade **ou** a violência **contra** pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero;

**3. O conceito de racismo, compreendido** em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente** biológicos **ou** fenotípicos, **pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de *justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles* que, *por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem* ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.

## **20. Dispositivo**

**Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos** do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE

BARROS, *então* Procurador-Geral da República, **conheço, em parte, da presente** ação direta de inconstitucionalidade por omissão, **para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante**, nos termos a seguir indicados:

(a) **reconhecer** o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional **na implementação** da prestação legislativa **destinada** a cumprir o mandado de incriminação **a que se referem os incisos XLI e XLII** do art. 5º da Constituição, **para efeito** de proteção penal **aos integrantes** do grupo LGBT;

(b) **declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional** do Poder Legislativo da União;

(c) **cientificar** o Congresso Nacional, para os fins e efeitos **a que se refere** o art. 103, § 2º, da Constituição **c/c** o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

(d) **dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º** da Carta Política, **para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer** que seja a forma de sua manifestação, **nos diversos tipos penais** definidos na Lei nº 7.716/89, **até que sobrevenha** legislação autônoma, **editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se**, nos termos

deste voto, *que as práticas homotransfóbicas qualificam-se* como espécies **do gênero racismo**, **na dimensão** *de racismo social consagrada* pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário **do HC 82.424/RS (caso Ellwanger)**, **na medida** em que tais condutas **importam** em atos de segregação **que inferiorizam** membros **integrantes** do grupo LGBT, **em razão** *de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja*, ainda, **porque** tais comportamentos de homotransfobia **ajustam-se** ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles **que compõem** o grupo vulnerável em questão; e

**(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.**

**É o meu voto.**



## 12 EXTRADIÇÃO 855 – DF

República do Chile – **Caso Norambuena – Repúdio ao terrorismo – Conversão da pena de perpétua em prisão de até 30 anos.** [Ext 855/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1º-7-2005.]

## EXTRADIÇÃO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): GOVERNO DO CHILE

ADV.(A/S): MANOEL FRANCISCO CLAVERY GUIDO

EXTDO.(A/S): MAURICIO FERNANDEZ NORAMBUE-  
NA OU MAURICIO FERNÁNDEZ NORAMBUENA OU  
MAURICIO HERNÁNDEZ NORAMBUENA OU MAURI-  
CIO HERNANDEZ NORAMBUENA

ADV.(A/S): ANTONIO FERNANDO DE LIMA MOREIRA  
DA SILVA (0013403/ES)

EMENTA: **EXTRADIÇÃO** – ATOS DELITUOSOS DE NATUREZA TERRORISTA – DESCARACTERIZAÇÃO DO TERRORISMO COMO PRÁTICA DE CRIMINALIDADE POLÍTICA – CONDENAÇÃO DO EXTRADITANDO A DUAS (2) PENAS DE **PRISÃO PERPÉTUA** – **INADMISSIBILIDADE** DESSA PUNIÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (CF, ART. 5º, XLVII, “B”) – EFETIVAÇÃO EXTRADICIONAL **DEPENDENTE** DE PRÉVIO COMPROMISSO DIPLOMÁTICO **CONSISTENTE NA COMUTAÇÃO**, EM PENAS TEMPORÁRIAS **NÃO SUPERIORES** A 30 ANOS, DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA – **PRETENDIDA** EXECUÇÃO **IMEDIATA** DA ORDEM EXTRADICIONAL, **POR DETERMINAÇÃO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **IMPOSSIBILIDADE** – PRERROGATIVA QUE ASSISTE, **UNICAMENTE**, AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, **ENQUANTO** CHEFE DE ESTADO - PEDIDO DEFE-  
RIDO, **COM RESTRIÇÃO**.

## **O REPÚDIO AO TERRORISMO: UM COMPROMISSO ÉTICO-JURÍDICO ASSUMIDO PELO BRASIL, QUER EM FACE DE SUA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, QUER PERANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL.**

- Os atos delituosos **de natureza terrorista**, considerados os parâmetros consagrados pela **vigente** Constituição da República, **não se subsumem** à noção de criminalidade política, **pois** a Lei Fundamental proclamou **o repúdio ao terrorismo** como um dos princípios essenciais **que devem reger** o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), **além de haver qualificado o terrorismo**, para efeito de repressão interna, como crime **equiparável** aos delitos hediondos, **o que o expõe**, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de **máximo** rigor, **tornando-o** inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado **e reduzindo-o**, ainda, à dimensão ordinária dos crimes **meramente** comuns (CF, art. 5º, XLIII).

- **A Constituição da República**, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), **não autoriza** que se outorgue, às práticas delituosas **de caráter terrorista**, o **mesmo** tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, **impedindo**, desse modo, que se venha a estabelecer, **em torno do terrorista**, um **inadmissível** círculo de proteção que o faça **imune** ao poder extradicional do Estado brasileiro, **notadamente** se se tiver em consideração a **relevantíssima**

circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte **formulou** um claro e inequívoco **juízo de desvalor** em relação a **quaisquer** atos delituosos **revestidos** de índole terrorista, **a estes não reconhecendo** a dignidade de que **muitas vezes** se acha impregnada a prática da criminalidade política.

**EXTRADITABILIDADE DO TERRORISTA: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E ESSENCIALIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REPRESSÃO AO TERRORISMO.**

- O **estatuto** da criminalidade política **não** se revela aplicável **nem** se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos **que traduzam** práticas terroristas, **sejam** aquelas cometidas por particulares, **sejam** aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, **à semelhança** do que se registrou, no Cone Sul, **com a adoção**, pelos regimes militares sul-americanos, **do modelo desprezível** do terrorismo de Estado.

- O **terrorismo** – que traduz expressão de uma macroadelinquência **capaz** de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – **constitui** fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional **não pode** permanecer indiferente, **eis que o ato terrorista** atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado democrático de direito, **além** de representar ameaça inaceitável às instituições

políticas e às liberdades públicas, **o que autoriza excluí-lo** da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) **reservou** aos atos configuradores de criminalidade política.

- A **cláusula de proteção** constante do art. 5º, LII da Constituição da República – **que veda a extradição** de estrangeiros por crime político ou de opinião – **não se estende**, por tal razão, ao autor de atos delituosos **de natureza terrorista**, considerado o frontal **repúdio** que a ordem constitucional brasileira **dispensa** ao terrorismo e ao terrorista.

- A **extradição** – enquanto meio legítimo de cooperação internacional **na repressão** às práticas de criminalidade comum – **representa** instrumento de **significativa** importância no combate eficaz **ao terrorismo**, que constitui “*uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)*” (**Convenção Interamericana** Contra o Terrorismo, Art. 11), **justificando-se**, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, **a sua descaracterização** como delito de natureza política. **Doutrina.**

**EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA – REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, “b”).**

- A extradição **somente** será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, **tratando-se** de fatos

delituosos **puníveis** com prisão perpétua, **se** o Estado requerente **assumir**, formalmente, **quanto a ela**, perante o Governo brasileiro, o **compromisso** de comutá-la em pena **não superior** à duração máxima **admitida** na lei penal do Brasil (CP, art. 75), **eis que** os pedidos extradicionais – **considerado** o que dispõe o art. 5º, XLVII, “**b**” da Constituição da República, **que veda** as sanções penais **de caráter perpétuo** – estão **necessariamente** sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. **Doutrina. Novo entendimento** derivado **da revisão**, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência **em tema** de extradição passiva.

**A QUESTÃO DA IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA ENTREGA EXTRADICIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ENQUANTO CHEFE DE ESTADO.**

- A entrega do extraditando - **que esteja sendo processado** criminalmente no Brasil, **ou que haja sofrido** condenação penal imposta pela Justiça brasileira - **depende**, em princípio, **da conclusão** do processo penal brasileiro **ou do cumprimento** da pena privativa de liberdade **decretada** pelo Poder Judiciário do Brasil, **exceto** se o Presidente da República, **com apoio** em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, **fundado** em razões de oportunidade, de conveniência **e/ou** de utilidade, **exercer**, na condição de Chefe de Estado, a prerrogativa excepcional **que lhe permite** determinar

a **imediata** efetivação da ordem extradicional (Estatuto do Estrangeiro, art. 89, “**caput**”, “**in fine**”). **Doutrina. Precedentes.**

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Trata-se de pedido extradicional, **de caráter executório**, que objetiva a entrega, à República do Chile, de Maurício Fernandez Norambuena, **ou** Maurício Fernández Norambuena, **ou** Maurício Hernández Norambuena, **ou** Maurício Hernandez Norambuena, **que foi condenado**, naquele País, a 2 (**duas**) penas de prisão perpétua, pela prática dos crimes de homicídio, de associação ilícita **e** de extorsão mediante seqüestro, **todos eles** qualificados como atos delituosos **de caráter terrorista**.

O pedido extradicional **reveste-se** de base jurídica. **Fundamenta-se** na existência de tratado de extradição **celebrado** pelo Estado requerente **com** a República Federativa do Brasil (Decreto nº **1.888/37**). O tratado em questão **confere pleno suporte** jurídico à ação extradicional ora promovida pela República do Chile. Acha-se **satisfeito**, portanto, **um dos pressupostos** essenciais inerentes à apreciação do pedido de extradição.

Os fatos delituosos ensejadores da formulação deste pleito extradicional, por sua vez, **submetem-se** à competência penal **exclusiva** da Justiça do Estado requerente, a quem incumbe, **sem o concurso**

da jurisdição dos tribunais brasileiros, processar e julgar o extraditando.

De outro lado, e no que concerne à prescrição penal pertinente aos crimes imputados ao ora extraditando, **cabe esclarecer**, referentemente a tais delitos, **que ainda não se verificou**, quanto a eles, a prescrição penal, **quer** segundo a lei chilena, **quer** conforme o direito brasileiro.

A **prescrição penal** correspondente aos **delitos** ensejadores deste pedido extradicional **consuma-se**, no Brasil, “*in abstracto*”, **em 20 (vinte) anos**, no que se refere aos delitos de homicídio doloso (CP, art. 109, I, c/c o art. 121, “*caput*” e § 2º) e de extorsão mediante seqüestro (CP, art. 109, I, c/c o art. 159, “*caput*”), **e em 12 (doze) anos**, no que concerne ao crime de quadrilha armada (CP, art. 109, III, c/c o art. 288, parágrafo único).

No caso ora em exame, o decreto penal condenatório imposto ao ora extraditando, **preso** desde 05/08/93 (fls. 437), **sobreveio** nos meses de janeiro e de fevereiro de 1994 (fls. 127), **que se qualificam**, na espécie, **quanto** aos três delitos objeto da condenação judicial, como **causas interruptivas** da prescrição penal, **seja** em face do direito positivo chileno, **seja** em face do Código Penal Brasileiro, razão pela qual **não se registrou**, na espécie, a prescrição “*in abstracto*” da pretensão punitiva do Estado.

Como assinalado, impuseram-se, ao ora extraditando, em ordem sucessiva de execução (fls. 73), duas penas de prisão perpétua, cuja prescrição “*in*

*concreto*” **não poderá ultrapassar**, em nosso sistema jurídico, o lapso temporal de 20 (vinte) anos (CP, art. 109, I, c/c o art. 110, “*caput*”).

No que se refere ao ordenamento penal chileno, a **prescrição** da pretensão executória, **tratando-se** de pena de prisão perpétua, **consumar-se-á** em 15 (quinze) anos, **consoante** dispõe o art. 97 do estatuto penal do Estado requerente (fls. 134).

**Vê-se**, pois, **tendo-se em vista** as datas mencionadas, **que ainda não se consumou** a prescrição penal em face de **qualquer** dos ordenamentos normativos em referência.

**Cabe registrar**, neste ponto, que o ora extraditando **evadiu-se** do sistema prisional chileno, **quando já havia cumprido** 3 (três) anos e 4 (quatro) meses das penas que lhe foram impostas.

Essa evasão **ocorreu** em 31/12/96, **fazendo** com que a prescrição penal, na espécie, **passe a reger-se** pelo prazo residual, **vale dizer**, “*pelo tempo que resta da pena*” (CP, art. 113).

**Tratando-se** de pena de prisão perpétua, **já decidiu** esta Corte que, “*Ainda (...) que se devesse tomar por base a pena de 30 anos – máximo admitido na lei brasileira (...)*” (RTJ 184/430-431, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), **mesmo assim** o período residual, **já descontado** o lapso **efetivamente** já cumprido (3 anos e 4 meses), **será** de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de prisão, o que fará com que o cálculo da prescrição penal continue a reger-se pela norma inscrita no art. 109, I do Código Penal Brasileiro.

**Correta**, pois, **no ponto**, a observação da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 560/561):

*“Prosseguindo-se na análise detida do pleito extradicional, não se verifica a ocorrência de prescrição, seja em face da legislação estrangeira chilena, seja da brasileira. A prescrição da pretensão executória no direito chileno está fixada em 15 (quinze) anos para o caso de condenação à prisão perpétua (art. 97 do CP do Chile) e começa a contar a partir da fuga do preso (art. 98 do mesmo diploma), ou seja, no presente caso, 31 de dezembro de 1996. Já a legislação brasileira fixa a prescrição da pretensão executória em no máximo 20 (vinte) anos (art. 109, I, do CP brasileiro) que também passa a ser contada a partir da data da evasão do recluso (art. 112 do CP). Transcorridos menos de 7 (sete) anos da fuga do ora extraditando, não há que se sustentar a incidência da prescrição da pretensão executória.*

*O pedido atende, assim, os requisitos legais para sua concessão, em consonância com a jurisprudência desse Excelso Supremo Tribunal Federal:*

**‘EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA – EVASÃO DO EXTRADITANDO, APÓS CUMPRIR MAIS DE 15 ANOS DA PRISÃO PERPÉTUA IMPOSTA – PRESCRIÇÃO INEXISTENTE – 1. A vedação constitucional da pena de caráter perpétuo – segundo a corrente majoritária no**

*STF, da qual dissente o relator – não impõe condicionar-se a extradição ao compromisso de comutar-se, no Estado requerente, aquela a que esteja sujeito o extraditando. 2. De qualquer modo, para efeitos extradicionais, o prazo prescricional máximo a considerar-se é de 20 anos, conforme o art. 109, I, C. Pen., que incide sempre que a pena aplicada ou o máximo da pena cominada seja superior a 12 anos de privação da liberdade, regra da qual não cabe excetuar a hipótese de ser de prisão perpétua a pena, conforme o direito estrangeiro, a ser levado em conta. 3. Ainda, porém, que se devesse tomar por base a pena de 30 anos – máximo admitido na Lei brasileira -, não se teria consumado, no caso concreto, a aventada prescrição da pretensão executória, a calcular-se, então, segundo a pena remanescente superior a 12 anos, que, mesmo nessa hipótese, restaria ao extraditando cumprir.’ (Ext 843-IT, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTEN-CE – DJU 28.02.2003 – p. 9).”*

**Conclui-se**, desse modo, que se acha plenamente **atendida**, na espécie, a exigência **da dupla punibilidade**.

**Impende analisar**, agora, **se** a pretensão extradicional deduzida pela República do Chile **também satisfaz** a exigência concernente ao postulado da **dupla tipicidade**.

As sentenças penais chilenas **qualificaram** os crimes de homicídio, de extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha, cuja prática motivou a condenação imposta ao ora extraditando, como delitos de natureza “terrorista”, **em face** da legislação vigente na República do Chile (Lei nº 18.314/84).

**Tenho para mim** que a discussão em torno da previsão, ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da figura penal concernente ao delito de práticas terroristas, **revela-se** de todo prescindível à resolução da **presente** ação extradicional.

**É que** os delitos de homicídio, extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha armada, **independentemente** de sua qualificação como delitos de índole terrorista, **encontram plena correspondência típica** no Código Penal Brasileiro (arts. 121, 158 e 288, parágrafo único), **cabendo esclarecer** que, pela legislação penal **comum** chilena, o delito de homicídio **é também punível** com a pena de prisão perpétua (art. 391, 1º), **enquanto** que os crimes de extorsão mediante seqüestro, **sem** morte da vítima (art. 433, 2º) e de formação de quadrilha (art. 293) **comportam** pena máxima de 20 (vinte) anos de prisão (art. 56).

**Cabe indagar**, mesmo assim, **considerada** a exigência da dupla incriminação (Lei nº 6.815/80, art. 77, II e Decreto nº 1.888/37), **se** a atribuição de caráter terrorista aos delitos subjacentes a este pedido extradicional **teria** o condão de fazer incidir, na espécie, **a cláusula de vedação** inscrita

no art. 5º, LII da Constituição Federal, **em ordem a obstar a entrega** do súdito estrangeiro ora reclamado.

**Ou**, em outros termos, cumpre **analisar se** as infrações penais que motivaram as condenações impostas ao ora extraditando, **embora** guardando correspondência típica com a legislação penal ordinária existente em ambos os países, **podem** ser consideradas delitos **desvestidos** de caráter político, **especialmente** em face do que proclama a Constituição da República, **tanto** em seu art. 4º, inciso VIII, **que erigiu o repúdio ao terrorismo** como um dos grandes vetores de atuação do Brasil no cenário internacional, **quanto** em seu art. 5º, XLIII, **que considerou** a prática do terrorismo, para efeito de repressão no plano doméstico, como delito inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

A **natureza** dos delitos pelos quais o extraditando foi condenado **levou-me a formular**, por cautela, um **questionário** dirigido às autoridades da República do Chile, **para que se esclarecessem** as circunstâncias que reputei juridicamente **relevantes** ao exame da presente causa extradicional.

**Eis o conteúdo do questionário** que dirigi às autoridades competentes do Estado requerente (fls. 357/359):

*“(a) qual a natureza do órgão que julgou e condenou o ora extraditando, bem assim qual a posição desse mesmo órgão na estrutura institucional*

do Poder Judiciário chileno, **e**, ainda, **se** tal órgão teria sido, ou não, instituído ‘*ex post facto*’;

(b) **se se assegurou**, ao ora extraditando, no processo de que resultou a sua condenação penal, o **efetivo** exercício do direito de defesa **e** dos recursos a ele inerentes;

(c) **se** o julgamento do ora extraditando ocorreu ‘*in absentia*’, **ou** se ele esteve presente **a todos** os atos e termos do procedimento penal;

(d) **se** o pedido extradicional - **considerado** o que se contém na Nota Verbal nº 119 (fls. 04) - envolve, **unicamente**, o delito de **homicídio** que vitimou o Senador Jaime Guzmán Errázuriz (fls. 7/32) **ou** se, **neste** pedido de extradição, acha-se **também** incluída a condenação penal pelo crime de seqüestro de Cristián Edwards Del Rio (fls. 33/74), **pois** os documentos produzidos pelo Estado requerente **contêm cópia** da sentença proferida **a propósito desta última condenação** (fls. 33/74 e 202/278);

(e) **se** a legislação penal **que foi aplicada** ao ora extraditando **ainda está** em vigor na República do Chile;

(f) **se** o ordenamento penal chileno **prevê**, ou não, **no caso** do ora extraditando, a **possibilidade** de redução - **após** cumprimento por **determinado** período de tempo - da pena de prisão perpétua que lhe foi imposta;

(g) **se** o ora extraditando, **ao oferecer defesa** no processo penal que motiva **este** pedido de extradição, **alegou**, ou não, em alguma fase do processo, o

**caráter político** dos ilícitos penais que lhe foram atribuídos;

(h) **como** os Tribunais chilenos – **caso afirmativa** a resposta ao quesito anterior – **apreciaram** a questão da criminalidade política;

(i) **se** a República do Chile **já depositou** o instrumento de ratificação **pertinente** ao Acordo de Extradição que celebrou, ao lado da Bolívia, com os Estados integrantes do Mercosul, **especialmente** em face do que dispõe o **Artigo XIII, n. 1**, dessa convenção multilateral.”

**A República do Chile**, por intermédio de sua Egrégia Corte Suprema de Justiça, **respondeu** às questões que lhe foram dirigidas (fls. 430/452).

**Esclareceu-se**, então, **quanto à primeira** indagação, que o órgão judiciário **que julgou** a causa penal instaurada contra o extraditando **não é** Tribunal de exceção, eis que compõe, em caráter permanente, a estrutura institucional do Poder Judiciário chileno, **não** havendo sido instituído “*ex post facto*”, **nem** sido organizado “*ad hoc*”, **tratando-se**, portanto, de órgão da justiça comum (fls. 436/437).

**Salientou-se**, ainda, **referentemente à segunda** indagação, que **foi assegurada**, ao ora extraditando, a observância do devido processo legal, tendo-lhe sido conferidas **todas** as prerrogativas processuais de caráter fundamental, havendo, inclusive, sido esgotadas **todas** as vias recursais pertinentes (fls. 437/438).

**Registrrou-se**, de outro lado, no que se refere à **terceira** indagação, que o extraditando **não foi julgado** “*in absentia*”, e que “*esteve presente no juízo e desde o momento da detenção – ocorrida em 05 de agosto de 1993 – até que a sentença condenatória transitou em julgado – 15 de abril de 1994 – foi notificado de todos os atos pertinentes do processo, mantendo-se privado de liberdade*” (fls. 437).

**Acentuou-se**, também, em resposta à **quarta** indagação, que o pedido de extradição ora em exame refere-se **tanto** ao homicídio do Senador Jaime Guzmán Errázuriz **quanto** à sentença condenatória pelo seqüestro de Cristián Edwards Del Rio (fls. 438).

**O próprio** Estado requerente, em petição subscrita por seus Advogados, **sustentou**, quanto ao tema, que “*Ambos delitos foram julgados originariamente em um único processo, de nº 39.800-91, pois foram acumulados*” (fls. 601 - **grifei**).

**Informou-se**, quanto à **quinta** indagação, **que continua em vigor a legislação** penal que fundamentou o juízo condenatório contra o ora extraditando (fls. 438).

**Esclareceu-se**, ainda, em resposta à **sexta** indagação, que a legislação chilena **permite** a redução das penas de prisão perpétua **que foram impostas** ao ora extraditando (fls. 439).

**A República do Chile** afirmou, **também**, em suas informações, no que pertine à **sétima** e à **oitava** indagações, que o súdito estrangeiro em questão, **ao invocar o caráter político** dos ilícitos penais que lhe

foram imputados, **teria** efetuado uma confissão de seus crimes, **sustentando**, ainda, o Estado requerente, que **não existe**, na legislação chilena, “*uma figura penal típica que considere como elemento do tipo a motivação política*” (fls. 439/440).

**Salientou-se**, por fim, em resposta à **nona** indagação, que a República do Chile **ainda não ratificou o Acordo de Extradição** que celebrou, ao lado da Bolívia, com os Estados integrantes do Mercosul (fls. 440).

O ora extraditado, **considerando** as respostas dadas às indagações **que venho** de mencionar, **e concordando com os esclarecimentos** dados pelas autoridades chilenas, **expendeu as seguintes considerações** (fls. 527/528):

“*Considerando as respostas aos quesitos formulados por Vossa Excelência, fls. 432/441 (tradução oficial) e 446/451 (original), o teor do interrogatório, bem como o Vosso despacho de fls. 471/73, entendemos que não há óbice ao provimento do pedido de extradição. Senão vejamos:*

- *Os crimes foram definidos como crimes comuns pela justiça chilena, portanto não foram considerados delitos políticos ou de opinião;*
- *Os crimes têm pena superior a um ano;*
- *As penas não estão prescritas;*
- *O extraditando teve direito ao contraditório e ampla defesa;*

- *O tribunal que julgou o requerido não foi um tribunal de exceção;*
- *O tribunal que o julgou está inserto no ordenamento jurídico chileno, bem como na estrutura do poder judiciário daquele país;*
- *A pena de prisão perpétua, como assinado por Vossa Excelência, considerando a jurisprudência predominante hoje nessa E. Corte, não constitui óbice ao presente pedido;*
- *A legislação aplicada ao caso continua em vigência no Chile;*
- *O requerido, em seu interrogatório, manifestou o desejo de ser extraditado.*

*Portanto, em nosso entender, a extradição deve ser julgada procedente para determinar-se a entrega do requerido ao estado requerente.”*

**Tenho para mim**, em resposta à indagação sobre **se** os delitos **revestidos** de caráter terrorista **subsumem-se** à noção de criminalidade política, que esta **não** os abrange, **considerados** os novos parâmetros consagrados pela **vigente** Constituição da República, **notadamente** em função do que a Lei Fundamental do Brasil **prescreve** em seu art. 4º, inciso VIII, **em norma** que definiu o **repúdio** ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem orientar o Estado brasileiro no âmbito de suas relações internacionais, **além do que dispõe** o art. 5º, inciso XLIII de nossa Carta Política, **que**

**determinou** uma pauta de valores **a serem protegidos** na esfera interna, mediante qualificação da prática do terrorismo como delito inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado.

**Vê-se**, desse modo, que os **novos** parâmetros constitucionais inscritos no art. 4º, VIII e no art. 5º, XLIII da Constituição da República **demonstram** que o Estado brasileiro **assumiu**, perante a Nação, **expressivo** compromisso de **frontal** hostilidade às práticas terroristas, **tanto** que, ao proclamar os princípios fundamentais **que regem** as relações internacionais do Brasil, **ênfatizou**, de modo **inequívoco**, o seu repúdio ao terrorismo e, mais do que isso, a Constituição do Brasil **também determinou** ao legislador comum **que dispensasse**, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal **mais severo**, compatível com aquele já previsto para os delitos hediondos.

**Essas diretrizes constitucionais**, que põem em evidência **a posição explícita** do Estado brasileiro, **de frontal repúdio** ao terrorismo, **têm o condão de desautorizar** qualquer inferência **que busque atribuir**, às práticas terroristas, um tratamento **benigno** de que resulte o estabelecimento, **em torno do terrorista**, de um **inadmissível** círculo de proteção que o torne **imune** ao poder extradiplomático do Estado brasileiro, **notadamente** se se tiver em consideração **a relevantíssima** circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte **formulou** um claro e inequívoco **juízo de desvalor** em relação a

**quaisquer** atos delituosos **impregnados** de índole terrorista, a estes **não reconhecendo** a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.

O total **desprezo** constitucionalmente **manifestado** pelo Estado brasileiro aos delitos de índole terrorista **impede** que se aplique, **a estes**, a norma de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição, **que veda** a extradição de estrangeiro por crime político.

**E a razão** desse entendimento **apóia-se** na circunstância de que **o terrorismo constitui um atentado às próprias instituições democráticas**, o que autoriza **excluí-lo** da benignidade de tratamento **que foi conferida**, pela Constituição do Brasil, aos atos configuradores de criminalidade política.

Esse particular aspecto **projeta-se**, de modo veemente, em declarações internacionais **subscritas** pelo Brasil, **como aquela** aprovada na Vigésima Terceira Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores dos Países integrantes do sistema interamericano, **ocasião** em que a Organização dos Estados Americanos, **tendo presente** a necessidade **de fazer preservar** a integridade **do princípio democrático**, censurou **e repudiou** a prática do terrorismo, **fazendo constar**, dos “*consideranda*” pertinentes à Resolução nº 01/2001, o que se segue:

**“REAFIRMANDO a rejeição absoluta, por parte dos povos e dos governos das Américas, dos atos e atividades terroristas que atentam contra a democracia e a segurança dos Estados do Hemisfério;**

(...)

**CONVENCIDA** de que a resposta dos Estados membros à situação atual **exige que se apliquem ou adotem**, de acordo com sua legislação nacional, **medidas urgentes**, no âmbito nacional e internacional, **para combater** as ameaças à paz, **à democracia e à segurança do Hemisfério resultantes de atos terroristas** e que se submetam à justiça os autores, organizadores **e** patrocinadores desses atos, **bem como** as pessoas que lhes proporcionem assistência, apoio ou proteção;

**CONSIDERANDO TAMBÉM** que a **Carta Democrática Interamericana**, aprovada no Vigésimo Oitavo Período Extraordinário de Sessões da Assembléia Geral em 11 de setembro de 2001, **reconhece o compromisso** dos Estados membros de **promover e defender a democracia** e que nenhum Estado democrático **pode permanecer indiferente** à clara ameaça **que o terrorismo representa** para as instituições e liberdades democráticas;

(...)

**LEVANDO EM CONTA** a responsabilidade de todos os Estados **de cooperar** na

*identificação, julgamento e punição de todos os responsáveis por atos terroristas, **que constituem crimes da maior gravidade** e a necessidade imperativa **de acelerar os processos de extradição** nos casos em que esta for procedente.” (grifei)*

O estatuto da criminalidade política, por isso mesmo, **não** se revela aplicável **nem** se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos **que traduzam** práticas terroristas, **sejam** aquelas cometidas por particulares, **sejam** aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, **à semelhança** do que se registrou, no Cone Sul, **com a adoção**, pelos regimes militares sul-americanos, **do modelo desprezível** do terrorismo de Estado.

**Cabe referir**, neste ponto, ante a sua **inquestionável** relevância político-jurídica, **a assinatura**, pelo Brasil, em 03/06/2002, em Barbados (32ª Assembleia Geral da OEA), **da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo**, que traduziu um gesto **consequente** do Estado brasileiro, **a evidenciar** fidelidade **e** respeito aos **novos** paradigmas constitucionais consagrados no texto da Lei Fundamental promulgada em 1988, **cuja interpretação**, presente esse contexto, **legitima** a asserção de que **qualquer** tratamento favorável ao autor de atos terroristas, **notadamente** em sede extradicional, **revela-se** essencialmente **incompatível** com os valores **que**

**conformam** a atividade do Poder Público, cujos agentes **não podem** demonstrar indiferença ética às gravíssimas conseqüências que derivam da prática criminosa do terrorismo, **seja** em âmbito nacional, **seja** no plano internacional.

**Cumprе rememorar**, bem por isso, **significativa** passagem da **Exposição de Motivos**, elaborada pelo **então** Ministro de Estado das Relações Exteriores, o eminente Professor CELSO LAFER, que instruiu a Mensagem presidencial, **quando** do encaminhamento, ao Congresso Nacional, para apreciação parlamentar, do texto da referida Convenção, **ocasião em que se destacou**, com especial ênfase, a afirmação de **que a prática do terrorismo não pode ser qualificada como ato de criminalidade política:**

*“A Convenção tem por objetivos contribuir para o desenvolvimento progressivo e codificação do direito internacional, a coordenação de ações com entidades internacionais competentes na esfera de delitos transnacionais **e o fortalecimento e estabelecimento** de novas formas de cooperação regional **contra o terrorismo**. Tendo em mente a consecução dessas metas, o texto estabelece compromissos para os seus signatários **no tocante à adoção de medidas de prevenção, combate e erradicação do financiamento do terrorismo; combate a delitos prévios à lavagem de dinheiro; embargo e confisco de fundos e outros bens; cooperação entre autoridades encarregadas da***

*aplicação da lei; cooperação fronteiriça; assistência judiciária mútua; traslado de pessoas sob custódia; denegação de assistência judiciária em vista de possível discriminação; jurisdição; inaplicabilidade de caracterização de ato terrorista como delito político, denegação de asilo e refúgio a pessoas suspeitas da prática de atos terroristas; capacitação e treinamento; cooperação através da OEA e reuniões de consulta.” (grifei)*

A mencionada **Exposição de Motivos**, como se vê, traz, em seu texto, afirmação que se mostra essencial à **descaracterização** dos atos terroristas como crimes políticos.

Com efeito, **o terrorista não ostenta a mesma dignidade do criminoso político**. O terrorismo, na realidade, é caracterizado **pela ausência de substrato ético**, tal como assinala, em autorizado magistério, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (“**Tratado de Derecho**”, p. 185, 5ª ed., Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires):

*“Los delitos terroristas, o más brevemente el terrorismo, como se acostumbra designarlos en los Congresos y Conferencias internacionales, no constituyen una figura homogénea **ni caracterizada por fines altruistas ulteriores**, sino por el medio ocasionado a grandes estragos, por la víctima, que puede ser un magnate o personaje, o, en contrapartida, personas desconocidas que*

*accidentalmente se hallanen medios de transportes, plazas, calles, etc., y por el inmediato fin de causar intimidación pública (...)* **En verdad la figura se ha construido con fines de limitar la benignidad** del trato que se otorga internacionalmente a los delitos políticos (...).” (grifei)

**Vem bem a propósito** a advertência de PINTO FERREIRA (“**Comentários à Constituição Brasileira**”, vol. 1/53, 1989, Saraiva - grifei), cujo magistério salienta “*que o delito terrorista **está longe de possuir o conteúdo altruístico que envolve o delito político. Daí um grande e intenso movimento para permitir a extradição do terrorista político***”.

**Torna-se relevante observar** que a **descaracterização** do terrorismo como delito político, **tal como o reconheceu** a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, **representa** uma clara tendência que se registra no plano do direito comparado, **de que é exemplo expressivo a Constituição Espanhola** (1978), cujo Artigo 13, nº 3 **expressamente desqualifica**, como crime de índole política, “*los actos de terrorismo*.”

Com a promulgação da **vigente** Constituição, **o Brasil**, como já assinalado, **erigiu o repúdio ao terrorismo** como um dos postulados fundamentais conformadores de sua atuação, **quer** no cenário internacional, **quer** no plano doméstico, **legitimando**, em consequência, **com tal proclamação** (art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), a cláusula de exclusão **inscrita**

no § 3º do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, **em ordem a viabilizar** o deferimento da extradição **naquelas hipóteses** em que o delito subjacente ao pleito extradicional mostrar-se impregnado **de caráter terrorista**.

**De inteira pertinência** a lição do saudoso e eminente Professor CELSO RIBEIRO BASTOS (“**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 2/273-274, 3ª ed., 2004, Saraiva, obra em co-autoria com Ives Gandra Martins), **cujo teor vale reproduzir**:

*“(…) Mais recentemente, contudo, dado o vulto assumido pelo terrorismo internacional, já assoma certa resistência a considerar político **todo** crime praticado com esse fundamento. É que no mais das vezes as praticas delituosas assumem **aspectos revoltantes** e acabam por atingir pessoas inocentes, o que já faz brotar verdadeiro **repúdio internacional ao terrorismo** e ao seqüestro.*

*(…)*

*O que parece certo é que **não basta** uma pitada mínima do ingrediente político para conferir o caráter de politicidade a um bárbaro crime, como, por exemplo, o de genocídio. **Há de haver**, pois, uma justa ponderação **em cada caso concreto**, a fim de excluir da proteção constitucional aquelas hipóteses em que o suposto elemento político **está completamente abafado** ou, se preferirmos, **anulado** por um forte teor de delinquência comum.”*  
**(grifei)**

**Considero oportuno, ainda, delinearem-se as circunstâncias históricas** que envolvem os fatos pelos quais se pleiteia a presente extradição **e que evidenciam a natureza comum** (e não política) dos eventos delituosos **a que se refere** este pleito extradicional.

Os **crimes** cometidos pelo ora extraditando **ocorreram em abril de 1991** (homicídio do Senador Jaime Guzmán Errázuriz) **e entre setembro de 1991 e fevereiro de 1992** (seqüestro de Cristián Edwards Del Rio **e** formação de quadrilha armada). **Durante** esse período, **quando** o General Augusto Pinochet **não mais exercia** a Chefia de Estado, a República do Chile **já vivia**, então, **um momento de plena normalidade democrática**. Os partidos políticos em geral, **inclusive** os de esquerda, já se encontravam em situação de absoluta legalidade e o povo chileno havia escolhido, em eleições livres, abertas e democráticas, o seu novo Presidente da República.

Com efeito, **elegeu-se**, então, em 14/12/89, por voto popular, o Presidente Patricio Aylwin Azócar, que tomou posse em 11/3/1990 como o **primeiro** Chefe de Estado chileno escolhido **após a restauração** da democracia naquele País.

**Vê-se**, pois, que os delitos cometidos pelo ora extraditando – **em momento** de plena vigência, **no Chile**, de um regime **inquestionavelmente** democrático – **possuem** a natureza de crimes comuns, **valendo referir**, bem por isso, a tal propósito, que

o órgão judiciário prolator da condenação penal **que motivou** este processo de extradição **atende**, de maneira integral, ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII), **não se cuidando** de tribunal de exceção, **nem** de juízo instituído “*ex post facto*” **ou** organizado “*ad hoc*” para o julgamento de uma causa penal específica **ou** de um réu determinado.

**Faz-se relevante** tal observação, pois – não custa enfatizar – os Tribunais chilenos **asseguraram**, ao ora extraditando, em atmosfera de **absoluta** liberdade, o **efetivo** respeito a seus direitos e garantias processuais básicas, **sem** qualquer restrição ou limitação que pudesse deslegitimar o julgamento a que foi ele submetido.

**Ou seja**, o ora extraditando – **em cujo favor** foi respeitada a garantia do devido processo legal, com **todas** as conseqüências que lhe são inerentes –, **foi julgado** por juízes independentes e imparciais, que pronunciaram o veredicto condenatório **em nome e sob a égide** de um Estado **verdadeiramente** democrático.

O registro desse fato **confere** pertinência à observação feita por CARLOS AUGUSTO CANEDO GONÇALVES DA SILVA (“**Crimes Políticos**”, p. 70, 1993, Livraria Del Rey Editora), para quem “**somente um Estado democrático possui autoridade para reprimir, desde que observadas as limitações expostas, a criminalidade política, quando manifestada através de violência**” (grifei).

**Em suma**, e apreciando **este** primeiro aspecto da

questão, **entendo**, Senhor Presidente, que os delitos cuja prática motivou este pedido de extradição **não se qualificam** como atos caracterizadores de criminalidade política, **justificando-se**, em conseqüência, **a não-incidência**, na espécie ora em exame, **da cláusula benéfica** inscrita no art. 5º, inciso LII da Constituição.

**Cabe assinalar**, de outro lado, que, **mesmo que se configurassem** a motivação e a natureza políticas dos crimes subjacentes ao presente pleito extradicional – **o que se alega** em caráter meramente argumentativo –, **ainda assim inexistiria obstáculo ao deferimento** da extradição, **tendo em vista** a norma inscrita no art. 77, § 3º do Estatuto do Estrangeiro, **que assim dispõe**:

“**Art. 77. (...)**

**§ 3º - O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.” (grifei)**

Essa norma legal, **tratando-se** da prática de ato delituoso **revestido** de caráter terrorista, **ajusta-se ao paradigma constitucional**, que, **fundado** no texto da Constituição brasileira (art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), **consagrou** o repúdio e a repressão

ao terrorismo **como vetores** de interpretação e de conformação das atividades do Estado brasileiro, **quer** no âmbito doméstico, **quer** no plano das relações internacionais.

Como **precedentemente** já assinalado, **o Brasil**, em clara demonstração **de respeito** à sua própria Constituição, **e assumindo** conduta **que guarda** inteira conformidade com o paradigma constitucional acima mencionado, **deu consequência** ao comando inscrito em nossa Carta Política **e subscreveu** a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, **que descharacterizou**, para efeitos extradicionais, **a prática** do ato terrorista **como** delito de natureza política.

**Com efeito**, a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, **assinada** em 03/6/2002, **ao proclamar** que “o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais”, **reafirmou** a necessidade da adoção, **no sistema interamericano**, de medidas eficazes para prevenir, punir e eliminar o terrorismo mediante a mais ampla cooperação internacional, **estipulando**, em seu Artigo 11, que, **para efeito** de extradição, nenhum dos crimes de índole terrorista “será considerado delito político ou delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos”, **estabelecendo**, desse modo, nessa **mesma** cláusula convencional, **a seguinte prescrição**:

**“Artigo 11**

Inaplicabilidade da exceção por delito político

(...) *Por conseguinte, não se poderá negar um pedido de extradição ou de assistência judiciária mútua pela única razão de que se relaciona (o ato terrorista) com um delito político ou com um delito conexo com um delito político ou com um delito inspirado por motivos políticos.” (grifei)*

**É por essa razão** que CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA (“**A Relação Extradiciona no Direito Brasileiro**”, p. 175, 2001, Del Rey), **ao analisar** a natureza do terrorismo **no contexto** dos processos extradicionais, **põe em destaque** o aspecto que se vem de referir, **enfatizando**, com absoluta correção, **a legitimidade** da opção feita pelo legislador constituinte, **fundada** em sua clara intenção **de não dispensar**, ao autor de atos terroristas, a **benignidade** do tratamento constitucionalmente reservado àquele que pratica o delito político:

*“Na segunda parte do dispositivo do § 3º do artigo 77, o Estatuto **autoriza** o Supremo Tribunal Federal **a deixar de considerar** crimes políticos, e desse modo **conceder** a extradição, a prática dos **crimes anti-sociais**, assim chamados porque não visam um governo determinado, e sim a organização social comum aos Estados civilizados. Conseqüentemente, considera-se que esses delitos **não devem ser excetuados da extradição**, sendo esta a opinião seguida por vários tratados.*

(...)

*Quanto ao terrorismo, verifica-se que a tendência atual é a de não considerá-lo crime político, e, no Brasil, a Constituição embasa a posição da lei ao repudiá-lo (artigo 4º, VIII) e condená-lo como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5.º, XLIII).” (grifei)*

Vale lembrar, no ponto, em magistério que revela **igual** percepção do tema, o entendimento do eminente Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (“**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, p. 340/341, item n. 8, 22ª ed., 2003, Malheiros):

*“Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a **extradição** solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g). E a Lei 6.815/80 lhe atribui, com exclusividade, a **apreciação** do caráter da infração, dando-lhe ainda a faculdade de não considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de (...) **terrorismo** (...) (art. 77 § 2º e 3º) (...); apenas admite que o Supremo, dadas as circunstâncias de fato, possa reconhecer neles outra qualificação, quando, então, a extradição é suscetível de ser concedida. Quanto ao terrorismo bem certo é que a Constituição embasa a posição da lei, ao repudiá-lo (art. 4º, VIII) e condená-lo como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII).” (grifei)*

Cumpre assinalar, também, por relevante, nesse mesmo sentido, o ensinamento de LUIZ ROBERTO ARAÚJO e de LUIZ REGIS PRADO (“**Alguns Aspectos das Limitações ao Direito de Extraditar**”, in Revista de Informação Legislativa, vol. 76/65-86, 84-85, 1982 – grifei):

*“O ato terrorista pode ser entendido como todo aquele que tem como objetivo **produzir terror ou intimidação** em determinadas personalidades, em grupos de pessoas ou na população de um Estado, criando perigo comum para a integridade corporal ou visando atingir a liberdade das pessoas (seqüestros), mediante emprego de meios cuja natureza cause **graves perturbações** da ordem ou danos de grande monta. A Organização dos Estados Americanos aprovou convenção sobre terrorismo, considerando-o como **crime de interesse internacional, independentemente** dos fins com que foi praticado. O uso do terror como meio de intimidação **tanto pode partir de pessoas que contestem um determinado governo, como do próprio governo, visando atingir os contestadores (terror estatal).***

A proibição da extradição **não incide** sobre a denominada criminalidade terrorista. Nesse sentido se orientaram a Convenção de Genebra de 1937 e as Convenções de Haia (1970) e de Montreal (1971). **O direito brasileiro não é insensível a esta tendência internacional**, já que possibilita

a **extradição** dos autores de atos terroristas. Um dos fundamentos da extradição do terrorista é precisamente **evitar** a possibilidade de serem encontrados locais que se convertam em verdadeiros **redutos onde reine a impunidade**.

(...)

(...) **Destaque-se** que, pela nova legislação, o Supremo Tribunal Federal **detém o poder** de considerar ou não como crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou contra autoridades, **bem como os atos de terrorismo (...) e seqüestro de pessoas (...)**. O **terrorismo** – conduta delitiva que, mediante atos de extrema violência ou grave intimidação, e com fim subversivo, trata de destruir o sistema político-social dominante – **não se confunde**, como pode parecer ao observador incauto, **com o crime político**. Em assim sendo, **não se beneficia** o terrorista, **ao contrário** do criminoso político, **da possibilidade de não ser extraditado**. (...) A **extraditabilidade** do terrorista **evita** o surgimento e a proliferação perniciosa de ‘santuários’ que lhes resguardem a impunidade.” (grifei)

Entendo, dessa forma, Senhor Presidente, **que não se registra**, na espécie ora em exame, **qualquer** causa, que, **fundada** na Constituição da República ou no Estatuto do Estrangeiro, **justifique** a aplicação, ao ora extraditando, **da cláusula benéfica da criminalidade política**.

**Ninguém ignora** que o direito constitucional positivo brasileiro, **desde** a República – **e com exceção** das Cartas de 1891 e 1937, que foram **omissas** a respeito – **consagrou o princípio da inextraditabilidade** dos estrangeiros, **por crime político** ou de opinião.

Essa **tradição republicana** foi confirmada pela **nova** Constituição do Brasil, **que renovou**, generosamente, **uma vez mais**, o seu compromisso de tolerância e de respeito aos que são perseguidos por causa de suas convicções e ações pessoais, motivadas por razões de ordem política, doutrinária ou filosófica.

“Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião” – **eis** a solene proclamação constitucional **consubstanciada** no artigo 5º, inciso LII, de nossa Lei Fundamental.

**Dela emerge**, nítido, **em favor do estrangeiro**, um direito público subjetivo **oponível** ao próprio Estado e de cogência inquestionável. **Há**, nesse preceito, uma **insuperável** limitação constitucional **ao poder de extraditar** do Estado brasileiro.

**Daí a advertência** de PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**”, tomo V/280, 2ª ed., 2ª tir., 1974, RT):

*“Quanto à extradição de estrangeiros, a Constituição permite-a, exceto – e isso importa direito individual de estrangeiro, ainda não*

*residentes no Brasil – se se trata de crime político ou de opinião.” (grifei)*

**A extradição passiva** de estrangeiros **não se reveste**, por isso mesmo, em nosso ordenamento positivo, de caráter absoluto, **pois** a ação do Estado **sofre** as limitações e os condicionamentos imperativamente estabelecidos pela ordem constitucional. **Não pode ser concedida** de modo indiscriminado (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Comentários à Constituição Brasileira**”, p. 609, 5ª ed., 1984, Saraiva).

**Torna-se evidente**, desse modo, que, dentre os **vários** pressupostos legitimadores do deferimento do pedido de extradição, **há um**, de caráter negativo – **e de indeclinável observância** pelo Estado brasileiro –, **que consiste em não se qualificar**, o fato ensejador da pretensão extradicional, como delito **de natureza política**.

A **noção** de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, **de um lado**, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, **de outro**, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). **Aquele**, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “*op. cit.*”,

p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, “**Princípios Básicos de Direito Penal**”, p. 135, item n. 119, 3ª ed., 1987, Savaiva, “*inter plures*”); **este** – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, **projeta-se** em comportamentos geradores de uma lesão jurídica **de índole comum**.

**Consubstanciador** desse entendimento, **e expressivamente revelador** desse dualismo conceitual, é o magistério de PIETRO LANZA (“**Estradizione**”, p. 245/246, 1910, Società Editrice Libreria, Milano):

*“Il reato politico può essere assoluto o relativo. Si ha delitto politico assoluto, o – come altri dice – delitto politico puro, quando il fatto incriminato tendeva a turbare o a mutare l'ordine politico o sociale di uno Stato, senza che si sia violato alcun diritto naturale (...). Si ha invece il reato politico relativo o misto, quando il fatto, oltre al turbamento politico, presenta anche una lesione giuridica d'indole comune. Possono aversi due forme di delitto politico relativo: la forma del reato complesso e la forma dei reati connessi. Si ha la prima, quando un fatto unico presenta una doppia oggettività: politica l'una, comune l'altra. Così nel caso di una mina posta sotto una coserna (...). Si ha invece la forma della connessione, quando si tratta di due fatti separati, di un vero concorso materiale di reati, politico l'uno, comune l'altro, uniti soltanto da un nesso ideologico (...).”*

**É inegável** a delicadeza do tema concernente aos **crimes comuns conexos com os delitos políticos**. Essa questão **resolve-se** pelo critério da preponderância **ou** da prevalência. **Se** os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexidade, **ostentarem** caráter hegemônico, **porque** mais eminentes e expressivos, ou subordinantes, até, da prática dos ilícitos políticos, **deixará de incidir** qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.

**Impende assinalar**, bem por isso, **naquelas hipóteses** em que o fato dominante – ainda que **impregnado** de motivação política – **constitua**, principalmente, infração da lei penal comum (**Lei nº 6.815/80**, art. 77, § 1º), **que será lícito**, a esta Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, **reconhecer a preponderância** do delito comum, **para efeito de deferimento** do pedido extradicional.

**Quer se analise** a questão sob a perspectiva do § 1º do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro (**que põe em evidência**, na espécie, o caráter **preponderante** da infração penal comum), **quer se examine** a matéria sob a égide do § 3º do art. 77 da Lei nº 6.815/80 (**em virtude** do qual a prática de atos terroristas, **com a morte e o seqüestro** de pessoas **cometidos** por quadrilha armada, como sucede no caso, **descharacteriza** a eventual natureza política dos delitos), **o fato é que incorre**, a meu juízo, **qualquer obstáculo ao acolhimento** da postulação extradicional deduzida pela República do Chile, cujo ordenamento

jurídico **já se revelava** capaz de assegurar, ao réu, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e independente, **tal como o que se dispensou** ao ora extraditando, **em período** de inquestionável normalidade democrática (1994), **quando** o Estado requerente era governado pelo Presidente Patrício Aylwin Azócar, **que foi sucedido**, poucos meses após, pelo Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, **igualmente** escolhido em pleito democrático e livre, mediante voto popular.

**Cabe referir**, neste ponto, o que **corretamente** observou, a **respeito** de questões como a ora em análise, o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, em douto voto que proferiu no julgamento **da Ext 399/ República Francesa (RTJ 108/18, 38 e 40/41)**, quando – **ao examinar** o significado e o alcance dos §§ 1º e 3º do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, **em contexto** no qual se destacava a prática de terrorismo, de atentado pessoal e de extorsão mediante seqüestro – **assinalou**:

*“No regime vigente, entre nós, para a extração de estrangeiro, embora, segundo o sistema tradicional, os delitos políticos impeçam-na, - consagram-se estas exceções: a) quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum; b) quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal; c) quando o STF negar a qualificação de crime político aos atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa investida de autoridade, bem como*

aos atos de anarquismo, **terrorismo** e sabotagem ou que importem em propaganda de guerra e processos violentos subversivos.

(...)

Ora, **reservado** ao Supremo Tribunal Federal (Lei nº 6.815/1980, art. 77, §§ 1º e 2º) **apreciar o caráter da infração** por que condenado o extraditando, no País requerente, e tendo em conta que esta Corte poderá, assim, deixar de considerar crime político o ato de anarquismo, **terrorismo**, sabotagem, seqüestro de pessoa (...).

**Sob este aspecto**, desde logo, **cumpre entender** que, no Brasil, **não se adotou**, legislativamente, **o mesmo juízo valorativo**, quanto a esses atos **de terrorismo** (...), **tornando-se**, dessa maneira, **inequívoco** o espírito de, nos crimes complexos, **presente** a dimensão do atentado à liberdade pessoal, da violência à pessoa, **não se favorecem os delinqüentes** que, **mesmo** por motivação política, **perpetraram** crime que atentou **também** contra **os bens da vida e da liberdade pessoal**, nas hipóteses aludidas.

**Compreendo** que, no exercício dessa competência, ao dimensionar sua valorização, acerca do fato político, que esteja presente na perpetração do crime complexo, de que resultou a condenação do extraditando, **não se pode deixar de considerar o espírito da legislação brasileira, que desaprova o terrorismo e o seqüestro. Se o STF** pode, segundo a lei, **não considerar crime político** o ato de

anarquismo, **terrorismo**, sabotagem e **seqüestro de pessoa**, ao examinar pedido de extradição, **penso** que, ao ajuizar, caso a caso, não pode desconsiderar os valores vigentes no espírito do sistema jurídico, que rege a vida brasileira.

A partir daí, estando certo que o seqüestro contra o Diretor da **Fiat**, na França, aconteceu, e por isso veio o extraditando a ser condenado, como cúmplice desse delito, **quer se considere** a motivação acolhida na decisão francesa, que a todos condenou, tendo-os antes como inspirados por **razões de ladroagem internacional**, consoante se lê no julgado, **quer se admita** a existência de forte motivação política, **por razões de terrorismo**, na Argentina, como se vê dos noticiários da imprensa, juntados aos autos, **não parece possível olvidar**, aqui, – **mesmo concedendo** a ocorrência da última hipótese advogada pela defesa, – **que o seqüestro da vítima**, por mais de trinta dias, **é fato** que, por sua natureza e gravidade, **há de conduzir** esta Corte, no exercício de seu juízo de apreciação do caráter da infração, **a retirar-lhe**, de qualquer sorte, **o atributo de crime político**, para que os responsáveis ou cúmplices pelo delito sejam punidos, na forma da legislação do País requerente. **Não me parece que o STF, em matéria de terrorismo, sabotagem, anarquismo deva considerar os fatos senão na linha de reprovação internacional**, porque esses delitos, em última análise, pela insegurança que trazem à vida dos

*povos, representam **verdadeiros atentados à humanidade e desrespeito aos fundamentais direitos da pessoa humana de ser livre e viver em segurança, na vida social (...).***” (grifei)

Desse modo, Senhor Presidente, e como **precedentemente** já acentuei, **não vislumbro** a incidência, na espécie, de **qualquer** obstáculo, que, **fundado** na Constituição da República **ou** no Estatuto do Estrangeiro, **justifique** a aplicação, ao ora extraditando, da cláusula benéfica da criminalidade política.

**Passo a analisar**, agora, **a arguição** formulada pelo ora extraditando, **cuja defesa sustenta e** postula seja ele **imediatamente entregue** às autoridades da República do Chile, **com prejuízo da condenação penal** – trinta (30) anos de reclusão (fls. 652) – que lhe foi imposta pelo Poder Judiciário **brasileiro**.

**Cumprе observar**, neste ponto, por necessário, **que a faculdade** conferida pelo art. 89 do Estatuto do Estrangeiro **não se dirige** ao Supremo Tribunal Federal - **que não dispõe** do poder de autorizar a ressalva contida na regra legal em questão -, **mas tem por destinatário**, por **único** destinatário, o próprio Presidente da República, **a cuja inteira discricão** submete-se o exercício do poder de ordenar, **uma vez deferido** o pedido extradicional por esta Corte, a **imediate** entrega do extraditando, **não obstante** esteja este, **nos termos da nossa lei**, **ou** sendo processado, **ou**, como no caso, **sofrendo**

execução penal decorrente de condenação imposta **pela Justiça brasileira**.

**Pertence**, pois, ao Chefe do Poder Executivo da União – **e somente a ele** – a prerrogativa de determinar, nas situações referidas no art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, a entrega **imediate** do extraditando ao Estado requerente. **O Presidente da República**, nesse contexto, **é o único árbitro** da conveniência, oportunidade, utilidade ou necessidade da efetivação **dessa medida excepcional**.

**Esta Corte**, ao julgar a **Extradicação 369**, de que foi relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO (DJ de 07/03/80), **proclamou a exclusividade** dessa prerrogativa presidencial, **assinalando ser** “*da competência do Presidente da República deliberar sobre a conveniência da pronta efetivação da extradição*”.

**É por tal razão** que o Supremo Tribunal Federal **tem acentuado**, a propósito do tema, que “*Compete, exclusivamente, ao Presidente da República, uma vez deferido o pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal, deliberar sobre a conveniência da entrega imediata do extraditando ao Estado requerente, não obstante o súdito estrangeiro esteja sendo processado criminalmente no Brasil ou aqui sofrendo execução penal em face de condenação imposta pela Justiça brasileira. Inteligência do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro*” (RTJ 155/34-35, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Essa orientação **tem sido reiterada** em sucessivas decisões plenárias **proferidas** por esta Suprema

Corte (RTJ 134/1036, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RTJ 183/42-43, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

*“A entrega do extraditando – que esteja sendo processado criminalmente no Brasil, ou que haja sofrido condenação penal imposta pela Justiça brasileira – depende, em princípio, da conclusão do processo ou do cumprimento da pena privativa de liberdade, exceto se o Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, conveniência e/ou utilidade, exercer, na condição de Chefe de Estado, a prerrogativa excepcional que lhe permite determinar a imediata efetivação da ordem extradicional (...). Precedentes.”*

(RTJ 185/393-394, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Outro não é o entendimento da doutrina, cujo magistério ressalta a posição arbitral do Chefe de Estado no tema referido. Para MIRTÔ FRAGA – cujo entendimento vale referir (“O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado”, p. 355, 1985, Forense) –, *“...se conveniente ao interesse nacional, a entrega pode efetivar-se ainda que haja processo ou tenha havido condenação. Cabe ao Presidente da República decidir sobre a conveniência da pronta entrega do extraditando (...), porque é ele o juiz do interesse nacional” (grifei).*

Há, no entanto, outra questão, que, por reves-tir-se de indiscutível relevância, revela-se apta, por si só, a justificar o deferimento, com restrição, da presente extradição.

Refiro-me ao fato de que o extraditando foi condenado, no Estado requerente, à pena de prisão perpétua.

Entendo, neste ponto, que a presente extradição deve reabrir, nesta Suprema Corte, a discussão em torno de tema fundamental: a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de extradição, condicionar a efetivação desse ato, quando cabível a pena de prisão perpétua (como no caso), ao compromisso do Estado estrangeiro requerente de comutá-la em pena de prisão temporária não superior a trinta (30) anos de reclusão.

A questão ora em exame assume indiscutível relevo jurídico, pois consiste em definir, dentro do contexto emergente da presente causa, o tema pertinente às relações entre duas ordens normativas – uma, consubstanciada nos tratados internacionais (o tratado de extradição Brasil/Chile, no caso presente), e outra, fundada no estatuto constitucional – ordens normativas estas que se revelam claramente desiguais em grau de validade, de eficácia e de autoridade.

Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer possibilidade de a ordem normativa externa superpor-se ao que prescreve, em caráter subordinante, a própria

Lei Fundamental da República, **como reconhece** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 58/70 – **RTJ** 83/809 – **RTJ** 179/493-496, **v.g.**) e **acentua o magistério** da doutrina (JOSÉ ALFREDO BORGES, **in Revista de Direito Tributário**, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, **in RDA** 47/452; ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, “**Da Lei Tributária no Tempo**”, p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, “**Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**”, p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, “**Curso de Direito Internacional Privado**”, p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, “**Direito dos Tratados**”, p. 470/475, itens ns. 393-395, 1984, Forense, **v.g.**).

**Não desconheço** que esta Corte, em 1985, **alterou** orientação jurisprudencial **que condicionava** a entrega do extraditando à existência de compromisso formal – previamente assumido pelo Estado requerente – relativo à comutação da pena de prisão perpétua em sanção temporária de privação da liberdade (**RTJ** 108/18 – **RTJ** 111/16).

Com efeito, o julgamento da **Ext 426-3**, requerida pelo Governo dos Estados Unidos da América, levou o Supremo Tribunal Federal, por voto majoritário, a declarar “...*improcedente a alegação de ressalva para a comutação de prisão perpétua em pena limitativa de liberdade, por falta de previsão na lei ou no tratado*” (**RTJ** 115/969).

**Não obstante** a orientação **firmada** por esta Corte, **não vejo** – coerente com votos proferidos

em **anteriores** processos extradicionais (**Ext** 486 – **Ext** 654 – **Ext** 703-ED – **Ext** 711 – **Ext** 773 – **Ext** 811 – **Ext** 838) – **como dar precedência** a prescrições de ordem **meramente** convencional (tratados internacionais) **ou** de natureza simplesmente legal **sobre** regras inscritas na Constituição, **que vedam**, dentre **outras** sanções penais, a **cominação** e a **imposição** de quaisquer penas **de caráter perpétuo** (CF, art. 5º, inciso XLVII, **b**).

Essa **cogente, absoluta e incontornável proibição de índole constitucional** configura, na realidade, o próprio fundamento da norma jurídica consubstanciada no art. 75 do Código Penal brasileiro **que limita** a trinta (30) anos o tempo **máximo** de **cumprimento** das penas privativas de liberdade (DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Código Penal Anotado**”, p. 212, 5ª ed., 1995, Saraiva; CELSO DELMANTO, “**Código Penal Comentado**”, p. 121, 3ª ed., 1991, Renovar; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “**Manual de Direito Penal**”, vol. 1/320, item n. 7.6.7, 9ª ed., 1995, Atlas; ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, “**Direito Penal - Parte Geral**”, vol. I, tomo II/579, 4ª ed., 1992, Forense; JORGE ALBERTO ROMEIRO, “**Curso de Direito Penal Militar**”, p. 196, item n. 114, 1994, Saraiva; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO/PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, “**Direito Penal na Constituição**”, p. 112-114, 1990, RT).

**Daí o magistério** de CELSO RIBEIRO BASTOS (“**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 2º/242, 1989, Saraiva), **para quem** o legislador penal

brasileiro “...**captou muito bem o sentido do preceito da Lei Maior**”, eis que, **ao fixar** o limite de ordem temporal mencionado (CP, art. 75), **definiu o máximo penal juridicamente exequível** em nosso País.

**Cumpre rememorar**, também, por oportuno, o **ensinamento** de CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA (“**A Relação Extradicional no Direito Brasileiro**”, p. 221, 2001, Del Rey), **que expende**, sobre o tema, **precisa** lição:

“(...) A **proibição** da aplicação de pena com caráter perpétuo **é um direito individual** garantido no Brasil pela Constituição da República aos que se encontram sob jurisdição brasileira, e, dessa forma, tais indivíduos não podem ver-se condenados a uma pena dessa espécie.

(...)

**No caso do Brasil**, entendemos que os direitos humanos acima mencionados referem-se **tanto** àqueles reconhecidos expressamente pela atual Constituição, em seu artigo 5º, **quanto** os estabelecidos em tratados e convenções internacionais do qual o País seja parte (§ 2º do artigo 5º). Assim, havendo a possibilidade de violação de um direito individual reconhecido pelo ordenamento brasileiro, **é de se recusar a extradição**. Entretanto, no caso de tal violação respeitar à possibilidade de o extraditando sofrer pena de prisão perpétua no Estado requerente, entendemos que, verificada a legalidade da extradição, para que a entrega

não seja recusada, o Estado requerente deve se **comprometer a não aplicar tal penalidade**, estabelecendo um prazo certo para a prisão.

(...)

A **proibição** da aplicação de pena com caráter perpétuo **é um direito individual garantido**, no Brasil, pela Constituição da República aos que se encontram sob jurisdição brasileira, e, dessa forma, tais indivíduos **não podem ver-se condenados** a uma pena dessa espécie”. (grifei)

**Cabe referir**, finalmente, o **magistério** de ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (“**As Novas Tendências do Direito Extradicional**”, p. 172, 1998, Renovar), **no sentido** de que, “...devido à obrigatoriedade da detração da prisão provisória na pena definitiva – **exigível** do Estado requerente no processo de extradição – somado a outros argumentos de índole constitucional, **podemos sustentar que a sanção de prisão perpétua** – em tese ou em concreto – **encontra-se excluída** de nosso direito extradicional, **competindo**, dessa forma, ao Supremo Tribunal, o **dever de condicionar** a entrega do extraditando ao compromisso de **comutação** em questão” (grifei).

**Irrepreensível**, sob todos os aspectos, o **douto voto vencido** do eminente Ministro RAFAEL MAYER, **proferido** quando do julgamento da referida **Ext 426/EUA**, ocasião em que esse ilustre magistrado ponderou, com **indiscutível** correção, **a propósito** do tema, **o que se segue**:

*“Entendo que a razão da interpretação compreensiva, adotada pela Corte, reside em que repugna ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação, em tempo de paz, da pena de morte, bem assim a prisão perpétua, ambas as sanções tratadas geralmente, ‘pari passu’, nas legislações que adotam e na doutrina como integrantes da mesma categoria de penas eliminatórias. Trata-se de um reflexo, na aplicação das leis ou dos tratados, da supremacia do valor consagrado na proibição constitucional (...), não sendo admissível faça a entrega de alguém, submetido à sua jurisdição, para sofrer pena que, no País, não se aplicaria, por absoluta incompatibilidade com os seus preceitos.”*

(RTJ 115/969, 972 - grifei)

**Incensurável**, também, **no ponto**, o douto parecer da lavra do eminente Procurador-Geral da República, **que se manifestou pela necessidade de comutação**, em pena **não superior** a 30 (trinta) anos de reclusão, **das penas de prisão perpétua** impostas ao ora extraditando (fls. 561).

**Em suma**, Senhor Presidente: **entendo que deve ser deferido** este pleito extradicional, **seja** porque os delitos a ele subjacentes **não se qualificam** como crimes de natureza política, **seja** porque o ora extraditando **não foi julgado** por tribunal de exceção, **tendo sido observadas**, ainda, em seu benefício, **todas as exigências** inerentes ao

devido processo legal – **o que basta**, por si só, **para autorizar** a concessão da extradição (RTJ 177/485-488 – RTJ 185/393-394) –, **ressalvando-se**, apenas, **a necessidade** de a República do Chile **assumir formal compromisso** no sentido **de comutar**, em pena temporária (**máximo** de 30 (trinta) anos de reclusão), as penas de prisão perpétua **impostas** a Mauricio Fernandez Norambuena, **em respeito ao que determina**, de modo incontrastável, **a Constituição brasileira** (art. 5º, inciso XLVII, “b”).

Sendo assim, **tendo em consideração** as razões expostas, **defiro**, com restrição, o pedido extradicional, **em ordem a autorizar a extradição** do súdito estrangeiro, **somente** se o Estado requerente **assumir**, em caráter formal, **perante** o Governo brasileiro, **o compromisso de comutar**, em pena de prisão temporária (**máximo** de 30 anos), **as penas de prisão perpétua** aplicadas ao ora extraditando.

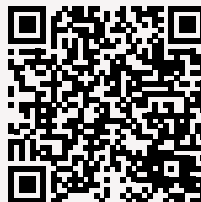
**É o meu voto.**



### 13 EXTRADIÇÃO 1.442 – DF

**República Popular da China – Estado totalitário – Extradicação – Inviabilidade** de fiscalização de cumprimento, **por parte das autoridades chinesas**, do compromisso de comutação da pena de morte **e/ou** de prisão perpétua – **A defesa dos direitos básicos** da pessoa humana **como obrigação indeclinável** do Supremo Tribunal Federal – **Pedido extradicional indeferido**. [Ext 1.442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 5-2-2020.]

Inteiro teor do acórdão



## EXTRADIÇÃO

DF - DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): GOVERNO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA

EXTDO.(A/S): WANPU JIANG OU JIANG WANPU

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL  
FEDERAL

E M E N T A: **EXTRADIÇÃO – REPÚBLICA POPULAR DA CHINA – DELITO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE DEPÓSITOS DO PÚBLICO EM GERAL (CÓDIGO PENAL CHINÊS, ART. 176) – APARENTE CORRESPONDÊNCIA COM O CRIME TIPIFICADO NO ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86 – OBSERVÂNCIA, NO CASO, DOS POSTULADOS DA DUPLA TIPICIDADE E, TAMBÉM, DA DUPLA PUNIBILIDADE – PREENCHIMENTO, POR IGUAL, DOS DEMAIS REQUISITOS DE EXTRADITABILIDADE – OCORRÊNCIA, NO ENTANTO, DE SITUAÇÃO QUE PERMITE VISLUMBRAR A CONCRETA POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENA DE PRISÃO PERPÉTUA (OU, ATÉ MESMO, DE PENA DE MORTE) – INVIABILIDADE DE FISCALIZAÇÃO, PELOS AGENTES CONSULARES DO BRASIL, DO FIEL CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS AUTORIDADES CHINESAS, DO COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO (INEXISTENTE NO CASO) DE REFERIDAS SANÇÕES PENAIIS EM PENA ADMITIDA PELO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO – RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, A PARTIR**

**DE PRECEDENTES FIRMADOS** PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (**Ext 633/República da China**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Ext 1.426/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Ext 1.428/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **DA INCAPACIDADE** DE O ESTADO REQUERENTE **ASSEGURAR** AO EXTRADITANDO OS DIREITOS **INERENTES** AO “*DUE PROCESS OF LAW*”, **NOTADAMENTE A GARANTIA** DE UM JULGAMENTO JUSTO, IMPARCIAL E INDEPENDENTE – **FATOS QUE INVIABILIZAM O DEFERIMENTO** DO PLEITO EXTRADICIONAL – **OBRIGAÇÃO QUE SE IMPÕE** AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **POR EFEITO DE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 4º, II), DE FAZER PREVALECER, EM SITUAÇÕES COMO A ORA EM JULGAMENTO, O REGIME** DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, **NOTADAMENTE EM SEDE PROCESSUAL PENAL – EXTRADIÇÃO INDEFERIDA.**

### **EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS**

– A **essencialidade** da cooperação internacional na **repressão penal** aos delitos comuns **não exonera** o Estado brasileiro – e, em particular, o **Supremo Tribunal Federal** – **de velar** pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro **que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional** instaurado por iniciativa de **qualquer** Estado estrangeiro.

O **fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta** para reduzi-lo

a um estado de submissão **incompatível** com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana **e que lhe confere** a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, **entre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia** do “*due process of law*”.

**Em tema de direito extradicional**, o Supremo Tribunal Federal **não pode nem deve revelar indiferença** diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. **É que o Estado brasileiro** – que deve obediência **irrestrita** à própria Constituição **que lhe rege** a vida institucional – **assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos** (CF, art. 4º, II).

#### **EXTRADIÇÃO E “DUE PROCESS OF LAW”**

O extraditando **assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade** há de ser preservada pelo Estado **a quem foi dirigido** o pedido de extradição.

**A possibilidade de ocorrer a denegação, em juízo penal instaurado** perante Tribunais do Estado estrangeiro, das prerrogativas **inerentes** ao “*due process of law*”, **nos múltiplos contornos** em que se desenvolve esse princípio **assegurador** dos direitos e da própria liberdade jurídica do acusado – **como, p. ex., a garantia de ampla defesa, a garantia do contraditório, a igualdade entre as partes perante o juiz natural e a garantia de imparcialidade e de independência do magistrado processante** – **impede**

**o deferimento** do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

O Supremo Tribunal Federal **não deve deferir** o pedido de extradição, **se** o ordenamento jurídico do Estado requerente **não se revelar capaz** de assegurar aos réus, *em juízo criminal*, **a garantia plena** de um julgamento imparcial, justo, regular e independente.

**A incapacidade** de o Estado requerente **assegurar** ao extraditando **o direito** ao “*fair trial*” **atua como causa impeditiva do deferimento** do pedido de extradição.

#### **EXTRADIÇÃO, PENA DE PRISÃO PERPÉTUA (OU DE MORTE) E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO**

– O ordenamento positivo brasileiro, **nas hipóteses** em que se delineia a possibilidade **de imposição da pena de prisão perpétua** (**ou** do “*supplicium extremum*”), **impede a entrega** do extraditando ao Estado requerente, **a menos que este, previamente, assumo** o compromisso formal de comutar, em pena **privativa** de liberdade **não superior** a 30 anos, aquelas sanções penais *constitucionalmente vedadas*, **com ressalva, no que se refere à pena de morte, das situações** em que a lei brasileira – **fundada** na Constituição da República (art. 5º, XLVII, “a”) – **permitir** a sua aplicação, **caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Inexistência, na espécie, de qualquer** compromisso formal, *por via diplomática*, do Estado requerente.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** A República Popular da China **ajuizou** a presente ação de extradição passiva **com o objetivo** de pleitear do Governo brasileiro **a entrega** de Wanpu Jiang **ou** Jiang Wanpu, *de nacionalidade chinesa, contra quem foi instaurado, naquele País, procedimento de investigação penal destinado a apurar o alegado envolvimento de referido súdito estrangeiro na prática do crime de “absorver depósitos ilegais do público”, tipificado no art. 176 do Código Penal chinês.*

**O extraditando**, ao ser interrogado, **não só negou** a prática delituosa que lhe é atribuída, **mas também enfatizou** que, **se entregue** às autoridades da República Popular da China, *“vai ser condenado, talvez [à pena de] morte ou perpétua” (fls. 230).*

**Conforme sustenta o Estado requerente**, a atividade do ora extraditando *“consistia em obtenção de empréstimos em negócios virtuais (‘websites’), com a promessa de pagar aos investidores 20% da receita anual e com garantia de 100% negócio seguro, sem riscos. Com isso obtiveram ilegalmente cerca de CNY 20.000.000,00 (vinte milhões de Renmimbi Iuan), enganando 258 vítimas, que perderam seus capitais” (fls. 05 da PPE 769/DF – em apenso).*

**Iniciada** a investigação penal, a Secretaria de Segurança Pública de Lucheng, Distrito de Wenzhou, **fez expedir** mandado de prisão **contra** Wanpu Jiang

**ou** Jiang Wanpu, **consubstanciado** nos seguintes termos (fls. 15):

*“De acordo com artigo 78 da Lei processual Penal da República Popular da China, permiu/ decidiu pela procuradoria popular de Lucheng Distrito de Wenzhou que a nossa Secretaria pode prender o suspeito Jiang Wanpu (masculino, nasceu em 8/2/1988, No.995, de AV Fupubei, Aldeia Chaofu, Bairro Tenggiao, Distrito Lucheng, Cidade Wenzhou, Província Zhejiang) e mandá-lo para Centro de Detenção de Lucheng Distrito de Wenzhou.”*

**O extraditando**, ao apresentar a sua defesa técnica, **assim fundamentou** suas objeções **ao pedido de extradição** formulado pelo Governo da República Popular da China (fls. 177/208): **(a)** que não é foragido; **(b)** que o pedido de extradição **não está** suficientemente instruído; **(c) que há divergência** entre a data em que o delito supostamente ocorreu e aquela de sua entrada no Brasil; **(d)** que os fatos a ele imputados **são anteriores** à celebração do Tratado de Extradição Brasil/China; **(e)** que o Governo chinês **não tem** capacidade para assegurar *ao extraditando* julgamento justo e independente, com todas as garantias **inerentes** ao postulado do *“due process of law”*; **e (f) que há possibilidade** de imposição da pena de morte caso efetivada a entrega extradiciona ao Estado requerente.

A douta Procuradoria-Geral da República, **pronunciando-se** sobre o pedido extradicional, **manifestou-se pelo indeferimento** da postulação, **sob o fundamento** de que o Estado chinês **não reúne** condições políticas **que permitam assegurar** ao ora extraditando o respeito aos direitos fundamentais de que é titular (fls. 309/316):

**“35. Os dados trazidos pelos extraditando nos processos da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes evidenciam que não houve substancial alteração nas condições políticas do Estado requerente, que persiste, sem trégua, com a prática de desrespeitar os direitos humanos e de executar seus nacionais por crimes que não justificam pena tão rigorosa, observados os princípios e valores que prevalecem nos países democráticos.**

**36. E mais, que o Estado requerente não age nas relações com os Países que integram a comunidade internacional com a lealdade que é imposta pelas normas do direito internacional.**

**37. Em suma, o fato mais relevante deste processo, e que justifica a manifestação pelo indeferimento da extradição, é que, ao contrário do que ocorre com a generalidade dos pedidos de extradição, em que há certeza do cumprimento rigoroso dos compromissos assumidos, em relação às extradições requeridas pelo Governo chinês não se sabe o que vai acontecer com o extraditando, se vai ser preso por um tempo determinado, pelo**

**resto da vida ou se vai ser executado. Somente isso é suficiente para justificar o indeferimento da pretensão.**

**38. Ante o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo indeferimento do pedido de extradição.” (grifei)**

*Sendo esse o contexto, passo a analisar o pedido de extradição e os fundamentos em que se apoia a defesa do ora extraditando.*

**Cabe registrar que a pretensão extradicional deduzida pelo Governo da República Popular da China, considerada a infração delituosa subjacente a este pleito, satisfaz a exigência concernente ao postulado da dupla tipicidade.**

**É que o delito imputado ao súdito chinês encontra plena correspondência típica no art. 16 da Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.**

A ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, *após detida análise da conduta atribuída ao ora extraditando, enfatizou que se acha atendido, na espécie, o requisito da dupla tipicidade* (fls. 311):

**“8. Tem-se, no entanto, que a conduta descrita pode ser enquadrada, no direito brasileiro, no tipo do art. 16 da Lei nº 7.492/86, punido com sanção que varia de 1 a 4 anos de reclusão, tendo em vista que o extraditando fez operar instituição**

*financeira sem autorização dos órgãos competentes da China.*

**9. Também é possível**, em tese, o enquadramento no crime de estelionato. O extraditando teria induzido a erro os investidores, com a promessa de uma remuneração vantajosa, apropriando-se posteriormente dos valores e, assim, obtendo vantagem indevida.

**10. Considerando**, entretanto, **que o crime do art. 16 da Lei nº 7.492/86 corresponde melhor ao tipo do art. 176 do Código Penal Chinês**, pelo qual o extraditando está sendo investigado, a análise será feita sob a ótica desse tipo penal.” (grifei)

**Devo reconhecer**, ainda, que o pedido de extradição acha-se instruído **com cópia** da ordem de prisão **emanada** de autoridade que dispõe, *nos termos da legislação chinesa*, **de competência** para decretar, *naquele País*, **a privação cautelar** da liberdade individual de pessoas que figurem como indiciadas **ou** acusadas em procedimentos de caráter penal-persecutório (fls. 15).

O mandado de prisão em causa **foi expedido** pelo Ministério Público do Distrito de Wenzhou (fls. 15), **com fundamento** em norma de competência que atribui ao representante dessa Instituição o poder de ordenar a privação da liberdade individual dos supostos autores de ilícitos penais.

**O Tratado de Extradição** entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China,

**ao dispor** sobre os documentos que devem obrigatoriamente instruir o pedido extradicional, **refere-se**, entre eles, **à cópia** “do mandado de prisão emitido pela autoridade competente da parte requerente”.

**Constata-se**, pois, **que referido** tratado bilateral **firmado** entre o Brasil e o Estado estrangeiro ora requerente **não exige** que a ordem de prisão tenha necessariamente emanado de autoridade estrangeira **integrante** do Poder Judiciário.

**Basta que se cuide**, como no caso, de autoridade investida, *nos termos da legislação do próprio Estado requerente*, **de atribuição** para decretar a prisão do extraditando.

**Em tema** de direito extradicional, **não se pode impor** ao Estado requerente, **quanto à definição** da autoridade competente para ordenar a prisão de alguém, **o modelo jurídico consagrado** pelo sistema normativo vigente no Brasil, que – *com a só exceção* de **algumas** hipóteses **taxativamente** discriminadas em sede constitucional (**CF**, art. 5º, LXI, “*in fine*”, e art. 136, § 3º, I) – **atribui aos órgãos do Poder Judiciário (e a estes, somente)** a prerrogativa extraordinária de decretar a privação da liberdade individual.

**Daí a observação** de GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, **para quem** um dos requisitos **condicionadores** do pedido extradicional **reside na existência** de ordem de prisão “*determinada por autoridade competente (judiciária ou administrativa) do Estado que requereu a extradição*” (“**A Extradição**

no **Direito Internacional e no Direito Brasileiro**”, p. 128, 3ª ed., 1981, RT).

**Orienta-se**, *nesse mesmo sentido*, o **magistério jurisprudencial** do Supremo Tribunal Federal, **que expressamente reconhece**, para efeito dos processos extradicionais, a “*Aptidão do mandado de prisão expedido pelo Ministério Público do Estado requerente*” (**RTJ 89/716**, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE):

**“VALIDADE DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO ESTRANGEIRO REQUERENTE**

– O ordenamento positivo brasileiro, **no que concerne** aos processos extradicionais, **não exige** que a ordem de prisão contra o extraditando **tenha emanado**, necessariamente, de autoridade estrangeira **integrante** do Poder Judiciário. **Basta que se cuide** de autoridade investida, **nos termos da legislação do próprio Estado requerente**, de atribuição **para decretar** a prisão do extraditando. **Precedente.**”

(**Ext 633/República da China**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Impõe-se afastar**, de outro lado, a pretendida **análise** concernente à alegação **de que inexistem** elementos comprobatórios de incriminação do extraditando **e, também, de que este** – considerada a prova

documental **produzida** pelo Estado requerente – **não concorreu** para a prática delituosa **que constitui** fundamento da presente ação extradicional.

**Cumprе enfatizar**, na linha de decisão proferida **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal **no julgamento de questão de ordem** suscitada na **Ext 662/República do Peru**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, que **nenhum** relevo tem *para o sistema extradicional vigente no Brasil* a **pretendida discussão probatória** sobre a realidade material do fato *supostamente* delituoso **e** dos elementos de convicção **concernentes** ao alegado envolvimento do extraditando na prática criminosa.

**É que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal tem **reiteradamente** assinalado que a ação de extradição passiva **não confere** a esta Corte **qualquer** poder de indagação **sobre o mérito** da pretensão deduzida pelo Estado requerente **ou sobre o contexto probatório** em que a postulação extradicional apoia-se, **sempre enfatizando que**:

**“O juízo de delibação**, subjacente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na apreciação da ação de extradição passiva, **não confere poder algum** a esta Corte Suprema **para rever ou reexaminar** os procedimentos judiciais **instaurados** perante o Estado estrangeiro, **incluindo-se** nessa vedação até mesmo a própria sentença penal condenatória deles resultante. **Inexiste**, portanto, **no processo extradicional** regido pelo

*ordenamento positivo brasileiro, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal emitir qualquer juízo de revisão.”*

(RTJ 140/436, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**É preciso ter presente** que o sistema extradicional **vigente** no direito brasileiro **qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância** da atividade jurisdicional, **que permite** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** fiscalização **concernente à legalidade extrínseca** do pedido de extradição **formulado** pelo Estado estrangeiro.

O modelo que rege, *no Brasil*, a disciplina normativa da extradição passiva – **vinculado**, quanto à sua matriz jurídica, **ao sistema misto ou belga** – **não autoriza** que se renove, *no âmbito do processo extradicional*, o **litígio penal** que lhe deu origem **nem que se promova** o reexame ou rediscussão do mérito (“*révision au fond*”).

O Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, **só excepcionalmente** analisa aspectos materiais **concernentes** à própria substância da imputação penal, **desde que esse exame torne-se indispensável** à solução de eventual controvérsia concernente **(a) à ocorrência** de prescrição penal, **(b) à observância** do princípio da dupla tipicidade **ou** **(c) à configuração** eventualmente política **tanto** do delito imputado ao extraditando **quanto** das razões que levaram uma soberania estrangeira **a requerer**

a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

O **ordenamento positivo brasileiro**, entre os diversos sistemas extradicionais existentes **no plano** do direito comparado, **optou pelo modelo normativo** que outorga ao Supremo Tribunal Federal, *em tema de extradição passiva*, **competência meramente deliberatória**, que lhe permite simples **controle limitado** sobre os fundamentos em que se apoia a postulação deduzida pelo Estado estrangeiro.

Esse **sistema de controle limitado** – que enseja mera verificação jurisdicional *de pontos determinados* referidos **pela própria** legislação doméstica brasileira **ou**, quando existente, **pelo tratado bilateral** específico –, **além de não viabilizar** a possibilidade *de qualquer* juízo de revisão sobre os fatos **subjacentes** ao pedido extradicional (como já precedentemente enfatizado), **restringe** a atividade processual do Supremo Tribunal Federal **ao plano da mera delibação**.

**Isso significa**, na perspectiva do modelo extradicional vigente no ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 13.445/2017) – **que repele** a possibilidade de revisão **ou** de reapreciação do mérito da acusação penal **ou** da condenação criminal **proferidas** no âmbito do Estado requerente –, que a Lei de Migração **consagra o sistema de contenciosidade limitada, que circunscreve** o “*thema decidendum*”, **nas ações** de extradição passiva, **à análise dos pressupostos e**

das condições inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro.

**Cumpre enfatizar**, bem por isso, **que nenhum relevo** tem para o sistema extraditacional vigente no Brasil a discussão pertinente às **circunstâncias de fato concernentes** à realidade material do delito e à **prova da suposta participação** do súdito estrangeiro reclamado.

É por tal razão que esta Corte Suprema, **com apoio em autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**Tratado de Direito Penal**”, vol. I/319, 2ª ed., 1964, Saraiva; MIRTÔ FRAGA, “**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**”, p. 336, 1985, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, “**Estatuto do Estrangeiro**”, p. 325/326, item n. 26.33, 2ª ed., 2010, RT; JOSÉ FRANCISCO REZEK, “**Direito Internacional Público – Curso Elementar**”, p. 204, item n. 118, 1989, Saraiva; NEGI CALIXTO, “**A Propósito da Extradição: A Impossibilidade de o STF apreciar o Mérito no Processo de Extradição. Indisponibilidade do Controle Jurisdicional na Extradição**”, “in” “Revista de Informação Legislativa”, vol. 109/163, v.g.), **tem advertido** que “a justiça ou injustiça, a procedência ou improcedência da acusação **escapam** ao exame do Tribunal” (**Ext 183/Suíça**, Rel. Min. EDGARD COSTA – **grifei**).

O extraditando **sustenta**, ainda, em sua defesa, **que existe acentuado risco** de aplicação da pena capital **por parte** do Estado requerente, **caso seja deferido** o pleito ora em exame (fls. 187/205):

“16 – Apesar da tentativa de camuflar a realidade, por parte do GOVERNO requerente, o certo é que para os fatos imputados ao extraditando está prevista a pena capital, aliás frequentemente praticada na China, circunstância em que a lei brasileira específica só admite a extradição mediante compromisso formal e regular de comutação em pena privativa de liberdade, sendo certo que o compromisso assumido nos presentes autos não é confiável, seja por falta de prova mostrando que a autoridade que formalizou o compromisso em nome do Governo da China está para tanto autorizada pela lei chinesa, seja porque só mencionou trechos do texto legal, que não está completo e faltam informações;

17 – Na realidade o extraditando corre o risco de ser julgado por autêntico tribunal de exceção, podendo ser submetido a um processo que não oferece garantias jurídicas, nem respeita as condições indispensáveis à salvaguarda dos direitos do homem, sendo certo que prevalecerá a interpretação casuística dos textos legais, sem nenhuma certeza de que as exigências mínimas da ordem pública internacional quanto ao direito de defesa serão cumpridas, o que aliás é típico dos Estados de Legalidade Revolucionária como acontece na China Popular, em que o objetivo da construção do socialismo, conduzida sob a direção do partido único, é que deve comandar a interpretação e aplicação das leis;

(...)

25 – O extraditando sustenta, em sua defesa, que o GOVERNO CHINÊS omitiu, fraudulentamente, a circunstância de que, desde 1982, até o delito de estelionato naquele país é também punível com a pena de morte, portanto merece total cautela;

(...)

27 – Esse aspecto suscitado do extraditando assume inquestionável importância jurídica em face do que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, que impede, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do ‘supplicium extremum’, a entrega do extraditando ao Estado requerente;

(...)

55 – Salientamos que no regime unipartidário vigente na REPÚBLICA POPULAR DA CHINA não se respeitam os direitos humanos, não há liberdade nem democracia, onde não há como dar continuidade em um processo de extradição nessas circunstâncias, por entendermos que a entrega de Wanpu Jiang ao país requerente representará a supressão de sua vida;

(...)

97 – O exame destes autos claramente revela um fato que, simultaneamente, constitui um anacronismo histórico, uma anomalia política e um gravíssimo retrocesso nas garantias liberais reconhecidas pelas sociedades de formação democrática, a possibilidade absurda e inimaginável de aplicação retroativa, na República Popular da China, de lei

penal mais grave, ainda que veiculadora da pena de morte, a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao de sua própria vigência;

98 – Constitui exemplo flagrante dessa anomalia jurídica, repudiada pela consciência jurídica dos povos livres, a própria resolução editada pelo conselho permanente da Assembléia Popular Nacional, em 08/03/82, que, ao instituir a pena de morte para diversas modalidades delituosas (entre as quais aquela motivadora deste pedido de extradição), prescreveu que a sanção capital estender-se-ia aos crimes praticados ‘antes da data de vigência desta Resolução’, desde que o criminoso não se entregasse às autoridades até 01/05/82, ou, já se achando preso até essa data, não confessasse todos os crimes e nem informasse, honestamente, sobre todos os fatos criminosos cometidos em momento anterior ao do início de vigência desse novo diploma legislativo;”

**Devo salientar**, neste ponto, **que o Código Penal** do Estado requerente **autoriza**, em seu art. 48, **a imposição da pena de morte** a sentenciados que tenham cometido “crimes extremamente graves”, **sem qualquer menção** a parâmetros objetivos **que possibilitem** a constatação segura **acerca da aplicação**, ou não, **de referida pena capital** ao delito pelo qual o Governo chinês **requer** a presente extradição.

Esse aspecto **suscitado** pela Defesa do extraditando **assume inquestionável** importância jurídica

em face do que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **que impede**, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do “*supplicium extremum*”, **a entrega** do extraditando ao Estado requerente, **sem que este previamente assuma o compromisso formal de** “*comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos*” (**Lei nº 13.445/2017**, art. 96, III).

**Assinale-se, no que concerne a esse tema, que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem ressaltado, nos casos em que se impõe a substituição da sanção capital, que o compromisso de comutação** conste do pedido de extradição, **muito embora** possa ele ser também **validamente** prestado em momento posterior “*pelo Estado requerente antes da entrega do extraditando*” (**RTJ 43/169**, Rel. Min. VICTOR NUNES LEAL – **RTJ 24/247**, Rel. Min. PEDRO CHAVES), **eis que a formalização** desse compromisso – *quando presente a possibilidade de execução da pena de morte* – **atua, na realidade, como pressuposto** “*da entrega do extraditando, e não do deferimento da extradição pelo Supremo Tribunal Federal*” (**RTJ 83/3**, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA).

**No presente caso, contudo, ainda que o Estado requerente** assumisse formalmente o compromisso de comutar *em pena privativa de liberdade a pena de morte eventualmente imponível* ao extraditando, **é certo que a conjuntura** político-institucional **existente** na República Popular da China **não favorece**

*quaisquer garantias* sobre o implemento dessa medida, **consoante assentado** pela colenda Segunda Turma desta Corte Suprema **em julgamento de extradição que**, *à semelhança do caso ora em exame, fora igualmente requerida* pelo Estado chinês **em função da mesma infração penal subjacente** a este pleito extradicional (**art. 176** do Código Penal chinês):

**“A ausência das garantias básicas** do extraditando quanto à comutação da pena é reforçada pelas informações prestadas pela representação diplomática brasileira na China. Ao responder ao pedido de informações formulado nos autos da Ext. 1428 (fls. 479-480-v), relativo ao mesmo fato imputado à esposa do extraditando, **o encarregado de negócios brasileiro**, Marcelo Della Nina, **escreveu o seguinte:**

**‘[...] O sistema judicial chinês caracteriza-se por elevada opacidade**, especialmente em processos relacionados a acusações de corrupção. Os casos judiciais de maior repercussão na política interna chinesa podem envolver a obtenção ou divulgação de segredos de Estado pelos réus, o que leva as sessões de julgamento a terem deliberações a portas fechadas. [...].

**A opacidade do sistema judicial chinês tem repercussões sobre atuação desta**

**Embaixada no acompanhamento de casos consulares que envolvem o sistema prisional chinês.** Se já existem dificuldades encontradas pelos postos na China para acompanhamento de casos brasileiros presos neste país, elas seriam seguramente maiores para que se tenha acesso aos autos e à situação de um processo em que o réu seja chinês e ainda acusado por corrupção. [...].

**Ademais, informações sobre processos judiciais em curso não são acessíveis pela ‘internet’ e dependem da boa vontade das autoridades chinesas em responder às notas enviadas pelos postos. É de se esperar que, em se tratando de um nacional chinês julgado por corrupção, as autoridades locais viessem a considerar como intervenção nos assuntos internos do país eventuais solicitações do Posto para visita a um extraditando, com vistas a verificar sua situação prisional.** [...].

**Embora esta Embaixada considere politicamente problemático e sensível, além de provavelmente ineficaz, solicitar informações ao governo chinês sobre o andamento de processos e penas aplicadas a seus próprios nacionais,** o governo brasileiro poderia usar as reuniões dos referidos diálogos para ressaltar, em caráter geral, a necessidade de que as penas aplicadas aos extraditados

respeitem o compromisso formado pela China. É pouco provável, contudo, que esses canais possam assegurar ao lado brasileiro de que as penas aplicadas são de fato limitadas ao que comporta nossa legislação.’ (...).

**Não é demais ressaltar que, segundo a Anistia Internacional** (*‘Death sentences and executions in 2016’*, p. 19), **a China liderou o ‘ranking’ das execuções da pena de morte no mundo em 2016, com a aplicação da sanção capital a milhares de pessoas.**

**Os dados não são oficialmente divulgados pelas autoridades chinesas, pois são considerados segredo de Estado. Apesar disso, pelas estimativas da Anistia Internacional, aquele país executa mais pessoas que todas as demais nações do mundo reunidas (ANISTIA INTERNACIONAL, ‘Death sentences and executions in 2016’, p. 19).**

**Destaque-se que não há notícias relativas a avanços significativos nessa matéria.**

**A ausência de garantias quanto à comutação da pena é reforçada pela falta de independência do Poder Judiciário e dos casos relatados de graves violações de direitos humanos.**

**Discorrendo sobre a influência do Partido Comunista Chinês sobre o funcionamento dos órgãos estatais, incluindo o Poder Judiciário, Xin He escreve o seguinte:**

‘Conforme destacado por Hamrin: ‘Normalmente, a segurança interna, juntamente com as funções legislativas e judiciais, são canceladas por Comissões Políticas e de Assuntos Jurídicos ou Grupo de Decisão (GD), que supervisiona o Congresso Nacional do Povo (CNP), a procuradoria e os tribunais, bem como a polícia e as forças de inteligência. [...]’

**Não há significativa separação de poderes e independência entre o aparato estatal e o partido.** Sempre que uma disputa de poder surge, o árbitro final, de acordo com o princípio do centralismo democrático, será simplesmente o mais alto comitê dentro do partido. [...].

**Comparado ao congresso do povo, as cortes estão em uma posição bem inferior na hierarquia política.** A presidência da Suprema Corte do Povo (SCP) é função atribuída a um membro do Comitê Central do Partido, e não do Politburo. Apesar da posição administrativa ser superior à dos ministros, o status político dentro do partido é inferior, de facto até mesmo abaixo dos ministros da Segurança Pública, das Finanças e Planejamento. [...].

**A baixa posição do chefe da SCP demonstra que o judiciário não é tão importante para o partido.** (HE, Xin. ‘The Party’s Leadership as a Living Constitution in China’. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto.

‘Constitutions in Authoritarian Regimes (Comparative Constitutional Law and Police’), p. 246-252).”

(**EXT 1.426/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **grifei**)

**Esse comportamento** das autoridades chinesas **somente pode levar-me a apreciar**, com grave preocupação e extrema cautela, o pedido de extradição ora em exame.

**Diversos** documentos **emanados** de instituições governamentais (**como** o “*2018 Country Reports on Human Rights Practices: China (includes Tibet, Hong Kong and Macau) – China*” do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América) **e** de organizações não governamentais idôneas, **como a** Anistia Internacional (“*Amnesty International Report 2017/18 – China*”) **e a** Human Rights Watch (“*World Report/2019/China*”), **deixaram evidenciado** que, **desde** o massacre da Praça da Paz Celestial (1989), **vêm se intensificando** as críticas da comunidade internacional ao regime político **vigente** na República Popular da China, **qualificado**, de forma explícita, como um Estado totalitário, **responsável** por práticas institucionais **reveladoras** de intolerância **e** de grave desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana.

Um Estado **que não sabe conviver** em harmonia **com o pluralismo político e que também se mostra incapaz de respeitar** a essencial dignidade

da pessoa humana – **ainda que se mostre aberto, pragmaticamente, a reformas** em seu sistema econômico – **não pode deixar de ser estigmatizado** com o labéu de Estado **desprovido** de legitimidade democrática.

**Ainda são profundas** as restrições **impostas** pelo ordenamento positivo chinês **ao regime** das liberdades públicas, **tanto que o Relatório Anual** do Departamento de Estado norte-americano, **divulgado em março de 2019, após destacar** que a República Popular da China “*é um Estado autoritário no qual o Partido Comunista Chinês constitui a fonte mais importante de poder*”, **revela a existência, naquele País, de inúmeros abusos** cometidos por autoridades governamentais **contra** os direitos básicos das pessoas, **relacionando, entre várias outras, as seguintes situações de flagrante anormalidade: detenções** arbitrárias; **regime** de incomunicabilidade por períodos muito prolongados; **confissões** obtidas mediante violência; **prática** da tortura; **execuções** extrajudiciais; **desaparecimento** de pessoas; **tratamento** cruel e degradante dispensado pela polícia e por outros agentes da repressão; **dificuldade** de acesso dos indiciados e réus presos a seu advogados; **impossibilidade** de organizações humanitárias internacionais terem acesso ao universo concentracionário chinês; **concessão** de fiança criminal **sujeita** ao poder discricionário das autoridades incumbidas da segurança pública; **recusa** de julgamento público e justo.

Quanto a este último tópico – “*denial of fair public trial*” –, **o Relatório Anual** do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, **datado de 2018, adverte:**

***“Embora a lei estabeleça que os Tribunais exercerão a função jurisdicional de modo independente, sem interferência de quaisquer órgãos administrativos, organizações sociais e pessoas em geral, o fato é que o Judiciário não desempenhou as suas atribuições com independência. Juízes costumam receber orientação política em casos sujeitos à sua competência, inclusive instruções sobre como decidir uma controvérsia, tanto do Governo como do Comitê Central do Partido Comunista Chinês, especialmente em casos mais sensíveis. O Comitê Central, por sua Comissão de Assuntos Legais, tem autoridade para rever, reformar e dirigir as atividades da magistratura em todos os níveis do Judiciário. Todas as nomeações para o Poder Judiciário e para o Ministério Público exigem aprovação pelo Departamento de Organização do Comitê Central. (...)***

***Uma comissão controlada pelo Comitê Central decidiu a maior parte dos principais processos criminais, restando aos Juízes e Tribunais de Apelação apenas o dever de encontrar uma fundamentação legal para a decisão da comissão.” (grifei)***

Essa **mesma** percepção da realidade política chinesa, com **todas** as *gravíssimas limitações* que se projetam sobre o estatuto das liberdades individuais, **foi também revelada** pela Anistia Internacional, cujo **Relatório Anual**, *datado de 2017-2018*, **após destacar** que *o julgamento das causas penais na República Popular da China não se ajusta* aos padrões internacionais das garantias processuais básicas, **assevera** que o Governo da República Popular da China **continua a editar** novas leis **influenciadas pelo critério** da “segurança nacional”, **o que tem causado graves ameaças e gerado sérios riscos** aos direitos fundamentais da pessoa humana, **seja** com a imposição de prisões de longa duração **executadas** pela Polícia **fora** do sistema penitenciário, **com nota**, *muitas vezes*, de incomunicabilidade, **seja** mediante detenção e condenação, **apoiadas** em acusações vagas e genéricas, de ativistas e de defensores de direitos humanos, **seja**, *ainda*, pela infligção de tortura e maus tratos àqueles postos sob custódia do Estado chinês.

**Tendo presentes** as circunstâncias **referidas** nos *Relatórios em questão*, **impõe-se indagar se** este Supremo Tribunal Federal **deve, ou não, deferir** o pedido de extradição ora em exame, **não obstante** o ordenamento jurídico do Estado requerente **falhe, gravemente, em assegurar**, *de maneira plena*, **aos réus, em juízo criminal, a garantia** de um julgamento justo, imparcial, público, regular e independente.

*Em outras palavras: a possível* ocorrência da

denegação do direito a um “*fair trial*” **atuaria como causa impeditiva** da presente extradição?

**É certo que a cooperação processual** dos Estados em matéria penal **revela-se instrumento** de inquestionável relevo na consecução dos fins ditados **pela necessidade de coibir** a ação criminosa de delinquentes comuns.

**A extradição, nesse contexto, representa** um instituto de natureza político-jurídica **destinado a conferir** efetividade a essa cooperação no domínio penal, **permitindo, em consequência, que se empreste eficácia mais intensa** às ações persecutórias e repressivas exercidas pela comunidade internacional **contra os infratores comuns** da legislação penal ordinária.

**O processo extradicional, dentro dessa perspectiva, constitui, sob a égide do princípio da solidariedade, meio efetivo** de cooperação internacional **na repressão à criminalidade comum** (GILDA MACIEL CORREA MAYER RUSSOMANO, “**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**”, p. 31, 3ª ed., 1981, RT; CLOVIS BEVILÁQUA, “**Direito Público Internacional**”, vol. 2/109-110, 1939, Rio; OLIVEIROS LITRENTA, “**Manual de Direito Internacional Público**”, p. 437/438, 2ª ed., 1979, Forense; LUIS IVANI DE AMORIM ARAÚJO, “**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 91, 8ª ed., 1995, Forense; ARTHUR BRIGGS, “**Extradição**”, p. 03/18, 1910, Imprensa Nacional, v.g.).

**A essencialidade** da cooperação internacional

na repressão penal aos delitos comuns, *contudo, não exonera* o Estado brasileiro – *e, em particular, o Supremo Tribunal Federal* – *de velar* pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro **que venha a sofrer**, *em nosso País*, processo extradicional **instaurado** por iniciativa **de qualquer** Estado estrangeiro.

O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando **não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível** com a essencial dignidade **que lhe é inerente** como pessoa humana **e que lhe confere** a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, **entre os quais avulta**, *por sua insuperável importância, a garantia* do “*due process of law*”.

**É preciso enfatizar** – sempre na perspectiva de um regime democrático que tem por fundamento valores que consagram e dão primazia ao sistema de liberdades públicas – **que o extraditando não constitui** mero objeto de pretensões, *muitas vezes contestáveis*, **manifestadas** por soberanias estrangeiras **perante** esta Suprema Corte.

**Na realidade**, o extraditando **assume**, *no processo extradicional*, **a condição indisponível de sujeito de direitos**, **cujá intangibilidade** há de ser preservada pelo Estado **a quem foi dirigido** o pedido de extradição.

**Torna-se irrecusável**, *desse modo*, **que a formulação** do pedido extradicional **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** **que se estabelece**

entre a pretensão do Estado estrangeiro **que requer** a extradição **e** a resistência da pessoa que contra ela se insurge.

**Daí a observação** da eminente e saudosa Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“**Processo Penal Transnacional: Linhas Evolutivas e Garantias Processuais**”, “*in*” “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, vol. 9/42-43), que, **fundando-se na experiência jurídica comparada e, também, no magistério doutrinário** (NICOLETTA PARISI, “**Estradizione e Diritti Dell’uomo**”, 1993, Giuffrè, v.g.), **assevera**:

**“Dois valores relevantes**, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, **têm emergido recentemente** em sede de cooperação internacional em matéria penal: **de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência** nessa matéria **e, conseqüentemente, como limite** à cooperação internacional em matéria penal.

**O Projeto de Resolução** elaborado, em 1992, **durante** a reunião preparatória de Helsinque para o XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994, **onde foram elas confirmadas**, **havia salientado a necessidade** de os Estados,

**diante** de obrigações internacionais contrastantes **que tendam**, de um lado, à **proteção** dos direitos do homem e, de outro, à **cooperação em matéria penal, darem proeminência aos primeiros, recusando a cooperação ou subordinando-a a condições. E mais:** quando destinatários de pedidos de cooperação internacional em matéria penal, **os Estados devem preocupar-se** em que os tratados **não lhes criem obrigações que resultem em violações de direitos fundamentais** e, mais particularmente, do direito de não ser submetido a tortura, a execuções e seqüestros arbitrários, **bem como a procedimentos penais que não respeitem** as condições de um processo justo, como geralmente reconhecido.

(...)

**Finalmente, a jurisprudência internacional** – que também tem influenciado, pelo menos em parte, a jurisprudência interna – **vem estabelecendo**, em diversos julgamentos que configuram verdadeiro ‘freio de emergência’, **limites à cooperação internacional em matéria penal, dando particular atenção** às cláusulas atinentes aos direitos fundamentais.

**Algumas dessas cláusulas** têm caráter eminentemente processual: **o ‘ne bis in idem’, a sentença contra o revel, a observância** das garantias do devido processo legal perante o Estado requerido; **o controle da observância dessas mesmas garantias no Estado requerente, pelo requerido; a**

**proibição de tribunais de exceção; os princípios processuais retratados pelas denominadas ‘cláusulas de ordem pública’.**

**Isso tudo vem transformando o enfoque da cooperação internacional em matéria penal e processual penal: da clássica asserção** de que ‘os tratados de extradição são feitos em benefício dos governos envolvidos’, na base da qual toda essa matéria era vista num plano bidimensional, onde a pessoa figurava apenas como sujeito passivo, **passa-se ao esforço de construção da cooperação internacional numa dimensão trilateral, em que o indivíduo é sujeito de direitos**, tutelado pelas normas internacionais e pelas garantias constitucionais e legais de seu próprio país.” (grifei)

**Vê-se, portanto, que já se registra**, no plano da cooperação internacional em matéria penal, **uma tendência contemporânea muito expressiva que consiste, especialmente em tema extradicional, em conferir precedência** à tutela dos direitos e das liberdades fundamentais do indivíduo, **em ordem a protegê-lo** contra ações eventualmente arbitrárias **que possam comprometer** a observância, pelo Estado requerente da extradição, **da garantia básica** que outorga a **qualquer réu criminal o direito a um julgamento justo e regular.**

**O direito ao “fair trial” – que constitui** projeção concretizadora do postulado **concernente** ao devido processo legal – **qualifica-se como fator de**

**legítima restrição** à cooperação internacional em matéria penal, **justificando**, *em consequência*, **a própria recusa** do pedido de extradição, **sempre** que se evidenciar, *como no caso ora em exame*, que o extraditando **pode ser privado** da garantia de um julgamento regular, justo e imparcial, **fundado** na igualdade processual **entre** os litigantes (“*paridade de armas*”) **e** na observância do princípio da plenitude de defesa **e** do contraditório.

**Nem se alegue** que o reconhecimento da possibilidade *dessa maior extensão* do controle jurisdicional do pedido de extradição, *pelo Supremo Tribunal Federal*, **importaria** em interferência indevida na esfera de uma soberania estrangeira. **É que** o Estado estrangeiro, *qualquer que seja ele*, **ao requerer** a extradição ao Governo do Brasil, **submete-se**, *por efeito de sua própria deliberação*, ao conjunto das prescrições **internas** do ordenamento doméstico **e**, *sobretudo*, **aos princípios fundamentais** que estruturam o **nosso** sistema jurídico **e informam** a própria ideia de Direito **entre nós** prevalecente.

**Em outras palavras**, o Estado estrangeiro **que requer** a extradição ao Brasil **deve ter a percepção** de que, *ao fazê-lo*, **expõe-se**, *no plano das atividades desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal*, **à plena incidência** das diretrizes **que consagram** a predominância das normas de proteção aos direitos humanos.

Tal como **precedentemente** já enfatizei, **uma das limitações que incidem** sobre a cooperação

internacional **em matéria** de extradição **reside na circunstância** de que o pedido extradicional **não deverá ser deferido**, **se se demonstrar** que o processo penal condenatório, *tal como delineado pelo ordenamento positivo do Estado requerente (a República Popular da China, na espécie)*, **não se conforma com** as diretrizes **e** os postulados que, *em benefício do réu*, **consagram** as garantias fundamentais **inerentes** ao “*due process of law*” **nem os observa**.

**O exame** da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar**, *em seu conteúdo material*, **alguns elementos essenciais à sua própria configuração** (HC 111.567-AgR/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 130.373-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 176.174-MC/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 34.180-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **entre os quais avultam**, *por sua inquestionável importância*, entre outras, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação **e** ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) **direito ao contraditório e à plenitude de defesa** (direito à autodefesa **e** à defesa técnica); (e) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** ao benefício da gratuidade; (g) **direito** ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (h) **direito à prova**; (i) **direito** de não

ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(j) direito** à igualdade entre as partes; **(k) direito** ao juiz natural; **(l) direito** de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; **(m) direito** à última palavra, **vale dizer**, o de pronunciar-se, *sempre*, **após** o órgão de acusação; **(n) direito** de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; **(o) direito** ao recurso; e **(p) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.**

**Tenho para mim**, por isso mesmo, que, em tema de direito extradicional, **o Supremo Tribunal Federal não pode nem deve revelar indiferença diante de transgressões** ao regime das garantias processuais fundamentais. **É que o Estado brasileiro** – que deve obediência **irrestrita** à própria Constituição **que lhe rege** a vida institucional – **assumiu**, nos termos desse mesmo estatuto político, **o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).**

**Desse modo**, a questão **concernente** à observância das garantias processuais do réu pelo Estado requerente – **notadamente** naqueles pontos que se referem à **existência** de normas que **efetivamente** deem expressão real à **garantia** de julgamento regular, público e justo do acusado – **projeta-se** como tema que **necessariamente** deve submeter-se à apreciação **desta** Suprema Corte, **pois, como adverte**

ADA PELLEGRINI GRINOVER (*op. cit.*, “in” **“Revista Brasileira de Ciências Criminais”**, vol. 9/77), “(...) **o Estado requerido é tão responsável quanto o Estado requerente pela rigorosa observância dos direitos fundamentais e das garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal**” (grifei).

A possibilidade de **denegação** de julgamento justo, regular e público ao acusado, **por importar em tratamento processual gravoso (que se revela incompatível** com as garantias básicas inerentes ao processo penal de índole democrática), **basta para inviabilizar** a cooperação internacional em matéria penal, **pois nenhum Estado, especialmente aquele a quem se requereu a extradição (o Brasil, no caso), deve abster-se** do exercício do poder de controle dos pedidos extradicionais **cujo acolhimento possa expor a situação de grave risco** a pessoa do extraditando.

**Essa é a razão** pela qual a legislação comparada – *tendo presentes a advertência da doutrina e a “praxis” jurisprudencial dos Tribunais nacionais* – **exige** que o Estado requerente, **para obter a extradição, não somente assuma o compromisso inequívoco de respeitar** os direitos e as garantias fundamentais a que o extraditando faria jus **caso** fosse julgado no próprio País **destinatário** do pedido extradicional (**o Brasil, no caso**), **mas, sobretudo, revele** capacidade e disposição para fazê-lo.

**Os estatutos jurídicos** que disciplinam a extradição, **mais** do que simples diplomas normativos **que**

**regem** as relações extradicionais entre Estados soberanos, **devem ser considerados** como instrumentos essenciais de **proteção** aos direitos fundamentais do extraditando e de **observância**, *sempre em seu favor e benefício*, das **garantias básicas** inerentes ao “*due process of law*”.

Entendo que essa concepção **deve** constituir o novo paradigma a reger, a condicionar e a informar a **própria** estruturação do sistema extradicional, **em ordem a permitir** ao Estado brasileiro a **possibilidade de avaliar o efetivo cumprimento**, por parte do Estado **que requer** a extradição, das **garantias processuais fundadas em princípios consagrados pela prática internacional**, que são igualmente atribuídas ao réu criminal pelo ordenamento positivo vigente **em nosso** País.

Essa percepção do tema – que já prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 122/886, Rel. Min. CÉLIO BORJA) – **foi destacada** em voto que proferi, *como Relator*, **no julgamento da Ext 524/DF**, cujo acórdão, *no ponto*, foi por mim assim ementado:

“A possibilidade de privação, em juízo penal, do ‘*due process of law*’, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e **garantia** de imparcialidade do magistrado

processante –, **impede o válido deferimento do pedido extradicional.**”

(RTJ 134/56-57, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A magnitude desse tema **justifica que**, em sua análise, **esta** Suprema Corte **insista** na asserção *de que os direitos da pessoa humana* – **constituindo uma pauta essencial de valores** a que devem **incondicional respeito** os Estados componentes da sociedade internacional – **impõem-se como limitações insuperáveis ao poder de extraditar** que assiste, soberanamente, **a qualquer** Estado, **inclusive** ao Estado brasileiro. **Este**, por isso mesmo, **deve negar-se a conceder** a extradição que lhe é solicitada, **sempre que resultar evidente** que o País que a requer **não observa**, em sua legislação interna, **os princípios internacionais que consagram** as garantias fundamentais **caracterizadoras** do direito a um julgamento justo, regular e público (“*right to a fair trial*”).

A abordagem desse tema **tão impregnado** de relevância político-jurídica **encontra pleno suporte** na experiência jurídica comparada, **que repele** pretensões extradicionais **conflitantes** com os princípios fundamentais **asseguradores** dos direitos da pessoa humana, *tal como consagrados e proclamados em declarações internacionais*.

**Daí o registro** feito em trabalho apresentado ao Colóquio Preparatório da **Associação Internacional de Direito Penal**, realizado em Helsinque (Finlândia), em 1992 (OTTO LAGODNY e SIGRUN

REISNER, “**Extradition Treaties, Human Rights and Emergency-Brake-Judgements: A Comparative European Survey**”, “in” “International Review of Penal Law”, p. 559/560, 1º e 2º trimestres de 1994, Érès, Toulouse, França), **quando se discutiu** a questão **pertinente à proteção dos direitos humanos no contexto** da cooperação internacional em matéria penal:

**“Fair Trial**

***A provision in the Italian Extradition Act generally refers to the principle of a ‘fair trial’. Austria and Switzerland do not approve of an extradition if the trial in the requesting State does not comply with the procedural principles of the ECHR or shows other severe shortcomings. Portugal’s Extradition Act as well as its reservation to the ECE prohibit extradition if the imminent trial does not comply with the internationally accepted human right standards and guarantees. Also the French reservation only grants extradition if fundamental procedural safeguards are respected in the requesting State.” (grifei)***

**É importante assinalar**, neste ponto, **que o Estado requerente** – **considerado o perfil totalitário que o tipifica** no plano das instituições políticas – **não sofre** as mesmas limitações que, **nos regimes democráticos**, **qualificam** o processo penal de tipo acusatório **como um instrumento essencial e**

**decisivo de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.**

**Concluo** o meu voto.

**Após amplo exame** deste processo extradicional **e** análise das gravíssimas implicações dele emergentes, **entendo** – ante as razões longamente expostas **neste** voto – **que o pedido** de extradição **formulado** pela República Popular da China **não pode ser acolhido** pelo Supremo Tribunal Federal.

**Desse modo**, e tendo presentes os fundamentos ora invocados, **indefiro** o pedido de extradição **e determino**, em consequência, **a cessação** da eficácia das medidas alternativas à prisão por mim impostas (fls. 251/254 **e** fls. 256), **restaurando-se**, em plenitude, **se por aí** não estiver preso, **o “status libertatis”** do extraditando Wanpu Jiang **ou** Jiang Wanpu, **a quem deverá ser restituído** o passaporte de que é titular.

**É o meu voto.**



## 14 RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 90.376 — RJ

**Prova ilícita** – Busca e apreensão – Inviolabilidade domiciliar. [**RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 18-5-2007.]

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS  
RJ - RIO DE JANEIRO  
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO  
RECTE.(S): SÉRGIO AUGUSTO COIMBRA VIAL  
ADV.(A/S): FLÁVIO JORGE MARTINS  
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

E M E N T A: **PROVA PENAL – BANIMENTO CONSTITUCIONAL** DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) – **ILICITUDE** (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – **INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO** DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS **REALIZADA, SEM** MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL **AINDA OCUPADO – IMPOSSIBILIDADE – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA** DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, **DESDE** QUE OCUPADO) **COMO “CASA”, PARA EFEITO** DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - **GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO** EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL – **CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL** (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) – **AMPLITUDE** DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, **QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO**

**JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.**

**BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) – SUBSUNÇÃO** DESSE ESPAÇO PRIVADO, **DESDE** QUE OCUPADO, **AO CONCEITO** DE “CASA” – **CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.**

- **Para os fins** da proteção jurídica **a que se refere** o art. 5º, XI, da Constituição da República, **o conceito normativo de “casa”** revela-se abrangente **e, por estender-se** a qualquer aposento de habitação coletiva, **desde que ocupado** (CP, art. 150, § 4º, II), **compreende**, observada **essa específica** limitação espacial, os quartos de hotel. **Doutrina. Precedentes.**

- **Sem** que ocorra **qualquer** das situações excepcionais **taxativamente** previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), **nenhum agente público** poderá, **contra** a vontade de quem de direito (“*invito domino*”), **ingressar**, durante o dia, **sem** mandado judicial, em aposento **ocupado** de habitação coletiva, **sob pena** de a prova **resultante** dessa diligência de busca e apreensão **reputar-se inadmissível**, porque **impregnada** de ilicitude **originária. Doutrina. Precedentes (STF).**

**ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.**

- **A ação persecutória** do Estado, **qualquer** que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios **ilicitamente** obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, **que tem**, no dogma **da inadmissibilidade** das provas ilícitas, **uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras** no plano do nosso sistema de direito positivo.

- **A Constituição da República**, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repelindo**, por isso mesmo, **quaisquer** elementos probatórios **que resultem** de violação do direito material (**ou**, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do “*male captum, bene retentum*”. **Doutrina. Precedentes.**

**A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.**

- **Ninguém** pode ser investigado, denunciado **ou** condenado **com base, unicamente**, em provas ilícitas, **quer se trate** de ilicitude originária, **quer se cuide** de ilicitude por derivação. **Qualquer** novo dado probatório, **ainda** que produzido, de modo válido, em momento subsequente, **não pode apoiar-se, não pode ter** fundamento causal **nem derivar** de prova **comprometida** pela mácula da ilicitude originária.

- **A exclusão** da prova **originariamente** ilícita - **ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação** - **representa** um dos meios mais expressivos **destinados a conferir efetividade** à garantia do “*due process of law*” e **a tornar mais intensa, pelo banimento** da prova **ilicitamente** obtida, a tutela constitucional **que preserva** os direitos e prerrogativas **que assistem** a qualquer acusado em sede processual penal. **Doutrina. Precedentes.**

- **A doutrina da ilicitude por derivação** (teoria dos “*frutos da árvore envenenada*”) **repudia**, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, **não obstante** produzidos, validamente, em momento ulterior, **acham-se afetados**, no entanto, **pelo vício** (gravíssimo) da ilicitude originária, **que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito** de repercussão causal. **Hipótese em que os novos** dados probatórios **somente foram conhecidos**, pelo Poder

Público, **em razão** de anterior transgressão **praticada**, originariamente, pelos agentes da persecução penal, **que desrespeitaram** a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- **Revelam-se inadmissíveis**, desse modo, **em decorrência** da ilicitude por derivação, **os elementos probatórios** a que os órgãos da persecução penal **somente tiveram acesso em razão** da prova **originariamente** ilícita, **obtida** como resultado **da transgressão**, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, **cuja eficácia condicionante**, no plano do ordenamento positivo brasileiro, **traduz significativa limitação de ordem jurídica** ao poder do Estado **em face** dos cidadãos.

- **Se**, no entanto, o órgão da persecução penal **demonstrar** que obteve, **legitimamente**, novos elementos de informação **a partir de uma fonte autônoma** de prova - **que não guarde** qualquer relação de dependência **nem decorra** da prova **originariamente** ilícita, com esta **não mantendo** vinculação causal -, **tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis**, porque **não contaminados** pela mácula da ilicitude originária.

- **A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA** (“AN INDEPENDENT SOURCE”) **E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL** DA PROVA ILÍCITA-MENTE OBTIDA – DOUTRINA - **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS** “SILVERTHORNE

*LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920); *SEGURA V. UNITED STATES* (1984); *NIX V. WILLIAMS* (1984); *MURRAY V. UNITED STATES* (1988)”, **v.g.**.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Trata-se de recurso ordinário interposto contra decisão denegatória de “*habeas corpus*” proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 102, II, “a”).

Cabe destacar, inicialmente, **que considero sem consistência** a alegação de **inépcia** da denúncia. **É que** a peça acusatória (fls. 30/32), **formulada** pelo Ministério Público, **atendeu**, integralmente, **às exigências** de ordem formal **impostas** pelo art. 41 do Código de Processo Penal, **viabilizando**, de maneira ampla, **o pleno exercício**, pelo acusado, ora recorrente, do direito de defesa.

**É certo** que o **ilustre magistrado de primeiro grau julgou improcedente** a pretensão punitiva **deduzida** contra o ora recorrente, **por considerar** a “(...) *denúncia genérica* (...)” e “(...) *inepta* (...)” (fls. 84).

**Esse entendimento**, contudo, **não poderia** subsistir, **pois**, como **corretamente** assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **ao dar provimento** ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual, a peça acusatória em questão **mostrava-se clara e objetiva** quanto à descrição dos fatos e respectivos elementos

circunstanciais, **o que proporcionou**, ao acusado, ora recorrente, o exercício, em plenitude, do direito de defesa e dos meios a ele correspondentes, **tal como o revelou**, em seu douto voto, o eminente Desembargador Antonio José Ferreira Carvalho, **Relator**, em sede recursal, da mencionada causa penal (fls. 110/118).

**Essa mesma percepção** foi revelada, no caso ora em exame, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **quando** da denegação do “*writ*” constitucional (fls. 166/167).

**A simples leitura** de trechos da denúncia ora questionada **evidencia** tratar-se de peça processual incensurável, eis que nela se contém, **de modo preciso e objetivo**, como anteriormente ressaltado, a correta descrição dos fatos delituosos (fls. 31/32).

Como se sabe a **denúncia**, quando contém **todos** os elementos essenciais **à adequada** configuração típica do delito **e atende**, integralmente, **às exigências** de ordem formal impostas pelo art. 41 do CPP, **não apresenta** o vício nulificador da inépcia, **pois permite**, ao réu, como sucedeu na espécie, **a exata compreensão** dos fatos expostos na peça acusatória, **sem** qualquer comprometimento **ou** limitação ao pleno exercício do direito de defesa, **ajustando-se**, desse modo, ao magistério jurisprudencial **prevalente** nesta Suprema Corte (HC 83.266/MT, v.g.):

*“1. Não é inepta a denúncia que, apesar de sucinta, descreve fatos enquadráveis no artigo 14 da Lei n. 6.368/76, atendendo a forma estabelecida*

*no artigo 41 do Código Penal, além de estar instruída com documentos, tudo a possibilitar a ampla defesa.”*

(HC 86.755/RJ, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

**Passo, agora, a examinar** o fundamento concernente **à alegada ilicitude da prova penal**.

A parte ora recorrente, **para sustentar** suas razões quanto a esse ponto, **destacou** que “(...) **o alicerce desta ação penal é, sem dúvida, o material arrecadado no interior do apartamento 201 do Hotel Ipanema Inn, onde supostamente estaria hospedado o acusado (...)**” (fls. 181 - grifei) **sem que**, para efeito de tal diligência, **os policiais** que a realizaram **estivessem autorizados** por mandado **judicial** de busca e apreensão **domiciliar**.

**O ilustre magistrado** sentenciante, ao apreciar, em primeira instância, esse **específico** aspecto da questão, **entendeu** que a prova “foi obtida **de forma afrontosa aos direitos e garantias individuais (...)**”, sendo, portanto, “(...) **absolutamente ilícita (...)**” (fls. 85/86 - grifei).

**Cumprе destacar**, por isso mesmo, **da sentença penal que absolveu** o acusado, ora recorrente, **a seguinte** passagem, **que reproduzo** “*in extenso*” (fls. 85/87):

*“Em seguida, já agora no campo probatório, devemos questionar como todos os documentos e apetrechos de fls. 5/6 surgiram.*

*Não existe a menor dúvida de que o acusado*

*foi preso no dia 15 de agosto de 1997, vez que em seu desfavor existia um mandado de prisão para cumprimento de uma pena privativa de liberdade confirmada em segunda instância.*

**Quando da prisão** os policiais conseguiram arrecadar no apartamento do hotel em que o imputado estava hospedado os objetos de fls. 5 e 6.

**Exatamente** para tentar descobrir como tais bens foram arrecadados é que este julgador converteu o julgamento em diligência para sanar tal dúvida.

**As oitivas** de fls. 474, 476, 514 e 516, **esclareceram o que o julgador já estava desconfiando.** A prova foi obtida de forma afrontosa aos direitos e garantias individuais.

**Os policiais** foram até o Hotel Ipanema In para prender o imputado, sendo que ele foi preso fora do quarto, mais precisamente quando chegava ao hotel, fls. 474, 476 e 514. Um dos autores da prisão, Sr. Mário Augusto Azevedo de Oliveira, fls. 514, disse que o réu foi preso quando pegava as chaves do apartamento.

**Em seguida** ele foi levado para a delegacia e somente depois a polícia retornou ao hotel.

A testemunha Mauro Ricardo, fls. 516, revelou que o retorno foi determinado verbalmente pela autoridade policial.

**Ao retornar**, e ingressando no imóvel, foi encontrado o material apreendido.

**A prova** obtida pela autoridade policial para

instaurar o inquérito policial, passando a apurar os fatos, é absolutamente ilícita, eis que obtida através de incursão em aposento ainda ocupado (quarto de hotel), sendo necessária ordem judicial de busca e apreensão, esta inexistente.

**Todas as demais oitivas** estão impregnadas pela ilicitude por derivação, eis que as provas foram obtidas após, e por derivação, do encontro do material apreendido, sendo aplicável a conhecida teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’, cunhada pela Suprema Corte americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

**Enfim, podemos resumir** o seguinte: Um ingresso em local habitado, não autorizado judicialmente, resultou na apreensão de ‘vários documentos (fls. 5/6), sendo que a partir de tal ponto declarações foram tomadas, mas sempre colhidas em razão do encontro de todos os documentos e petrechos apreendidos no quarto de hotel.

**Abstraídas** tais provas do mundo jurídico, porque ilícitas, nada mais resta nos autos para tentar provar que o agente praticou os fatos genericamente mal descritos na denúncia.

**Posto Isto**, diante da fragilidade probatória existente nos autos, **JULGO IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E ABSOLVO SÉRGIO AUGUSTO COIMBRA VIAL**, das imputações descritas na exordial, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do C.P.P.” **(grifei)**

O E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no entanto, **ao reformar** a sentença absolutória proferida em favor do ora recorrente, **entendeu legítimo o comportamento** dos agentes policiais, **vindo a qualificar**, por isso mesmo, **como lícita**, a prova resultante da diligência realizada **sem** ordem judicial, **eis que** – segundo aquela colenda Corte judiciária - “o apartamento **ou** quarto do ‘Hotel Ipanema Inn’ **não era** a casa do Apelado, **como conceituado** no art. 5º, XI, da Constituição Federal” (fls. 113 – grifei).

O E. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, **ao indeferir a ordem** de “*habeas corpus*” **impetrada** em favor do acusado, ora recorrente, **entendeu**, no ponto, que “**A insuficiência fática dos autos não auxilia a exata compreensão da alegação de violação de domicílio, pois não há qualquer documento capaz de esclarecer os termos do mandado de prisão cumprido em desfavor do paciente, como também a forma como foi realizada a diligência de busca e apreensão pelos policiais no quarto do hotel – que servia de base para a prática das atividades ilícitas –, mormente porque o réu se fazia presente no ato**” (fls. 166 - grifei).

**Entendo**, não obstante esses doutos pronunciamentos **emanados** dos Egrégios Tribunais mencionados, **que há elementos suficientes**, nestes autos, **que permitem** a exata compreensão **e que viabilizam**, por tal motivo, a conseqüente análise da alegada transgressão, **por agentes policiais**, da

garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, **considerados** notadamente, para tanto, **os fundamentos expostos** pelo magistrado sentenciante **de primeira** instância (fls. 85/87).

**Isso significa**, portanto, **que a questão a ser enfrentada**, neste processo, **consiste** em saber **se** agentes policiais, **podem**, ou não, **sem** autorização judicial, **ingressar**, de modo legítimo, **em aposento ocupado** de hotel, **contra** a vontade de seu ocupante, **com o objetivo** de proceder à busca e apreensão, **em tal aposento**, de materiais **supostamente** utilizados para práticas criminosas.

**Cabe indagar**, ainda, **se se reveste**, ou não, de legitimidade jurídica, **para efeito** de válida instauração de “*persecutio criminis*”, por **suposta** prática de delitos de estelionato (CP, art. 171) **e** de falsificação de documento particular (CP, art. 298), **o material probatório resultante** de diligência policial executada, **sem** mandado judicial, **no interior** de quarto de hotel, que, **embora** não fosse a residência permanente do ora recorrente, **ainda se achava por este ocupado**.

**Impende analisar**, portanto, **presente** o contexto em exame, **se se revelava juridicamente possível**, ou não, **a utilização**, pelo Poder Público, **contra** o ora recorrente, **de acervo documental apreendido** por agentes policiais, **sem** mandado judicial, **em diligência** realizada **no interior** quarto de hotel, **contra** a vontade **presumida** do hóspede.

**Posta** a questão nesses termos, **reconheço que**

**não são absolutos, mesmo porque não o são, os poderes** de que se acham investidos os órgãos e agentes da polícia judiciária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto veiculado **nesta** impetração, que o Estado, **em tema** de investigação policial **ou** de persecução penal, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, constitucionalmente, aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

A **circunstância** de a polícia judiciária **achar-se investida** de poderes excepcionais **que lhe permitem** investigar eventuais práticas delituosas **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição **e** pelas leis da República, **sob pena** de esses órgãos **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral.

O **exame** dos fundamentos **em que se apóia** esta impetração, de um lado, **e a análise** dos elementos produzidos **nesto** processo, de outro, **convencem-me**, presente o contexto em causa, **não obstante** parecer em sentido contrário da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 225/231), que os agentes policiais – que não realizaram a diligência de busca e apreensão ora questionada **no curso** da execução de mandado de prisão expedido contra o paciente,

ora recorrente, tal como **ênfatizado** pelo próprio magistrado sentenciante **de primeira** instância (fls. 85/87) – **transgrediram** a garantia individual **pertinente** à inviolabilidade domiciliar, **tal** como instituída **e** assegurada **pelo inciso XI** do art. 5º da Carta Política, **que representa expressiva limitação constitucional** ao poder do Estado, **oponível**, por isso mesmo, **aos próprios órgãos** da Administração Pública.

A **parte recorrente sustentou, com absoluta correção, que a apreensão de documentos e cartões magnéticos**, por agentes policiais, **sem** prévia autorização judicial, **no interior** de um quarto de hotel **ainda** ocupado, **configurou desrespeito** à cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI) – **que também ampara** qualquer “*apartamento ocupado de habitação coletiva*” (CP, art. 150, § 4º, II) -, **daí resultando a conseqüente ilicitude de material** da prova penal colhida **na questionada** diligência policial (fls. 175/205).

**Sabemos todos** – e é sempre oportuno **e** necessário que esta Suprema Corte **repita** tal lição – que a cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI) **revela-se apta a amparar**, também, **qualquer** “*apartamento ocupado de habitação coletiva*” (CP, art. 150, § 4º, II).

**Entendo**, por isso mesmo, **assistir razão** à parte recorrente **no ponto** em que sustenta **a ilicitude** da referida diligência policial, **pois a atividade probatória** do Poder Público, no caso, **decorreu**

de procedimento de agentes estatais **que infringiram**, porque **desvestidos de qualquer** autorização judicial (CF, art. 5º, XI), **a proteção constitucional dispensada** ao domicílio, **cujas noções conceituais** – que é ampla – **estende-se**, dentre **outros** espaços privados, “a aposento **ocupado** de habitação coletiva” (como um simples quarto de hotel, p. ex.).

**Tal orientação – igualmente perfilhada** pelo magistério da doutrina (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 634, item n. 73, 6ª ed., 2006, RT; RUBENS GERALDI BERTOLO, “Inviolabilidade do Domicílio”, p. 60/61, item n. 3.1, Editora Método; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 529/530, 15ª ed., 2004, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal”, p. 614/615, item n. 1.2, 2005, Saraiva; FERNANDO CAPEZ, “Curso de Direito Penal – Parte Especial”, vol. 2/309, item n. 2.3, 3ª ed., 2004, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 300, 5ª ed., 2000, Renovar; LUIZ REGIS PRADO, “Comentários ao Código Penal”, p. 510, item n. 8, 2002, RT) – **é também acolhida** pela jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 635/341 – RT 689/366 – RT 728/588 – Julgados do TACRIM/SP, vol. 20/322 – RT 416/393 – RT 557/353 – RT 559/341 – RT 668/297 – Julgados do TACRIM/SP, vol. 93/273), **inclusive** pelo magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte:

“(…). **A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO (...) – CONCEITO DE ‘CASA’ PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).**

- **Para os fins** da proteção jurídica **a que se refere** o art. 5º, XI, da Constituição da República, **o conceito normativo de ‘casa’** revela-se abrangente e, **por estender-se** a qualquer compartimento privado **não aberto** ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), **compreende**, observada **essa específica** limitação espacial (área interna **não acessível** ao público), os escritórios profissionais, **inclusive** os de contabilidade, **‘embora sem conexão** com a casa de moradia propriamente dita’ (NELSON HUNGRIA). **Doutrina. Precedentes.**

- **Sem** que ocorra **qualquer** das situações excepcionais **taxativamente** previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), **nenhum agente público**, ainda que **vinculado** à administração tributária do Estado, poderá, **contra** a vontade de quem de direito (‘invito domino’), **ingressar**, durante o dia, **sem** mandado judicial, em espaço privado **não aberto** ao público, onde alguém exerce sua

atividade profissional, **sob pena** de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada **reputar-se inadmissível**, porque **impregnada** de ilicitude material. **Doutrina. Precedentes específicos**, em tema de fiscalização tributária, **a propósito** de escritórios de contabilidade (STF).

- **O atributo da auto-executoriedade** dos atos administrativos, **que traduz** expressão concretizadora do ‘*privilège du préalable*’, **não prevalece sobre a garantia constitucional** da inviolabilidade domiciliar, **ainda que se cuide** de atividade exercida pelo Poder Público **em sede** de fiscalização tributária. **Doutrina. Precedentes.** (...)”

(HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

**Não se pode perder de perspectiva**, neste ponto, Senhores Ministros, **qualquer que seja a natureza** da atividade desenvolvida por agentes do Poder Público, **em tema** de repressão penal, **que a garantia constitucional** da inviolabilidade domiciliar **atua como fator de restrição** às diligências empreendidas pelos órgãos do Estado, **que não poderão** desrespeitá-la, **sob pena** de o ato transgressor **infirmar a própria validade jurídica** da prova resultante de **tal ilícito** comportamento.

**É imperioso**, portanto, que as autoridades e agentes do Estado **não desconheçam que a proteção constitucional** ao domicílio – **que emerge**, com inquestionável nitidez, **da regra** inscrita no

**art. 5º, XI**, da Carta Política – **tem por fundamento** norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, **que proclama**, a propósito do tema em análise, que “a casa é asilo **inviolável** do indivíduo, **ninguém** nela podendo penetrar **sem** consentimento do morador, **salvo** em caso de flagrante delito **ou** de sastre, **ou** para prestar socorro, **ou, durante o dia, por determinação judicial**” (grifei).

Vê-se, pois, **que a Carta Federal**, em cláusula que tornou juridicamente **mais intenso** o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, **em benefício de todos**, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. **Sendo assim**, ninguém, **especialmente a autoridade pública**, pode penetrar em casa alheia, **exceto (a) nas hipóteses** taxativamente previstas no texto constitucional **ou**, então, **(b) com o consentimento** de seu morador, **que se qualifica**, para efeito de ingresso de terceiros no recinto privado, **como o único titular** do direito de inclusão e de exclusão.

**Impõe-se enfatizar**, por necessário, como **previamente** já destacado, **que o conceito de “casa”**, para o fim da proteção jurídico-constitucional **a que se refere** o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, **reveste-se de caráter amplo** (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **pois compreende, na abrangência** de sua designação tutelar, **(a) qualquer** compartimento habitado, **(b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva** e **(c) qualquer** compartimento

privado **não aberto** ao público, **onde alguém exerce profissão** ou atividade.

**Esse amplo sentido conceitual** da noção jurídica de “**casa**” revela-se plenamente consentâneo **com a exigência constitucional** de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (RT 214/409 – RT 277/576 - RT 467/385 – RT 635/341).

**Sendo assim**, Senhores Ministros, **é preciso advertir** – e advertir sempre – **que nem** a Polícia Judiciária, **nem** o Ministério Público, **nem** a administração tributária, **nem** quaisquer outros agentes públicos **podem ingressar** em domicílio alheio, **sem ordem judicial, ou sem o consentimento** de seu titular, **ou**, ainda, **fora das hipóteses** autorizadas pelo texto constitucional, **com o objetivo de proceder a qualquer tipo de diligência, como a execução de busca e apreensão domiciliar (sem mandado judicial), tal como ocorrido, de modo inteiramente ilegítimo**, na espécie em exame.

**A essencialidade da ordem judicial**, para efeito de realização **de qualquer diligência de caráter probatório, em área juridicamente compreendida** no conceito de domicílio, **nada mais representa senão a plena concretização** da garantia constitucional **pertinente** à inviolabilidade domiciliar.

**Daí a advertência – que cumpre ter presente** – feita por CELSO RIBEIRO BASTOS (“**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 2/68, 1989, Saraiva), **no sentido** de que, **tratando-se** do ingresso de agentes estatais (como os agentes policiais), em domicílio

alheio, **sem** o consentimento do morador, “*é forçoso reconhecer **que deixou de existir** a possibilidade de invasão **por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu, portanto, a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa**” (grifei).*

**Note-se**, portanto, **seja** com apoio no magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, **seja** com fundamento nas lições da doutrina, **que a transgressão**, pelo Poder Público, **das restrições e das garantias constitucionalmente** estabelecidas **em favor** dos cidadãos – **inclusive daqueles** a quem se atribuiu **suposta** prática delituosa – **culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida** no curso das diligências estatais, **o que provoca**, como direta consequência **desse gesto de infidelidade** às limitações **impostas** pela Lei Fundamental, **a própria inadmissibilidade processual** dos elementos probatórios assim coligidos.

**Impõe-se lembrar**, bem por isso, Senhores Ministros, **até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação)** dos direitos instituídos **em favor** daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, **a inquestionável hostilidade** do ordenamento constitucional brasileiro **às provas ilegítimas e às provas ilícitas**. A Constituição da República **tornou inadmissíveis**, no processo, as provas **inquinadas** de ilegitimidade **ou** de ilicitude.

**A norma** inscrita no art. 5º, LVI, da **vigente** Lei Fundamental **consagrou**, entre nós, **o postulado**

de que a prova obtida **por meios ilícitos** deve ser repudiada – **e repudiada sempre** (MAURO CAPPELLETTI, “**Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte**”, “in” *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, “**Prove illecite e Costituzione**”, “in” *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968) - **pelos juízes e Tribunais**, “*por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...*” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “**Novas Tendências do Direito Processual**” p. 62, 1990, Forense Universitária).

**A cláusula constitucional** do “*due process of law*” – **que se destina** a garantir a pessoa do acusado **contra** ações eventualmente abusivas do Poder Público – **tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas**, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, **na medida** em que o réu (contra quem **jamais se presume provada** qualquer alusão penal) **tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado** com apoio em elementos instrutórios **obtidos ou produzidos de forma incompatível** com os limites **impostos**, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

**A absoluta nulidade** da prova ilícita **qualifica-se** como causa de radical **invalidação** de sua eficácia jurídica, **destituindo-a** de qualquer aptidão para revelar, **legitimamente**, os fatos e eventos cuja

realidade material ela pretendia evidenciar. **Trata-se**, presente tal contexto, **de consequência** que deriva, **necessariamente**, da garantia constitucional **que tutela** a situação jurídica dos acusados em juízo (**notadamente** em juízo penal) **e que exclui**, de modo peremptório, **a possibilidade de uso**, em sede processual, da prova – **de qualquer prova** – **cujá ilicitude** venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

**A prova ilícita é prova inidônea**. Mais do que isso, **prova ilícita é prova imprestável**. **Não se reveste**, por essa explícita razão, de **qualquer** aptidão jurídico-material. **A prova ilícita**, qualificando-se como providência instrutória **repelida** pelo ordenamento constitucional, **apresenta-se destituída** de qualquer grau, **por mínimo que seja**, de eficácia jurídica **como esta Suprema Corte** tem reiteradamente proclamado (RTJ 163/682 - RTJ 163/709 – HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**Tenho tido a oportunidade de enfatizar**, por isso mesmo, neste Tribunal, **que a “exclusionary rule”** – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **na definição dos limites da atividade probatória** desenvolvida pelo Estado - **destina-se a proteger os réus**, em sede processual penal, **contra a ilegítima** produção **ou a ilegal** colheita de prova incriminadora (**Weeks v. United States**, 232 U.S. 383, 1914 - **Garrity v. New Jersey**, 385 U.S. 493, 1967 - **Mapp v. Ohio**, 367

U.S. 643, 1961 - **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471, 1963, v.g.), **impondo**, em atenção ao princípio do “*due process of law*”, **o banimento processual de quaisquer evidências** que tenham sido **ilicitamente** coligidas pelo Poder Público.

**No contexto** do sistema constitucional brasileiro, **no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, **tem repudiado** quaisquer elementos de informação, **desautorizando-lhes** o valor probante, **sempre que a obtenção** dos dados probatórios **resultar de transgressão**, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), **ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação** (RTJ 155/508).

**Foi por tal razão** que esta Corte Suprema, **quando do julgamento plenário da Ação Penal 307/DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **desqualificou**, por ilícita, prova cuja obtenção **decorreria do desrespeito**, por parte de autoridades públicas, **da garantia constitucional** da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1).

**Cabe referir**, neste ponto, **o magistério** de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“**Liberdades Públicas e Processo Penal**”, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem – **tratando-se de prova ilícita**, especialmente daquela cuja produção derive **de ofensa** a cláusulas de ordem constitucional – **não**

**se revelará aceitável**, para efeito de sua admissibilidade, **a invocação do critério de razoabilidade** do direito norte-americano, **que corresponde ao princípio da proporcionalidade** do direito germânico, **mostrando-se indiferente** a indagação **sobre quem praticou o ato ilícito** de que se originou o dado probatório questionado:

*“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.*

*Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.*

(...)

*Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de ‘razoabilidade’ do direito norte-americano, correspondente ao princípio de*

*‘proporcionalidade’ do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.*

*A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade.” (grifei)*

Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICIALIANO AIETA (“A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), cujo lúcido magistério também reconhece que, “Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais” (grifei).

Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à “crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria”, a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” “in” RDA 213/149-163),

rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade:

*“O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.*

*(...)*

*Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de ‘lege ferenda’, enveredar por flexibilizações arriscadas.” (grifei)*

Também corretamente sustentando a tese de que o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, mesmo que sob invocação do princípio da proporcionalidade, impõe-se relembrar o entendimento de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO (“O Direito à Defesa na Constituição”, p. 54/56,

item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI (“**Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado**”, “in” Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235).

**Cabe ter presente**, também, por necessário, **que o princípio da proporcionalidade**, em sendo alegado pelo Poder Público, **não pode converter-se em instrumento de frustração** da norma constitucional **que repudia** a utilização, no processo, de provas obtidas **por meios ilícitos**.

**Esse postulado**, portanto, **não deve** ser invocado **nem** aplicado **indiscriminadamente** pelos órgãos do Estado, **ainda mais quando se acharem expostos**, a uma nítida situação de risco, **como sucedeu** na espécie, **direitos fundamentais** assegurados pela Constituição.

**Sob tal perspectiva**, portanto, Senhores Ministros, **tenho como incensurável a advertência** feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“**Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**”, p. 249/266, “in” “**Os 10 Anos da Constituição Federal**”, coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

*“Após dez anos de vigência do texto constitucional, **persistem as resistências** doutrinárias e dos tribunais **à proibição categórica e absoluta** do ingresso, no processo, **das provas obtidas com violação do direito material**.”*

*Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.*

*De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de **provas maculadas pela ilicitude**, sob a justificativa da **proporcionalidade** ou **razoabilidade**. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, **tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional**. Ademais, certamente **não será com o incentivo às práticas ilegais** que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.” (grifei)*

**Torna-se importante rememorar**, neste ponto, **consideradas** as razões que venho de expor, **a passagem da sentença absolutória**, na qual o ilustre magistrado **de primeiro grau**, **ao registrar a ilicitude originária** da prova penal coligida **contra** o ora recorrente, **salientou** que os **demais** elementos de

informação produzidos **ao longo** do processo penal de conhecimento **somente o foram com apoio e a partir dos dados** obtidos mediante a ilícita diligência policial de busca e apreensão, cuja realização deu-se **com evidente transgressão** à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (fls. 86/87):

***“A prova obtida pela autoridade policial para instaurar o inquérito policial, passando a apurar os fatos, é absolutamente ilícita, eis que obtida através de incursão em aposento ainda ocupado (quarto de hotel), sendo necessária ordem judicial de busca e apreensão, esta inexistente.***

***Todas as demais oitivas estão impregnadas pela ilicitude por derivação, eis que as provas foram obtidas após, e por derivação, o encontro do material apreendido, sendo aplicável a conhecida teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’, cunhada pela Suprema Corte americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.***

***Enfim, podemos resumir o seguinte: Um ingresso em local habitado, não autorizado judicialmente, resultou na apreensão de ‘vários documentos (fls. 5/6), sendo que, a partir de tal ponto, declarações foram tomadas, mas sempre colhidas em razão do encontro de todos os documentos e petrechos apreendidos no quarto de hotel.***

***Abstraídas tais provas do mundo jurídico, porque ilícitas, nada mais resta nos autos para tentar provar que o agente praticou os fatos genericamente mal descritos na denúncia.” (grifei)***

**Isso significa**, considerada a **liquidez dos fatos** expostos pelo ilustre magistrado **de primeira** instância, **que a prova penal ulteriormente colhida apresentava-se impregnada**, ela também, **de ilicitude**, embora se cuidasse de ilicitude por derivação, **eis que** o Poder Público **somente conseguiu produzi-la** em decorrência causal dos elementos resultantes da diligência policial **tisnada** pelo vício da ilicitude originária.

Na realidade, **o defeito inquinador** da validade jurídica da prova penal em questão, **surgido** com desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, **projetou-se**, com evidente repercussão causal, **sobre os demais elementos probatórios**, que, **não obstante** produzidos, **em momento superveniente**, de modo (**aparentemente**) legítimo, **achavam-se contaminados** pelo vício da ilicitude de origem, **não havendo que se cogitar**, desse modo, na espécie, **da existência de fontes autônomas** de revelação da prova e que, **sem** qualquer relação causal com a prova **originariamente** ilícita, **pudessem dar suporte independente e legítimo** à formulação de um juízo condenatório.

É indisputável, portanto, **examinada a questão** sob tal perspectiva, **que a prova ilícita**, no caso, **por**

**constituir** prova juridicamente inidônea, **contaminou** todos os **demais** elementos de informação **que dela resultaram**, e que foram – **tal como** o reconheceu o ilustre magistrado de primeiro grau – coligidos **em momento ulterior**, de maneira aparentemente válida, pelos órgãos da persecução penal.

**A ilicitude originária** da prova, nesse particular contexto, **transmitiu-se, por repercussão**, a outros dados probatórios que **nela** se apoiaram, ou que **dela** derivaram, ou que **nela** encontraram o seu fundamento causal.

ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Eficácia dos Atos Processuais à luz da Constituição Federal”, vol. 37/46-47, 1992, “in” RPPESP), **ao versar o tema das limitações** que, **fundadas em regra de exclusão**, incidem sobre o direito à prova, **analisa a questão da ilicitude - mesmo da ilicitude por derivação** - dos elementos instrutórios produzidos em sede processual, **em lição da qual destaco:**

*“A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a*

*prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.*

*Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.*

*Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são ‘ilícitas por derivação’, porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...)” (grifei)*

**Incensurável a análise** que, **deste tema**, fez o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **em voto proferido**, como Relator, **no julgamento do HC 69.912/RS (RTJ 155/508, 515):**

*“Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.*

*De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não,*

*reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.*

(...)

*Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.*

*Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial - sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.” (grifei)*

**Nem cabe considerar**, ainda, na espécie, como **precedentemente** acentuado pelo ilustre magistrado de primeira instância (fls. 86/87), **a questão da autonomia das fontes probatórias**, pois **os novos elementos** de informação produzidos nos autos resultaram, **diretamente**, da prova penal **afetada pelo vício originário da ilicitude**, expondo-se, em consequência, à censura da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte.

**Irrecusável**, por isso mesmo, **que a absoluta ineficácia probatória** dos elementos de convicção – **cuja apuração decorreu**, em sua própria origem, **de comportamento ilícito** dos agentes estatais – **torna imprestável** a prova penal em questão, **inibindo-lhe**, assim, **a possibilidade** de atuar **como**

**suporte legitimador** de qualquer decreto judicial de condenação penal, **que, também**, por sua vez, **não poderá apoiar-se** em **outros** elementos de convicção **dela decorrentes**.

**Esse entendimento**, Senhores Ministros, **que constitui** a expressão mesma **da teoria dos “frutos da árvore envenenada”** (“fruits of the poisonous tree”) – **firmada e desenvolvida** na prática jurisprudencial **da Suprema Corte** dos Estados Unidos da América (“*Nardone v. United States*, 308 **U.S.** 338 (1939); *Wong Sun v. United States*, 371 **U.S.** 471 (1963); *Weeks v. United States*, 232 **U.S.** 383 (1914); *Payton v. New York*, 445 **U.S.** 573 (1980)”), **atenuada**, porém, **quando** o Poder Público, **não obstante** a ilicitude originária de determinada prova, **consegue demonstrar** que obteve, **legitimamente**, os **novos** elementos de informação **a partir** de uma “*independent source*” ou fonte autônoma de prova (“*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 **U.S.** 385 (1920); *Segura v. United States*, 468 **U.S.** 796 (1984); *Nix v. Williams*, 467 **U.S.** 431 (1984); *Murray v. United States*, 487 **U.S.** 533 (1988)”, v.g.) – **encontra pleno suporte** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 155/508**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **RTJ 164/950**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - **RTJ 168/543-544**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **RTJ 176/735-736**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **HC 74.116/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - **HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(...) 3. **As provas obtidas por meios ilícitos**

contaminam as que são ‘exclusivamente’ delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobrejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

**4. Inexistência**, nos autos do processo-crime, **de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita**, que permita o prosseguimento do processo.

**5. ‘Habeas-corpus’** conhecido e provido **para trancar a ação penal instaurada** contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.”

(**HC 72.588/PB**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Tal orientação, Senhores Ministros, é também acolhida pelo magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; FERNANDO CAPEZ, “**Curso de Processo Penal**”, p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, “**Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória**”, p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “**Ordem Judicial de Busca Apreensão e Ilícitude**

**da Prova dela Extrapolante**”, “in” RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, “**As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**”, p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado), **valendo referir**, ante o relevo de suas observações, **a lição** de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“**Código de Processo Penal Comentado**”, vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva):

*“Não só as provas obtidas ilicitamente são proibidas (busca domiciliar **sem** mandado judicial, escuta telefônica **sem** autorização da autoridade judiciária competente, obtenção de confissões **mediante** toda sorte de violência etc.), como também as denominadas ‘provas ilícitas por derivação’.*

*Na verdade, ao lado das provas ilícitas, há a doutrina do ‘fruit of the poisonous tree’, ou simplesmente ‘fruit doctrine’ – ‘fruto da árvore envenenada’ -, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso ‘Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 US 385 (1920)’, quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. **Mediante tortura** (conduta ilícita), **obtem-se informação** da localização da ‘res furtiva’, **que é apreendida regularmente.***

**Mediante escuta telefônica** (prova ilícita), **obtem-se informação** do lugar em que se encontra o entorpecente, **que**, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais... **Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal.** Nisso consiste a doutrina do ‘fruto da árvore envenenada’. Os Tribunais norte-americanos têm se valido dessa doutrina ‘com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia aquela regra’. Aliás, a Suprema Corte tem sufragado a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada ‘fruits of the poisonous tree’. No **HC 69.912-RS**, o Ministro Sepúlveda Pertence, **como Relator, observou:** ‘Vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida’ (**Informativo STF** n. 36, de 21-6-1996). No **HC 73.351/SP**, o STF, **concedendo**

o ‘writ’, **observou** que ‘a prova ilícita contaminou as provas obtidas a partir dela. A apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica...’ (**Informativo STF** n. 30, de 15-5-1996).

**E a sanção processual para as provas inadmissíveis é a sua imprestabilidade ou, na linguagem do novo ‘Codice de Procedura Penale’, art. 191, sua ‘non utilizzabilità’** (art. 191, **1.** ‘Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. **2.** L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento’).

**Ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas. Ressalte-se** que a exigência do ‘due process of law’ **destina-se** a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-la sob a imediata proteção das leis.

Aliás o Pretório Excelso já decidiu que, ‘...os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal...’ (RTJ, 122/47)

**E se**, por acaso, **em decorrência** de prova obtida ilicitamente, por exemplo, um depoimento conseguido mediante tortura, a Polícia se dirige ao verdadeiro culpado, e este, sem a menor resistência, confessa o crime? **E se** durante busca domiciliar realizada sem mandado judicial, uma empregada da casa, sem qualquer atitude agressiva da Polícia, delata o criminoso ou indica o lugar onde se encontra o entorpecente procurado? E, uma vez

*procurado o criminoso, este, sem qualquer coação, reconhece a sua culpa ou, no outro exemplo, indo a Polícia ao local onde o objeto procurado deveria estar, é encontrado e apreendido? ‘Quid inde’? Será que a ilegalidade inicial (tortura da testemunha, busca domiciliar ao arrepio da lei), se projeta sobre outras provas obtidas a partir daquela ilegalidade ou em decorrência dela? **Dir-se-á** que a confissão do criminoso e o depoimento da testemunha foram prestados com inteira liberdade, e, por isso mesmo, constituíram fontes independentes. Mas, se houver outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos, revelados pela prova ilícita, não haverá invalidade do processo. Disse-o o STF no HC 76.231-RJ (‘Informativo’, STF n. 115).” (grifei)*

**Não se desconhece**, como previamente salientado, que, tratando-se de elementos probatórios **absolutamente desvinculados** da prova **originalmente** ilícita, **com esta não mantendo** qualquer relação de dependência, revelando-se, ao contrário, **impregnados** de plena autonomia, **não se aplica**, quanto a eles, **a doutrina** da ilicitude por derivação, **por se cuidar**, na espécie, **de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento** (“*an independent source*”), **como o demonstram julgados de outras** Cortes judiciais (HC 40.089-AgR/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 43.944/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - HC 60.584/RN, Rel.

Min. GILSON DIPP, v.g.), **inclusive decisões emanadas desta Suprema Corte** (HC 74.116/SP, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – HC 75.497/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RHC 85.254/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RHC 85.286/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA):

**“‘HABEAS-CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.**

**1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (‘fruits of the poisonous tree’). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.**

**2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do ‘writ’.**

**Ordem denegada.”**

**(RTJ 191/598, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)**

Ocorre, no entanto, como **anteriormente** referido (e **ênfatizado**), que os **novos** elementos de prova produzidos na causa penal **não possuem autonomia em face** da prova **originariamente** comprometida **pelo vício** da inconstitucionalidade. **É que** tais novos meios de prova **guardam direta, estreita e imediata** vinculação causal **com** os elementos de informação que **somente** foram obtidos **em virtude do desrespeito** ao princípio **que protege** a inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI).

**Inteiramente aplicável**, desse modo, ao caso ora em exame, **a doutrina da ilicitude por derivação, que repudia**, por constitucionalmente inadmissíveis, **os meios probatórios**, que, **não obstante** produzidos, **validamente**, em momento ulterior, **acham-se afetados**, no entanto, **por efeito** de repercussão causal, **pelo vício** (gravíssimo) **da ilicitude originária**, que a eles se transmite, **contaminando-os** de modo irremissível.

**Em suma: a Constituição da República**, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repelindo**, por isso mesmo, **quaisquer** elementos probatórios **que resultem** de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em consequência, no ordenamento

normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do “*male captum, bene retentum*”.

**Cabe referir**, finalmente, **ante sua extrema pertinência** ao tema versado **na presente** causa, **a decisão** que esta colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal **proferiu** nos autos **do HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

“(…). **ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.**

- **A ação persecutória** do Estado, **qualquer** que seja a instância de poder perante a qual se instaurar, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios **ilicitamente** obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, **que tem**, no dogma **da inadmissibilidade** das provas ilícitas, **uma de suas mais expressivas projeções concretizadas** no plano do nosso sistema de direito positivo. **A ‘Exclusionary Rule’ consagrada** pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América **como limitação** ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- **A Constituição da República**, em norma

*revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repelindo**, por isso mesmo, **quaisquer** elementos probatórios **que resultem** de violação do direito material (**ou**, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do ‘male captum, bene retentum’. **Doutrina. Precedentes.** (...).”*

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **dou provimento** ao presente recurso ordinário em “*habeas corpus*”, **em ordem a restabelecer** a sentença penal absolutória **proferida** nos autos **do Processo-crime nº 1998.001.082771-6** (fls. 55), **que tramitou** perante a 19ª Vara Criminal da comarca do Rio de Janeiro/RJ.

**O teor** do presente julgamento **deverá ser comunicado**, ainda, **à colenda Segunda Câmara Criminal** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (**Apelação Criminal nº 2004.050.05509** - fls. 110/114) **e** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC 43.952/RJ**, Rel. Min. LAURITA VAZ - fls. 165/172).

**É o meu voto.**



## 15 HABEAS CORPUS 90.450 – MG

**Tratados Internacionais de Direitos Humanos – Natureza constitucional (posição do Relator) ou Caráter de supralegalidade? – Prisão civil do depositário infiel, convencional ou judicial – Incompatibilidade com as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos. [HC 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 6-2-2009.]**

Inteiro teor do acórdão



## HABEAS CORPUS

MG - MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S): DEMÉTRIOS NICOLAOS NIKOLAIDIS

IMPTE.(S): DEMÉTRIOS NICOLAOS NIKOLAIDIS

ADV.(A/S): SÓCRATES SPYROS PATSEAS E OU-

TRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): PRESIDENTE DO SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A: “**HABEAS CORPUS**” - **PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL** – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (ARTIGO 7º, n. 7) – **HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO.**

**ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.**

- **Não mais subsiste**, no sistema normativo brasileiro, **a prisão civil** por infidelidade depositária, **independentemente** da modalidade de depósito, **trate-se** de depósito voluntário (convencional) **ou cuide-se** de depósito necessário, **como** o é o depósito judicial. **Precedentes.**

**TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.**

- **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Art. 7º, n. 7). **Caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos **e o sistema de proteção** dos direitos básicos da pessoa humana.

- **Relações** entre o direito interno brasileiro **e** as convenções internacionais de direitos humanos (**CF**, art. 5º **e §§ 2º e 3º**). **Precedentes.**

- **Posição hierárquica** dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: **natureza constitucional ou caráter de supralegalidade?** - **Entendimento do Relator**, Min. CELSO DE MELLO, **que atribui hierarquia constitucional** às convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos.

**A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.**

- A questão **dos processos informais de mutação constitucional e o papel** do Poder Judiciário: **a interpretação judicial como instrumento** juridicamente idôneo **de mudança informal** da Constituição.

**A legitimidade da adequação, mediante** interpretação do Poder Judiciário, **da própria** Constituição da República, **se e quando** imperioso compatibilizá-la, **mediante exegese atualizadora**, com as **novas** exigências, necessidades **e** transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos **e** políticos **que caracterizam**, em seus múltiplos **e** complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

**HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

- Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

- **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da *norma mais favorável* (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

- **Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos** da Convenção Americana de Direitos

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico** de primazia da regra **mais favorável à proteção efetiva** do ser humano.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito positivo brasileiro, **no plano infraconstitucional** da legislação interna, **a prisão civil** do depositário infiel, **considerado o que dispõem a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos/**Pacto de São José** da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) **e o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

**A alta relevância** dessa matéria, **que envolve** discussão **em torno** do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, **impõe que se examine**, de um lado, **o processo de crescente internacionalização** dos direitos humanos e, de outro, **que se analisem as relações** entre o direito nacional (direito positivo **interno** do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, **notadamente** em face do preceito inscrito **no § 3º** do art. 5º da Constituição da República, **introduzido** pela EC nº 45/2004.

Nesse contexto, **o tema** da prisão civil por dívida, **analisado** na perspectiva dos documentos internacionais, **especialmente** na dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos,

**assume** significativa importância no plano jurídico, **pois estimula reflexão** a propósito de uma clara tendência que se vem registrando **no sentido** da abolição desse instrumento de coerção processual, **que constitui resquício** de uma prática **extinta**, já na Roma republicana, **desde** o advento, **no século V a.C.**, da “*Lex Poetelia Papiria*”, **saudada**, então, **enquanto** marco divisor entre dois períodos históricos, **como representando** a “*aurora dos novos tempos*”.

**Vale referir**, a esse respeito, **a valiosa lição** de ALFREDO BUZOID (“**Do Concurso de Credores no Processo de Execução**”, p. 43/44, item n. 3, e p. 53, item n. 10, 1952, Saraiva):

*“No período das ‘legis actiones’, a execução se processava normalmente **contra a pessoa** do devedor, **através** da ‘legis actio per manus injectionem’. **Confessada** a dívida, **ou julgada** a ação, **cabia a execução** trinta dias depois, **sendo concedido** êsse prazo a fim de o devedor poder pagar o débito. **Se este não fôsse solvido**, o exequente **lançava** as mãos **sobre o devedor** e o conduzia a juízo. **Se** o executado **não** satisfizesse o julgado **e se ninguém** comparecesse para afiançá-lo, **o exequente** o levava consigo, **amarrando-o** com uma corda, **ou algemando-lhe** os pés. **A pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado** durante sessenta dias. **Se o devedor não se mantivesse** à sua custa, **o***

***credor** lhe daria diàriamente algumas libras de pão. **Durante** a prisão era levado a três feiras sucessivas **e aí apregoado** o crédito. **Se** ninguém o solvesse, **era aplicada** ao devedor a pena capital, **podendo** o exequente matá-lo, **ou** vendê-lo ‘trans Tiberim’. **Havendo pluralidade** de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fôsse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude.*

(...)

*O extremo rigor do primitivo processo civil romano **não perdurou** largo tempo. **Fez-se logo sentir** a necessidade de uma reforma. **Em 428, ou 441, foi publicada a ‘Lex Poetelia’**: seu objetivo foi, por um lado, fortalecer a intervenção do juiz. **Assim foi abolida** a faculdade de matar o devedor insolvente, de vendê-lo como escravo, **ou** de detê-lo na cadeia, **bem como proibido** o uso da ‘*manus injectio*’ contra o devedor não ‘*confessus*’, nem ‘*judicatus*’. **Tornava-se indispensável** a intervenção do magistrado **mesmo** quando o devedor se tivesse obrigado pelas formas solenes do ‘*nexum*.’” (grifei)*

**Sabemos que a vedação** da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, **possui extração constitucional**. A Lei Fundamental, **ao estabelecer** as bases do regime que define a proteção dispensada à liberdade individual, consagra, **em tema de prisão civil por dívida**, uma tradição republicana, que, **iniciada pela Constituição de**

**1934** (art. 113, n. 30), **tem sido observada**, com a **só** exceção da Carta de 1937, **pelos sucessivos** documentos constitucionais brasileiros (**CF/46**, art. 141, § 32; **CF/67**, art. 150, § 17; **CF/69**, art. 153, § 17). **A Constituição de 1988**, perfilhando essa **mesma** orientação, **dispõe**, em seu art. 5º, **inciso** LXVII, que “**Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel**” (grifei).

**Esse preceito** da Constituição brasileira, como se vê, **contempla** a possibilidade **de o legislador comum**, em duas hipóteses – (a) **inadimplemento** de obrigação alimentar e (b) **infidelidade** depositária –, **limitar** o alcance da vedação constitucional **pertinente** à prisão civil.

**Ocorre**, no entanto, Senhores Ministros, **que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, ao dispor sobre o estatuto jurídico da liberdade pessoal, **prescreve**, em seu art. 7º, n. 7, que “**Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar**” (grifei).

**A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída** pelo Pacto de São José da Costa Rica, **a que o Brasil aderiu** em 25 de setembro de 1992, **foi incorporada** ao nosso sistema de direito positivo interno **pelo Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992, **e que, editado** pelo Presidente da República,

**formalmente consubstanciou** a promulgação desse importante ato internacional.

Essa Convenção internacional – **reiterando** os grandes princípios generosamente proclamados **pela Declaração Universal** dos Direitos do Homem, **pela Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem **e pela Carta** da Organização dos Estados Americanos – **reafirmou o propósito** dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, “**dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem**”.

**Na realidade**, o Pacto de São José da Costa Rica **constitui** instrumento normativo **destinado** a desempenhar um papel de extremo relevo **no âmbito** do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, **qualificando-se**, sob tal perspectiva, **como peça complementar** no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.

**O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, por sua vez, **celebrado** sob os auspícios da Organização das Nações Unidas **e revestido** de projeção global **no plano** de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, **estabelece**, em seu Artigo 11, que “**Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual**” (grifei).

**Vê-se**, daí, **considerado** esse quadro normativo **em que preponderam** declarações constitucionais e internacionais de direitos, **que o Supremo Tribunal Federal** se defronta com um grande desafio,

que, não superado, culminará por causar injusta frustração e provocar grave comprometimento do regime das liberdades públicas.

É por isso que, em tema de hermenêutica aplica-da aos direitos humanos, o critério da “*norma mais favorável*” há de prevalecer, sempre, na interpretação do Poder Judiciário.

Com efeito, os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da “*norma mais favorável*” (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Não se pode desconhecer, neste ponto, Senhores

Ministros, que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cujá essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável – consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES (“Os Direitos Humanos como Tema Global”, p. 135/144, item n. 8.2, 1994, Perspectiva) – por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade

das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), **à interdependência** entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) **e**, ainda, **ao reconhecimento** do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

**Cumpra não desconhecer**, nesse contexto, **o alcance e o significado** de **diversas** proclamações constantes **da Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene **de todos** os Estados de promoverem o respeito universal **e** a observância e proteção **de todos** os direitos humanos **e** liberdades fundamentais das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso **à própria** jurisdição de organismos internacionais.

**Resulta claro** de todas as observações que venho de fazer **que os tratados e convenções internacionais** desempenham papel de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, **dentre** os quais **avulta**, por sua extraordinária importância, **o direito de não sofrer** prisão por dívida, **ainda mais se se considerar** que o instituto da prisão civil por dívida – **ressalvada** a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário **e** inescusável de obrigação alimentar – **vem sendo progressivamente abolido** no âmbito do direito comparado.

**É certo** que a Constituição da República, **ao vedar** a prisão civil por dívida, **prevê** a possibilidade **de o legislador ordinário** instituí-la **em duas** situações

excepcionais: **(a)** a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia **e (b)** a do depositário infiel (**CF**, art. 5º, **inciso LXVII**).

**Também é inquestionável** que a prisão civil, que **não** é pena, **mas** simples medida de coerção jurídico-processual (**HC 71.038/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 66.627/SP**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, **v.g.**) – entendimento este **igualmente** adotado pelo magistério da doutrina (CLÓVIS BEVILAQUA, “**Código Civil**”, vol. V, p. 22/23, itens ns. 3 **e** 5, 1957, Francisco Alves; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “**A Ação de Depósito e o Pedido de Prisão**”, “in” “**Revista de Processo**”, vol. 36/12, **v.g.**) -, **não foi instituída** pela Constituição Federal.

Na realidade, **as exceções** à cláusula **vedatória** da prisão civil por dívida **devem ser compreendidas** como um afastamento **meramente pontual** da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, **em ordem a facultar**, ao legislador comum, **a criação** desse meio instrumental **nos casos** em que o seu uso se torne possível.

**Isso significa** que, **sem lei** veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, **não se torna juridicamente viável** a decretação judicial desse meio de coerção processual, **pois** a regra inscrita **no inciso LXVII** do art. 5º da Constituição **não tem** aplicabilidade direta, **dependendo**, ao contrário, **da intervenção concretizadora** do legislador (“*interpositio legislatoris*”),

eis que cabe, a este, cominar a prisão civil, delineando-lhe os requisitos, determinando-lhe o prazo de duração e definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e consequentemente viabilizadora da análise – que me parece inteiramente pertinente ao caso em questão – das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados nacionais.

Torna-se relevante assinalar que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 74.383/MG, Rel. p/o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 166/963), pôs em destaque a não-vinculatividade do legislador ordinário às exceções constitucionais que meramente permitem – mas não obrigam – a instituição, pelo Congresso Nacional, da prisão civil, havendo ressaltado, ainda, nesse julgamento, como fundamento essencial de sua decisão, considerado o que dispõem o art. 4º, II, e o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, a primazia que os direitos e garantias individuais ostentam em nosso ordenamento positivo.

Reproduzo, no ponto, fragmento do voto então proferido pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK (RTJ 166/963, 971-972):

*“Há de se presumir equilíbrio e senso das proporções **em todo** legislador, **sobretudo** no constituinte **quando trabalha** nas condições em que trabalhou o constituinte brasileiro de 1988. **Ele prestigia** uma tradição constitucional brasileira: **não há**, nesta República, **prisão por dívida; não se prendem** pessoas **porque** devem dinheiro. **Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir** em nome do equilíbrio? **Que essas duas exceções têm** peso mais ou menos equivalente. **No caso do omissio** em prestar alimentos, a linguagem constitucional é firme: inadimplemento **voluntário e inescusável** da obrigação. **E**, ao lado disso, **o que mais excepciona** a regra da proibição da prisão por dívida? **O depositário infiel. Mas nunca se há de entender** que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. **O depositário infiel** há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omissio em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. (...). Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera. (...).*

*Mas, por cima de tudo isso, ainda vem São José da Costa Rica. Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil*

*se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro.*

*(...) o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissa e do depositário infiel. Permite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido. (...) a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. (...).” (grifei)*

**Vê-se, daí, que a própria Constituição tornou** juridicamente viável, **no plano** da legislação **meramente** comum, **a possibilidade** de o legislador ordinário, **mesmo em face** das duas **únicas** exceções **previstas** na Lei Fundamental, **sequer** considerar a instituição desse instrumento excepcional de coerção processual, **a indicar**, portanto, **que se revela plenamente** legítimo, no âmbito infraconstitucional, ao Congresso Nacional, **e desde** que assim o entenda conveniente, **restringir ou**, até mesmo, **suprimir a decretabilidade** da prisão civil em nosso ordenamento positivo.

**Na realidade**, o legislador **não se acha** constitucionalmente vinculado **nem** compelido, em nosso sistema jurídico, **a regular** a utilização da prisão civil, **eis que dispõe**, nesse tema, **de relativa** liberdade decisória, **que lhe permite** – sempre **respeitados** os parâmetros constitucionais (**CF**, art. 5º, LXVII) – **(a)** disciplinar **ambas** as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), **(b)** **abster-se**, simplesmente, de instituir a prisão civil e **(c)** instituí-la **em apenas uma** das hipóteses facultadas pela Constituição.

**Abre-se**, desse modo, um campo **de relativa** discricção, ao Poder Legislativo, **que poderá**, presente tal contexto, **adotar** qualquer das providências acima mencionadas.

**Esse modelo constitucional** vigente no Brasil, portanto, **não impõe**, ao legislador comum, **a regulação** do instituto da prisão civil, com necessária projeção e abrangência **das duas** hipóteses excepcionais **a que se refere** a Constituição.

**Torna-se evidente**, assim, que esse espaço de autonomia decisória, **proporcionado**, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, **pela própria** Constituição da República, **poderá** ser ocupado, de modo **plenamente** legítimo, **pela normatividade** emergente **dos tratados internacionais** em matéria de direitos humanos, **ainda mais se se lhes conferir caráter de “supralegalidade”**, como preconizou, em douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES (**RE** 349.703/RS e **RE** 466.343/SP)

ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir caráter constitucional, tal como o fiz, com apoio em eminentes doutrinadores, em julgamento plenário no Supremo Tribunal Federal (HC 87.585/TO, RE 349.703/RS e RE 466.343/SP).

É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos – como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) –, ao limitarem a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, editada pelo Estado brasileiro.

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhores Ministros – notadamente a partir da

decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

As razões por mim invocadas no já referido julgamento plenário do HC 87.585/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, do RE 349.703/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO e do RE 466.343/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, no entanto, Senhores Ministros, convenceram-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como eu próprio reconheço), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da “supralegalidade”, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária

que permita qualificá-los como diplomas **impregnados** de estatura **superior** à das leis **internas** em geral, **não obstante subordinados** à autoridade da Constituição da República.

**Daí a observação** que o eminente Ministro GILMAR MENDES fez em seu douto voto:

*“Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.*

*Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.*

(...)

*Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’.*

*Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.” (grifei)*

**Vale rememorar**, ainda, neste ponto, **expressiva** passagem **constante** do voto que o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE **proferiu**, como Relator, no julgamento **do RHC 79.785/RJ (RTJ 183/1010-1012, 1022)**, **demonstrando** a sua inclinação no sentido de, **ao reconhecer a necessária prevalência** da Constituição, “no Direito brasileiro, sobre **quaisquer** convenções internacionais, **incluídas** as de proteção aos direitos humanos (...)”, **admitir**, contudo, **a precedência** desses mesmos tratados internacionais **sobre** a legislação **interna** do Estado brasileiro:

*“(...) tendo, assim (...), a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” (grifei)*

Vale registrar, neste ponto, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“**Curso de Direito Constitucional**”, p. 670/671, item n. 9.4.4, 2007, IDP/Saraiva), cuja análise e compreensão da função tutelar dos tratados internacionais, própria e co-natural, em matéria de liberdades públicas, à vocação protetiva inerente ao Direito internacional contemporâneo, põe em perspectiva o decisivo papel que se atribui, hoje, em tema de direitos humanos, às convenções internacionais, culminando por reconhecer-lhes eficácia inibitória de diplomas normativos, que, impregnados de qualificação infraconstitucional, com elas se mostrem colidentes:

*“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.*

*Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.*

*Como enfatiza Cançado Trindade, ‘a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central’.*

*Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.*

*Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 10-10-1969.*

***Tendo em vista o caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. **É o que ocorre**, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), **que reproduz** disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.*

***Enfim**, desde a adesão do Brasil, **no ano de 1992**, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal** para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, **ou seja**, para a prisão civil do depositário infiel.” (grifei)*

**Reconheço**, no entanto, Senhores Ministros, **que há expressivas lições doutrinárias** – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), **dentre** outros eminentes

autores – **que sustentam**, com sólida fundamentação teórica, **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, na ordem positiva interna brasileira, **qualificação constitucional, acentuando**, ainda, que as convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos, **celebradas** pelo Brasil **antes** do advento da EC nº 45/2004, **como ocorre** com o Pacto de São José da Costa Rica, **revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual de bloco de constitucionalidade**.

**Vale referir**, no ponto, **e no sentido** ora exposto, **o douto magistério** do eminente Professor CELSO LAFER (“**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, p. 15/18, 2005, Manole):

*“No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.*

*O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, **que é a maioria requerida** para a aprovação de decreto legislativo **que recepciona** um tratado na ordem jurídica interna. **Destarte**, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda*

constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos **não poderiam** ter a validade de normas constitucionais.

**Foi por conta** desta controvérsia **que a Emenda Constitucional n. 45**, de 8 de dezembro de 2004, **também adicionou** ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, **o novo § 3º** que diz:

‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.’

**O novo § 3º** do art. 5º **pode ser considerado como uma lei interpretativa** destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas **pelo § 2º** do art. 5º. **De acordo** com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. (...).

(...)

**Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º.**

**Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores** à Constituição de 1988, **aos quais** o Brasil aderiu e que foram **validamente** promulgados, **inserindo-se** na ordem jurídica interna, **têm a hierarquia de**

**normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º** do art. 5º **não só** pela referência nele contida aos tratados **como também** pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. **Neste sentido, aponto que a referência** aos princípios **pressupõe**, como foi visto, **a expansão axiológica** do Direito **na perspectiva** ‘ex parte civium’ dos direitos humanos. **Também entendo que, com a vigência** da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, **os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir**, para serem recepcionados **formalmente** como normas constitucionais, **devem obedecer ao ‘iter’** previsto **no novo § 3º** do art. 5º.

**Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta** das duas hipóteses já mencionadas: **a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos** a que o Brasil aderiu **e** recepcionou no seu ordenamento jurídico **desde** a Constituição de 1988 **até** a Emenda Constitucional n. 45, **seguindo** a política jurídica exterior **determinada** pela ‘vis directiva’ **do inc. II** do art. 4º. **Entre estes tratados** estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; **e** a Convenção Americana de Direitos Humanos. **Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados** pela ordem

jurídica nacional **sem** o ‘quorum’ de uma emenda constitucional **não podem ser encarados** como tendo apenas **a mera** hierarquia de leis ordinárias. **E é neste ponto** que a controvérsia se colocará **em novos termos**, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

**Explico-me, observando que entendo**, por força **do § 2º** do art. 5º, **que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram**, como diria Bidart Campos, **o bloco de constitucionalidade**, ou seja, **um conjunto normativo** que contém disposições, princípios e valores que, **no caso, em consonância** com a Constituição de 1988, **são materialmente constitucionais**, ainda que estejam **fora** do texto da Constituição documental. **O bloco de constitucionalidade é**, assim, **a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função** dos valores e princípios nela consagrados. **O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos**, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. **Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a**

**hierarquia** que advém de sua **inserção** no bloco de constitucionalidade.

**Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer ‘a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.’**” (grifei)

**Após muita reflexão** sobre esse tema (que entendi indispensável realizar, quando do julgamento plenário do HC 87.585/TO, do RE 349.703/RS e do RE 466.343/SP), **e não obstante** anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **acolhi** essa orientação **que atribui natureza constitucional** às convenções internacionais de direitos humanos, **reconhecendo**, então, **para efeito** de outorga **dessa especial** qualificação jurídica, **tal como observa** CELSO LAFER, **a existência de três** distintas situações **concernentes** a referidos tratados internacionais:

(1) **tratados** internacionais de direitos humanos **celebrados** pelo Brasil (**ou** aos quais o nosso País aderiu), **e regularmente** incorporados à ordem interna, **em momento anterior** ao da promulgação da Constituição de 1988 (**tais** convenções internacionais **revestem-se** de índole constitucional, **porque** formalmente recebidas, nessa condição, **pelo § 2º** do art. 5º da Constituição);

(2) **tratados** internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (**ou** aos quais o nosso País venha a aderir) **em data posterior** à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, **para se impregnarem** de natureza constitucional, **deverão** observar o “*iter*” procedimental estabelecido **pelo § 3º** do art. 5º da Constituição); **e**

(3) **tratados internacionais** de direitos humanos **celebrados** pelo Brasil (**ou** aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação** da Constituição de 1988 **e a superveniência** da EC nº 45/2004 (**referidos** tratados **assumem** caráter materialmente constitucional, **porque** essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida **por efeito** de sua inclusão **no bloco de constitucionalidade, que é** “a *somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*”).

Essa **mesma** percepção do tema em causa, **que extrai a qualificação constitucional** dos tratados internacionais de direitos humanos dos textos normativos inscritos **nos §§ 2º e 3º** do art. 5º da Constituição, **é também revelada** por FRANCISCO REZEK (“**Direito Internacional Público – Curso Elementar**”, p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva):

**“Direitos e garantias individuais: o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição’.** No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição **um segundo parágrafo** estabelece, **desde 1988, que aquela lista não exclui** outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. (...).

**A questão não subsiste** a partir de agora, **resolvida** que foi pelo aditamento **do terceiro parágrafo** ao mesmo artigo constitucional: **os tratados sobre direitos humanos** que o Congresso **aprove** ‘com o rito da emenda à carta’ – **em cada casa** dois turnos de sufrágio **e o voto** de três quintos **do total** de seus membros – **integrarão em seguida** a ordem jurídica **no nível** das normas da própria Constituição. **Essa nova regra**, que se poderia chamar de cláusula holandesa por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados (**v. referência** no § 49), **autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer** que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. **Pode haver dúvida preliminar** sobre a questão de saber **se** determinado tratado **configura** realmente essa hipótese temática, **mas se tal for o caso** o Congresso seguramente adotará o rito previsto **no terceiro parágrafo**, de modo que, **se aprovado, o tratado se qualifique** para ter estatura constitucional

*desde sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária (v. adiante o § 53), e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.*

*Uma última dúvida diz respeito ao ‘passado’, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte - e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.” (grifei)*

**Igual entendimento é perfilhado** por FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 71/74, 7ª ed., 2006, Saraiva), cuja lição – que acolho - assim expõe a matéria ora em exame:

*“Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supra-constitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.*

*No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.*

*Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos*

humanos ratificados, **afirmando** – tal como o fez o texto argentino – **que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional**.

**No entanto**, estabelece **o § 3º** do art. 5º **que os tratados internacionais** de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes** às emendas à Constituição.

**Desde logo**, há que afastar o entendimento **segundo o qual**, em face **do § 3º** do art. 5º, **todos** os tratados de direitos humanos já ratificados **seriam** recepcionados como lei federal, **pois não teriam obtido** o ‘quorum’ qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

(...)

**Reitere-se** que, por força do art. 5º, **§ 2º**, **todos os tratados** de direitos humanos, **independentemente** do ‘quorum’ de sua aprovação, **são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade**. O ‘quorum’ qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, **ao adicionar** um lastro **formalmente** constitucional **aos tratados** ratificados, **propiciando a ‘constitucionalização formal’** dos tratados de direitos humanos **no âmbito jurídico interno**. **Como já defendido** por este trabalho, **na hermenêutica emancipatória** dos direitos **há que imperar** uma lógica material **e não formal, orientada** por valores, a

celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. **À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas**, e não o oposto. **Vale dizer, a preponderância material** de um bem jurídico, **como é o caso** de um direito fundamental, **deve condicionar** a forma no plano jurídico-normativo, **e não** ser condicionado por ela.

**Não seria razoável sustentar** que os tratados de direitos humanos já ratificados **fossem recepcionados como lei federal**, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional **exclusivamente** em virtude de seu ‘quorum’ de aprovação. **A título de exemplo, destaque-se** que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, **estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo**. **Não haveria** qualquer razoabilidade **se a este último – um tratado complementar e subsidiário** ao principal – **fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal** fosse conferida hierarquia meramente legal. **Tal situação importaria** em agudo anacronismo do sistema jurídico, **afrontando, ainda, a teoria geral** da recepção acolhida no direito brasileiro.

(...) **Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática** da Constituição, de forma a dialogar **os §§ 2º e 3º** do art. 5º, já que o último **não revogou** o primeiro,

*mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material* que devem orientar *a hermenêutica* dos direitos humanos; *c) a necessidade* de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; *e d) a teoria geral* da recepção do direito brasileiro.

*Acredita-se* que o **novo** dispositivo do art. 5º, **§ 3º**, *vem a reconhecer*, de modo explícito, *a natureza materialmente constitucional* dos tratados de direitos humanos, **reforçando**, desse modo, *a existência de um regime jurídico misto*, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados **tradicionais** de cunho comercial. **Isto é**, ainda que fossem aprovados pelo elevado ‘quorum’ de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, **os tratados comerciais** não passariam a ter ‘status’ formal de norma constitucional **tão-somente** pelo procedimento de sua aprovação.

(...)

**Vale dizer**, com o advento **do § 3º** do art. 5º *surgem duas categorias* de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: **a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos** os tratados internacionais de direitos humanos **são materialmente** constitucionais, **por força do § 2º** do art. 5º. **Para além** de serem **materialmente** constitucionais, **poderão**, a partir **do §**

**3º** do mesmo dispositivo, **acrescer a qualidade** de formalmente constitucionais, **equiparando-se** às emendas à Constituição, **no âmbito formal.”** (grifei)

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 694/695, item n. 8, 2ª ed., 2007, Atlas), por sua vez, **segue essa mesma orientação, assim resumindo**, no ponto em análise, a sua compreensão do tema em causa:

**“Tecnicamente, os tratados internacionais** de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil **já têm ‘status’** de norma constitucional, **em virtude** do disposto **no § 2º** do art. 5º da Constituição, **segundo o qual** os direitos e garantias expressos no texto constitucional **‘não excluem** outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, **pois**, na medida em que a Constituição **‘não exclui’** os direitos humanos provenientes de tratados, **é porque ela própria ‘os inclui’** no seu catálogo de direitos protegidos, **ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’ e atribuindo-lhes hierarquia** de norma constitucional, como já asentamos anteriormente. **Portanto, já se exclui**, desde logo, **o entendimento** de que os tratados de direitos humanos **não aprovados** pela maioria qualificada **do § 3º** do art. 5º **equivaleriam**

hierarquicamente à lei ordinária federal, **uma vez que** os mesmos **teriam** sido aprovados **apenas** por maioria simples (**nos termos** do art. 49, inc. I, da Constituição) **e não** pelo ‘quorum’ que lhes impõe o referido parágrafo. **Aliás, o § 3º** do art. 5º em nenhum momento atribui ‘status’ de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. **Dizer** que os tratados de direitos humanos **aprovados** por este procedimento especial **passam** a ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’ **não significa** obrigatoriamente **dizer** que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. **O que se deve entender** é que o ‘quorum’ **que o § 3º** do art. 5º **estabelece** serve **tão-somente** para atribuir **eficácia formal** a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, **e não para atribuir-lhes** a índole e o nível ‘materialmente’ constitucionais **que eles já têm** em virtude **do § 2º** do art. 5º da Constituição.

**O que é necessário atentar** é que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição **cuidam** de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para quê serviria a regra insculpida **no § 3º** do art. 5º da Carta de 1988, senão para atribuir ‘status’ de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? **A diferença entre o § 2º**, ‘in fine’, **e o § 3º**, ambos do art. 5º da Constituição, **é bastante sutil**: nos termos da parte final **do § 2º** do art. 5º, os ‘tratados internacionais [de direitos

humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte’ **são**, a ‘contrario sensu’, **incluídos** pela Constituição, **passando** conseqüentemente **a deter o ‘status’ de norma constitucional’ e a ampliar** o rol dos direitos e garantias fundamentais (**‘bloco de constitucionalidade’**); já nos termos **do § 3º** do mesmo art. 5º da Constituição, **uma vez aprovados** tais tratados de direitos humanos pelo ‘quorum’ qualificado ali estabelecido, **esses instrumentos internacionais**, uma vez ratificados pelo Brasil, **passam a ser ‘equivalentes** às emendas constitucionais’.

(...) **A relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida** por esta norma **é de ‘equivalência’ e não de ‘igualdade’**, **exatamente** pelo fato de ‘tratado’ e ‘norma interna’ serem coisas desiguais, **não tendo** a Constituição pretendido dizer que ‘A é igual a B’, mas sim que ‘A é equivalente a B’, **em nada influenciando** no ‘status’ que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada. **Falar** que um tratado **tem** ‘status de norma constitucional’ **é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo** que dizer que ele é ‘equivalente a uma emenda constitucional’, **o que significa** que esse mesmo tratado **já integra formalmente** (além de materialmente) o texto constitucional. **Assim, o que se quer dizer** é que o regime ‘material’ (**menos amplo**) dos tratados de direitos humanos **não**

*pode ser confundido com o regime ‘formal’ (mais amplo) que esses mesmos tratados **podem ter**, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. **Perceba-se** que, neste último caso, o tratado assim aprovado **será**, além de **materialmente constitucional**, **também formalmente constitucional**. Assim, **fazendo-se** uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, **à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana**, **chega-se à seguinte conclusão**: o que o texto constitucional reformado **quis dizer** é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, **que já têm** ‘status’ de norma constitucional, **nos termos do § 2º do art. 5º, poderão** ainda ser **formalmente** constitucionais (ou seja, ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’), **desde** que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo ‘quorum’ do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.” (grifei)*

**Não foi por outra razão** que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO (RE 349.703/RS), **reconsiderando** o seu anterior entendimento, **tal como eu próprio o fiz** no julgamento plenário **do HC 87.585/TO**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **do RE 349.703/RS**, Rel. Min. CARLOS BRITTO **e do RE 466.343/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **destacou**, em momento **anterior** ao da promulgação da EC nº 45/2004, **que o § 2º do art. 5º da Constituição – verdadeira** cláusula geral de

recepção – **autoriza o reconhecimento** de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **em face** da relevantíssima circunstância **de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional** de direitos e garantias individuais, **de outras** prerrogativas e liberdades fundamentais, **que passam a integrar**, subsumindo-se ao seu conceito, **o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade**:

*“(...) certo que, no § 2º do art. 5º, se tem uma norma de caráter aberto, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos; ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, que podem adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nelas escritos, ampliando o que se costuma chamar de ‘bloco de constitucionalidade’, nas palavras de Canotilho (‘Direito Constitucional’, p. 241). São normas **materialmente** constitucionais, que, conquanto **não se incorporem** ao Texto Fundamental, **ampliam o núcleo mínimo** de direitos e garantias nele consagrados, **ganhando** hierarquia constitucional.*

***É a própria** Constituição **que assim as considera**, ao incorporar em seu texto esses direitos*

internacionais, **refletindo**, com isso, **orientação** adotada pelo nosso constituinte **no sentido** de se ajustar às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

(...)

**O exemplo clássico** é o da prisão civil do depositário infiel, **permitida** no inciso LXVII do art. 5º da CF/88 **e vedada** no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos **e no art. 7º** do Pacto de São José da Costa Rica.

(...)

**Valendo dizer** que eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, **para pôr-se de acordo** com as modernas teorias acima expostas, **haverá de partir** da adoção da tese **de que o § 2º** do art. 5º da CF **elevou** à categoria de normas **integrantes** do chamado **‘bloco da Constituição’** as normas **decorrentes** de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte.” (grifei)

**Desejo fazer**, neste ponto, Senhores Ministros, **uma pequena observação.**

**Quando Presidente** do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), **tive a honra de ver acolhida**, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, **então** Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, **em Substitutivo** que ofereceu à PEC nº 96/92, **proposta que sugeri** àquela Comissão da Câmara dos Deputados, **no sentido de conferir**

**qualificação jurídico-constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos, **objetivando**, com tal sugestão, **superar** a polêmica doutrinária e jurisprudencial **em torno** do alcance **do § 2º** do art. 5º da Constituição.

Essa eminente congressista paulista, **em parecer** que produziu **como Relatora** da Proposta de Reforma do Poder Judiciário, **no âmbito** da Câmara dos Deputados, **assim justificou**, no ponto, **o Substitutivo** que ofereceu:

**“Buscando a efetividade** da prestação jurisdicional, **acolhemos também sugestão** do Ministro Celso de Mello, **Presidente** do Supremo Tribunal Federal, **no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional** aos tratados celebrados pelo Brasil, **em matéria** de direitos humanos, **à semelhança** do que estabelece a Constituição Argentina (1853), **com a reforma** de 1994 (art. 75, n. 22), **introdução** esta no texto constitucional **que afastará** a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º.” (grifei)

**Tenho para mim**, desse modo, Senhores Ministros, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce **e** expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da **“prevalência dos direitos humanos”** **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto**

ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (**derrogatória e inibitória**) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa **nova** percepção **do caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade** ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, **reconhecendo-se**, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, **o indiscutível primado** que devem ostentar, **sobre** o direito interno brasileiro, **as convenções internacionais** de direitos humanos, **ajustando-se**, desse modo, **a visão** deste Tribunal, **às concepções** que hoje prevalecem, no cenário internacional – **consideradas** as realidades deste emergentes –, **em torno** da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

**Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á** o sistema de proteção aos direitos humanos, **mediante** atribuição, **a tais atos** de direito internacional público, **de caráter** hierarquicamente superior ao da legislação comum, **em ordem** a outorgar-lhes, **sempre que se cuide** de tratados internacionais de direitos humanos, **supremacia e precedência em face** de nosso ordenamento doméstico, de natureza **meramente** legal.

**Cabe registrar**, aqui, **uma observação** que se faz

necessária. **Refiro-me** ao fato, **de todos** conhecido, **de que o alcance** das exceções constitucionais à cláusula geral **que veda**, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida **pode sofrer mutações, quer resultantes** da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, **quer emanadas** de formulações adotadas **em sede** de convenções **ou** tratados internacionais, **quer**, ainda, **ditadas** por juízes e Tribunais, **no processo de interpretação** da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado.

**Isso significa**, portanto, **presente** tal contexto, **que a interpretação judicial** desempenha um papel **de fundamental** importância, **não só na revelação** do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, **mas**, sobretudo, **na adequação** da própria Constituição às **novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam** a sociedade contemporânea.

**Daí a precisa observação** de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar** os textos normativos, **inclui-se** a prerrogativa judicial de reformulá-los, **em face** de novas **e** cambiantes realidades **sequer** existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

**Importante rememorar**, neste ponto, **a lição**

desse eminente publicista, para quem “*O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*” (grifei).

Cumpre referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal – que detém, em matéria constitucional, “*o monopólio da última palavra*” –, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.

A regra de direito – todos o sabemos – nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação.

Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do “*corpus*” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de “*aggiornamento*”, o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ou, em outras palavras, a interpretação emana da dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam “*Zeitgeist*”.

Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

Essa percepção do tema – é importante referir – encontra suporte em valioso magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “**Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**”, 1986, Max Limonad; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Mutação Constitucional**”, 1997, Saraiva; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “**Interpretação Constitucional**”, p. 55/60, Cap. 6, 3ª ed., 2007, IDP/Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, “**Interpretação e Aplicação da Constituição**”, p. 145/149, item n. 4, 5ª ed., 2003, Saraiva; ADRIANO SANT’ANA PEDRA, “**A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas**”, p. 159/176, item n. 4.1, 2005, Mandamentos;

ANDRÉ RAMOS TAVARES, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 85, item n. 7, 3ª ed., 2006, Saraiva; FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, “**Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**”, p. 43/49, item n. 5, 2ª ed., 2003, Atlas, **v.g.**).

**Daí a correta observação** feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **ao reconhecer** “*que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional*”, **para enfatizar**, a partir dessa constatação, que “*A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo*” (grifei).

**O fato é que** – consoante **assinalou** em seu douto voto – “*A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos*” (grifei).

**Não custa rememorar**, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, **em diversos precedentes**, assumiu posições **que oscilaram**, no tema ora

em análise, **em torno** de sua compreensão sobre as relações **entre** as fontes normativas do direito internacional e aquelas do direito interno.

**Com efeito**, esta Suprema Corte, **ao interpretar** o texto constitucional, **atribuiu**, em determinado momento (**décadas** de 1940 e de 1950), **superioridade** às convenções internacionais **em face** da legislação interna do Brasil (**Apelação Civil 7.872/RS**, Rel. Min. LAUDO DE CAMARGO - **Apelação Civil 9.587/DF**, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADE), **muito embora**, em sensível mudança de sua jurisprudência, **viesse a reconhecer**, em momento posterior (**a partir** da década de 1970), **relação** de paridade normativa **entre** as espécies derivadas dessas **mesmas** fontes jurídicas (**RTJ** 58/70 – **RTJ** 83/809 – **RTJ** 179/493-496, **v.g.**).

Como **precedentemente** salientei **neste voto**, e **após detida reflexão** em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (**RTJ** 179/493-496, **v.g.**), **evolui**, Senhores Ministros, **no sentido de atribuir**, aos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **superioridade jurídica** em face **da generalidade** das leis **internas** brasileiras, **reconhecendo**, a referidas convenções internacionais, **nos termos** que venho de expor, **qualificação constitucional**, como preconiza, em douto magistério, o eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES (“**Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica**”, p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima).

**Tenho por irrecusável**, de outro lado, **a supremacia** da Constituição sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, **inclusive** aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, **desde que**, neste último caso, **as convenções internacionais** que o Brasil tenha celebrado (**ou** a que tenha aderido) **importem em supressão, modificação gravosa ou restrição** a prerrogativas essenciais **ou** a liberdades fundamentais **reconhecidas e asseguradas** pelo próprio texto constitucional (**ou** por anteriores tratados internacionais), **eis que** os direitos e garantias individuais **qualificam-se**, como sabemos, **como limitações materiais** ao poder reformador do Congresso Nacional.

**Sabemos** que o exercício do “*treaty-making power*”, pelo Estado brasileiro – **não obstante os polêmicos** arts. 27 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda em curso** de tramitação perante o Congresso Nacional) –, **está sujeito** à observância das limitações jurídicas **emergentes** do texto constitucional.

A Constituição **qualifica-se** como o estatuto fundamental da República. **Nessa condição**, todas as leis **e tratados** celebrados pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade normativa desse instrumento básico (RTJ 84/724 – RTJ 121/270-276 – RTJ 179/493-496). **Nenhum valor jurídico** terá o tratado internacional, que, **incorporado** ao sistema de direito positivo interno, **transgredir o texto** da Carta Política, **como sucederia**, p. ex., **na hipótese** de o

Estado brasileiro **subscrever** tratados internacionais **ofensivos e gravosos** ao regime das liberdades públicas **consagrado** pela própria Lei Fundamental **ou**, ainda, por **outras** convenções internacionais.

**É essencial reconhecer**, neste ponto, **que a inconstitucionalidade** de tratados internacionais em geral – e, também, de convenções internacionais que eventualmente **reduzam ou suprimam** direitos e garantias individuais, **tais** como consagrados pela própria Carta Política (**ou** por outros tratados internacionais) – **impedirá** a aplicação de suas normas **mais gravosas** na ordem jurídica interna brasileira, **porque violadoras** de disposições fundamentais, **como hoje ocorre**, p. ex., no sistema normativo vigente em Portugal, **cuja Constituição (1976) – com as alterações** introduzidas pela **Segunda** Revisão Constitucional (1989) – **excepcionalmente admite** a incidência de normas apenas **formalmente** inconstitucionais **constantes** de tratados internacionais (**art. 277, n. 2**): “*A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental*” (grifei).

**Impõe-se enfatizar**, neste ponto, que o modelo consagrado pela Constituição de Portugal **revela-se semelhante**, ainda que com algumas variações, **ao**

**que prescrevem** importantes textos constitucionais **vigentes** no plano do direito comparado.

**Assim**, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1983, **permite**, expressamente, que **qualquer** cláusula de tratado internacional **que se revele incompatível** com a Carta Política do Estado holandês **seja**, não obstante o vício de inconstitucionalidade, **suscetível de incorporação** ao direito interno daquele País, **desde** que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (**Artigo 91, n. 3**).

**O mesmo ocorre** com a **recente** Constituição do Peru (1993), **que admite** a incorporação **de tratados inconstitucionais**, **desde** que esse ato de direito internacional público **seja** “*aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição (...)*” (**Artigo 57**).

**A Constituição argentina de 1853**, por sua vez, **com as inovações** introduzidas pela reforma de 1994, **atribuiu** hierarquia constitucional **a determinados** tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (**Artigo 75, n. 22**).

**Vê-se**, portanto, **que já se esboça**, no plano do direito constitucional comparado, **uma significativa tendência contemporânea** que busca conferir **verdadeira** equiparação normativa aos tratados internacionais de direitos humanos **em face** das próprias Constituições políticas dos Estados, **atribuindo**, a tais convenções internacionais, **força e autoridade** de norma constitucional.

**Na realidade**, essa tendência **culminou por influenciar** o Congresso Nacional brasileiro, **que**, em 2004, **promulgou** a Emenda Constitucional nº 45, **que introduziu**, em nosso sistema de direito positivo, **a cláusula de equivalência** dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **com** as emendas constitucionais, **desde que observado**, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração **concernente** à reforma da Constituição (CF, art. 5º, § 3º).

**Registre-se**, neste ponto, **a correta observação** expendida pelo eminente Professor LUÍS ROBERTO BARROSO (“**Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno**”, “in” “*Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*”, p. 185/208, 207, **coordenação** de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira, 2008, Renovar), **cujal** **lição**, a propósito do alcance e das consequências **resultantes do § 3º** do art. 5º da Constituição, **vale** **rememorar**:

*“Na linha da nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, **para serem equivalentes** às emendas constitucionais, **deverão observar** o seguinte trâmite: a) **celebração** pelo Presidente da República (art. 84, VIII), b) **aprovação** pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos*

votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º, c/c art. 49, I), **c) ratificação** (ato de direito internacional) e, por fim, **d) a promulgação e publicação** de seu texto via decreto do Presidente da República. **Somente a partir daí**, como destaca a doutrina do direito internacional, o tratado **estará incorporado** ao direito brasileiro. **No caso**, vigera **com força** de emenda constitucional, **sem** com ela se confundir.

**É bem de ver** que não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, **mas de atribuição de uma eficácia ‘qualificada’**, que dará ensejo à produção **de três efeitos diferenciados**: **a) em caso de conflito** entre lei e tratado de direitos humanos, **aprovado** em conformidade com o art. 5º, § 3º, da CF, **prevalecerá** sempre o tratado, **em razão** de sua equivalência com as emendas constitucionais (**e independentemente** do critério cronológico); **b) os tratados** de direitos humanos **incorporados** de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF **podem servir** de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, **ampliando** o chamado ‘bloco de constitucionalidade’; **c) tais tratados** não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, **por força** do art. 60, § 4º, da CF.” (grifei)

Desse modo, **a relação de eventual antinomia** entre os tratados internacionais em geral (**que não**

**versem** o tema dos direitos humanos) **e** a Constituição da República **impõe que se atribua**, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, **irres- trita** precedência hierárquica à ordem normativa **consubstanciada** no texto constitucional, **ressal- vadas** as hipóteses excepcionais **previstas nos §§ 2º e 3º** do art. 5º da própria Lei Fundamental, **que conferem hierarquia constitucional** aos tratados internacionais **de direitos humanos**.

**O eminente** Professor CELSO LAFER, **quando** Ministro das Relações Exteriores, **ao propor** à Presidência da República **o encaminhamento**, ao Congresso Nacional, **do texto** da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **entendeu conveniente enfatizar**, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, **a necessária subordinação hierárquica** dos atos internacionais à ordem normativa **fundada** na Constituição da República:

*“Infelizmente, o Brasil até hoje não rati- ficou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional.*

*Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição.”*

(Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/05/92, p. 9.241 - grifei)

Daí a advertência – que cumpre não ignorar – de PONTES DE MIRANDA (“**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**”, tomo IV/146, item n. 35, 2ª ed., 1974, RT), no sentido de que, “Também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional” (grifei).

Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua

visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.

Vale dizer, essa nova percepção crítica, reforçada pelo advento da EC nº 45/2004 – que introduziu um novo paradigma no cenário nacional –, estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

A referida Emenda refletiu clara tendência que já se registrava no plano do direito comparado no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, notadamente quando se tratasse de convenções internacionais sobre direitos humanos, às quais se atribuiu hierarquia constitucional. É o que ocorre, por exemplo, na ARGENTINA (Constituição de 1853, com a Reforma de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (Constituição de 1983, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (Constituição de 1993, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (Constituição de 1992, Arts. 137 e 141), na FRANÇA (Constituição de 1958, Art. 55) e na VENEZUELA (Constituição de 2000, art. 23).

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressaltadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir,

formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, **hierarquia** jurídico-constitucional, **desde** que observado, **quanto** ao processo de incorporação de tais convenções, o **“iter” procedimental** concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, **consoante** prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, **embora pessoalmente entenda superior a fórmula** consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, **na redação** que lhe deu a Reforma de 1994.

**É preciso ressaltar**, no entanto, como **precedentemente** já enfatizado, **as convenções internacionais de direitos humanos** celebradas **antes** do advento da EC nº 45/2004, **pois**, quanto a elas, **incide o § 2º** do art. 5º da Constituição, **que lhes confere** natureza **materialmente** constitucional, **promovendo** sua integração **e fazendo** com que se subsumam **à noção mesma** de *bloco de constitucionalidade*.

**Essas razões** que venho de mencionar **levam-me a deferir** a presente ordem de “*habeas corpus*”, **considerada** a circunstância de os tratados internacionais de direitos humanos **possuírem** hierarquia constitucional, **como acentuei** em longo voto **proferido nos já mencionados HC 87.585/TO, RE 349.703/RS e RE 466.343/SP**.

O fato, Senhores Ministros, é que, **independentemente** da orientação que se venha a adotar (**supralegalidade ou natureza constitucional** dos tratados internacionais de direitos humanos),

**a conclusão** será, **sempre**, uma só: **a de que não mais subsiste**, em nosso sistema de direito positivo interno, **o instrumento** da prisão civil **nas hipóteses** de infidelidade depositária, **cuide-se** de depósito voluntário (convencional) **ou trate-se**, como na espécie, de depósito judicial, **que é modalidade** de depósito necessário.

**Assinalo**, neste ponto, **por relevante**, que esta **colenda** Segunda Turma, **no julgamento do HC 93.435/MG**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **ocorrido** em 16/09/2008, **concedeu**, de ofício, **ordem** de “*habeas corpus*”, **em favor** de paciente **que se encontrava** na situação **de depositário judicial** qualificado **como infiel**.

**Sendo assim**, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de “*habeas corpus*”, **para invalidar** a ordem judicial de prisão civil **decretada** contra o ora paciente, **nos autos da Execução Fiscal** nº 024.99.053.662-5 (4ª Vara de Feitos Tributários da comarca de Belo Horizonte/MG), **por não mais cabível**, em nosso ordenamento doméstico, **a prisão civil** do depositário infiel, **qualquer** que seja a modalidade de depósito (depósito voluntário **ou** depósito necessário, **de que** o depósito judicial **constitui** espécie).

**É o meu voto.**



## 16 *HABEAS CORPUS* 94.016 – SP

**Direito do acusado de formular perguntas ao seu corréu** (litisconsorte penal passivo) **quando de seu interrogatório.** [HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 27-2-2009.]

## HABEAS CORPUS

SP - SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S): BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY OU  
PLATON ELENIN

IMPTE.(S): ALBERTO ZACHARIAS TORON (65371/SP)  
E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 100.204 DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “**HABEAS CORPUS**” – **SÚMULA 691/STF – INAPLICABILIDADE** AO CASO – **OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO** NO BRASIL – **IRRELEVÂNCIA** - CONDIÇÃO JURÍDICA **QUE NÃO O DESQUALIFICA** COMO SUJEITO DE DIREITOS **E** TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - **PLENITUDE DE ACESSO**, EM CONSEQUÊNCIA, **AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS** DE TUTELA DA LIBERDADE – **NECESSIDADE DE RESPEITO**, PELO PODER PÚBLICO, **ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO** À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL **E** PROCESSO PENAL) - **O CONTEÚDO MATERIAL** DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” - **INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA – MEIO**

**DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER** DOS LITISCONSORTES PENAI PAS-SIVOS **FORMULAR** REPERGUNTAS **AOS DEMAIS** CO-RÉUS, **NOTADAMENTE SE** AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - **PRERROGATIVA JURÍDICA** CUJA LEGITIMAÇÃO **DECORRE** DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - **PRECEDENTE** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (**PLENO**) - **MAGISTÉRIO DA DOCTRINA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL** CARACTERIZADO – “**HABEAS CORPUS**” **CONCEDIDO** “**EX OFFICIO**”, **COM EXTENSÃO** DE SEUS EFEITOS **AOS CO-RÉUS**.

**DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR.**

- **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem admitido o afastamento**, “*hic et nunc*”, da Súmula 691/STF, **em hipóteses** nas quais a decisão questionada **divirja** da jurisprudência **predominante** nesta Corte **ou**, então, **veicule** situações **configuradoras** de abuso de poder **ou** de manifesta ilegalidade. **Precedentes**. Hipótese **ocorrente** na espécie.

O súdito estrangeiro, **mesmo** aquele **sem domicílio no Brasil**, **tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem** a preservação do “*status libertatis*” **e a observância, pelo Poder Público**, da cláusula constitucional do “*due process*”.

- O súdito estrangeiro, **mesmo o não domiciliado** no Brasil, **tem plena legitimidade** para impetrar o remédio constitucional do “*habeas corpus*”, **em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses** de perseguição penal, o direito subjetivo, de que **também** é titular, **à observância e ao integral respeito**, por parte do Estado, **das prerrogativas que compõem e dão significado** à cláusula do *devido processo legal*.

- A condição jurídica **de não-nacional** do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro **não possuir** domicílio em nosso país **não legitimam** a adoção, **contra** tal acusado, de **qualquer** tratamento arbitrário **ou** discriminatório. **Precedentes.**

- **Impõe-se**, ao Judiciário, **o dever de assegurar**, **mesmo** ao réu estrangeiro **sem** domicílio no Brasil, **os direitos básicos** que resultam do postulado do *devido processo legal*, **notadamente** as prerrogativas inerentes **à garantia** da ampla defesa, **à garantia** do contraditório, **à igualdade** entre as partes perante o juiz natural **e à garantia** de imparcialidade do magistrado processante.

**A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria “persecutio criminis”.**

- **O exame** da cláusula **referente** ao “*due process of law*” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua configuração **como expressiva** garantia de ordem constitucional, **destacando-se**, dentre eles, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (**garantia** de

acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação **e** ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, **sem** dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório **e** à plenitude de defesa (direito à autodefesa **e** à defesa técnica); (e) **direito de não ser** processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito de não ser** processado **com fundamento** em provas **revestidas** de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (**privilégio** contra a auto-incriminação); (l) **direito à prova**; e (m) **direito de presença e de “participação ativa”** nos atos de interrogatório judicial **dos demais** litisconsortes penais passivos, **quando existentes**.

- **O direito do réu** à observância, pelo Estado, **da garantia** pertinente ao “*due process of law*”, **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa, **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios **e** de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de perseguição criminal, **mesmo** que se trate de réu estrangeiro, **sem** domicílio em território brasileiro, **aqui processado** por suposta prática de delitos a ele atribuídos.

**O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU.**

- **Em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial** – **notadamente** após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa** do réu, que, **além de não ser obrigado** a responder a **qualquer** indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. **Doutrina. Precedentes.**

**possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do “due process of law”, ver assegurado o seu direito de formular reperguntas aos co-réus, quando do respectivo interrogatório judicial.**

- **Assiste, a cada um** dos litisconsortes penais passivos, **o direito** – **fundado** em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, **incisos** LIV e LV) – **de formular reperguntas aos demais** co-réus, que, no entanto, **não estão obrigados** a respondê-las, **em face** da prerrogativa **contra** a auto-incriminação, de que **também** são titulares. **O desrespeito** a essa franquia individual do réu, **resultante** da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, **qualifica-se** como causa geradora de nulidade processual absoluta, **por implicar grave transgressão** ao *estatuto constitucional do direito de defesa*. **Doutrina. Precedente do STF.**

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Trata-se de “*habeas corpus*” **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministro de Tribunal Superior da União, que, **em sede** de processo idêntico **instaurado** no Superior Tribunal de Justiça (HC 100.204/SP), **denegou medida liminar** que lhe havia sido requerida **em favor** do ora paciente.

**Preliminarmente**, entendo **inaplicável**, ao caso ora em exame, **a Súmula 691/STF**.

**Como se sabe**, esta Suprema Corte **tem afastado a incidência** da referida formulação sumular, **sempre** que a matéria em exame **revelar-se** impregnada de alta significação jurídica, **ou**, então, **nos casos** em que o ato impugnado caracterizar-se por sua evidente ilegalidade **ou** abusividade, **ou**, ainda, **quando** a decisão questionada em sede de “*habeas corpus*” **divergir**, frontalmente, **da jurisprudência prevalente** no Supremo Tribunal Federal.

**A não-aplicação** da Súmula 691/STF **tem ocorrido** na prática processual desta Corte, **como o evidenciam** diversas decisões proferidas **quer** em sede monocrática (HC 90.112-MC/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 89.113-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 87.353-MC/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 88.050-MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 88.569-MC/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 88.129-AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 89.132-MC/RS, Rel. Min. MARCO

AURÉLIO – **HC 89.414-MC/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **HC 86.634-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) **quer** em sede colegiada (**HC 84.014-AgR/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **HC 85.185/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 86.864-MC/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO):

**“1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. ‘Habeas corpus’. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em ‘habeas corpus’, sem fundamentação. Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. Precedentes. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de ‘habeas corpus’ contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere pedido de liminar.”**

(**HC 87.468/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO)

**Cumpre registrar**, neste ponto, que a colenda Segunda Turma desta Corte **tem reafirmado** esse entendimento e, em consequência – **considerada a excepcionalidade** da questão jurídico-constitucional **suscitada** no processo de “*habeas corpus*” –, **tem afastado a incidência** da Súmula 691/STF, **sempre** que a decisão questionada **perante** o Supremo Tribunal Federal **refletir** hipótese de manifesta

contrariedade à Constituição, à lei **ou** a diretriz jurisprudencial predominante neste Tribunal (**HC 89.025-AgR/SP**, Rel. p/o acórdão Min. EROS GRAU – **HC 90.957/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Sendo assim, **considerado** o relevo jurídico dos fundamentos **em que se apóia** a presente impetração, **afasto a incidência**, no caso, **da Súmula 691/STF**.

**Há a considerar**, ainda, **um outro dado** processualmente relevante, **que resultou** de fato **superveniente** à própria impetração **do presente** “*habeas corpus*”.

**Refiro-me** à decisão, **recentemente** proferida pelo eminente Ministro FELIX FISCHER, **Relator** do **HC 100.204/SP**, **que julgou prejudicada** essa mesma ação de “*habeas corpus*”, **em virtude** da medida cautelar por mim deferida **nos presentes** autos.

**O aspecto** que venho de ressaltar **já bastaria**, por si só, **considerada** a evidente lesividade **daquela** decisão aos direitos do ora paciente, **para viabilizar** o conhecimento **da presente** ação de “*habeas corpus*”, **afastada**, em consequência, por **não** mais invocável, **a incidência – restritiva** – da Súmula 691/STF.

**Possível**, desse modo, **qualquer** que seja o ângulo sob o qual se considere essa questão, **o exame** do fundo da controvérsia **veiculada** na presente impetração.

**Cumpre reconhecer**, desde logo, por necessário, **que o fato** de o paciente **ostentar** a condição jurídica de estrangeiro **e de não possuir** domicílio no Brasil

não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra perseguição penal instaurada pelo Estado.

Isso significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RDA 55/192 – RF 192/122) e dos Tribunais em geral (RDA 59/326 – RT 312/363), que o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o “habeas corpus”:

*“– É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de ‘habeas corpus’, eis que esse remédio constitucional – por qualificar-se como verdadeira ação popular – pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional.”*

(RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe advertir, ainda, que também o estrangeiro, inclusive aquele que não possui domicílio em território brasileiro, tem direito público subjetivo, nas hipóteses de perseguição penal, à observância

e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal, pois – como reiteradamente tem proclamado esta Suprema Corte (RTJ 134/56-58 – RTJ 177/485-488 – RTJ 185/393-394, v.g.) – a condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de esse mesmo réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório.

O fato irrecusável é um só: o súdito estrangeiro, ainda que não domiciliado no Brasil, assume, sempre, como qualquer pessoa exposta a atos de perseguição penal, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e Tribunais deste país, especialmente por este Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do *devido processo legal*, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

A essencialidade dessa garantia de ordem jurídica reveste-se de tamanho significado e importância no plano das atividades de perseguição penal que ela se qualifica como requisito legitimador da própria “*persecutio criminis*”.

**Daí a necessidade** de se definir o alcance concreto **dessa cláusula de limitação** que incide sobre o poder persecutório do Estado.

O **exame** da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se**, dentre eles, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas:** (a) **direito** ao processo (**garantia** de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, **sem** dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) **direito de não ser** processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito de não ser** processado **com fundamento** em provas **revestidas** de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (**privilegio** contra a auto-incriminação); (l) **direito à prova**; e (m) **direito** de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório judicial **dos demais** litisconsortes penais passivos, **quando existentes**.

**Não constitui demasia assinalar**, neste ponto, **analisada a função defensiva** sob uma perspectiva global, **que o direito do réu** à observância, pelo Estado, **da garantia** pertinente ao “*due process of law*”, **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa, **também encontra** suporte legitimador **em**

**convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo** que se trate de réu estrangeiro, **sem** domicílio em território brasileiro, **aqui processado** por suposta prática de delitos a ele atribuídos.

**A justa preocupação** da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas **meramente acusadas** de práticas delituosas **tem representado, em tema** de proteção aos direitos humanos, **um dos tópicos mais sensíveis e delicados** da agenda dos organismos internacionais, **seja** em âmbito regional, **como** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito global, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **e que representam** instrumentos **que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras liberdades eminentes, **o direito à plenitude de defesa e às demais** prerrogativas que derivam **da cláusula** concernente à garantia do devido processo.

**Reconhecido**, desse modo, **que o súdito estrangeiro, mesmo** aquele **sem** domicílio no Brasil, **como** sucede com o ora paciente, **tem** direito **a todas** as prerrogativas básicas **que derivam** da cláusula

constitucional do “*due process of law*”, **passo a examinar** o presente pedido de “*habeas corpus*”.

**E**, ao fazê-lo, **entendo que a magnitude do tema constitucional versado** na presente impetração **impõe** algumas reflexões **em torno da nova disciplina normativa** a que se submete, **hoje**, o interrogatório, notadamente o interrogatório judicial.

**Com a superveniência** da Lei nº 10.792, de 1º/12/2003, **registraram-se**, no Código de Processo Penal, **significativas alterações** no regime **pertinente** ao interrogatório, **como resulta claro do quadro comparativo**, abaixo reproduzido, **que permite vislumbrar** diferenças substanciais introduzidas, pelo legislador, **por efeito da nova** condição jurídica que as pessoas **submetidas à persecução penal passaram a ostentar**, em nosso sistema normativo, **sob a égide** da Constituição de 1988:

<p><b><u>Antiga</u></b> disciplina do interrogatório judicial</p>
<p><b>Art. 185.</b> O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.</p>
<p><b>Art. 186.</b> Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.</p>

<p><b><u>Nova</u></b> disciplina do interrogatório judicial, <b>fixada</b> pela Lei nº 10.792/2003</p>
<p><b>Art. 185.</b> O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado</p> <p><b>§ 1º</b> O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.</p> <p><b>§ 2º</b> Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.</p>
<p><b>Art. 186.</b> Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.</p>

**Art. 187.** O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

**Art. 187.** O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

**§ 1º** Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

**§ 2º** Na segunda parte será perguntado sobre:

**I** – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

**II** – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

**III** – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

**IV** – as provas já apuradas;

**V** – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

**VI** – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

**VII** – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

**VIII** – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

**Art. 188.** O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre:

**I** – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

**II** – as provas contra ele já apuradas;

**III** – se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

**IV** – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

**V** – se verdadeira a imputação que lhe é feita;

**VI** – se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

**VII** – todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

**VIII** – sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu.

**Parágrafo único.** Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.

**Art. 188.** Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

**Art. 189.** Se houver co-réus, cada um deles será interrogado separadamente.

**Art. 190.** Se o réu confessar a autoria, será especialmente perguntado sobre os motivos e circunstâncias da ação e se outras pessoas concorreram para a infração e quais sejam.

**Art. 191.** Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.

**Art. 192.** O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

**I** – ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

**II** – ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele por escrito;

**III** – ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e por escrito dará ele as respostas.

**Parágrafo único.** Caso o interrogado não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

**Art. 193.** Quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete.

**Art. 189.** Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

**Art. 190.** Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

**Art. 191.** Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

**Art. 192.** O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

**I** – ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

**II** – ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

**III** – ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

**Parágrafo único.** Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

**Art. 193.** Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete.

<p><b>Art. 194.</b> Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador. (Revogado pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)</p>
<p><b>Art. 195.</b> As respostas do acusado serão ditadas pelo juiz e reduzidas a termo, que, depois de lido e rubricado pelo escrivão em todas as suas folhas, será assinado pelo juiz e pelo acusado.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Se o acusado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal</p>
<p><b>Art. 196.</b> A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório.</p>

<p><b>Art. 194.</b> (Revogado pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)</p>
<p><b>Art. 195.</b> Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo.</p>
<p><b>Art. 196.</b> A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.</p>

Vê-se, do confronto analítico **entre** os dois regimes jurídicos do interrogatório, **que as modificações** operadas pela Lei nº 10.792/2003 **nada mais refletiram** senão **a nova condição jurídica** que a Constituição da República **conferiu** àquele que sofre perseguição penal, **fortalecendo-lhe** as prerrogativas **inerentes** à garantia da plenitude de defesa, do contraditório **e** do tratamento paritário das partes no processo penal (**CPP**, arts. 185, 186, 188 **e** 189), **assegurando-lhe**, em consequência, **um círculo de proteção** destinado a ampará-lo **contra** eventuais excessos e abusos cometidos por representantes do Estado, **destacando-se**, aí, o reconhecimento de que o réu, qualquer que seja o delito que lhe tenha sido imputado, não pode ser constrangido a confessar a prática do delito nem a abdicar de seu direito ao silêncio nem, ainda, a auto-incriminar-se.

**O sentido real** das profundas transformações **resultantes** da Lei nº 10.792/2003 **foi bem apreendido** pelo eminente Procurador de Justiça ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ (“**A Lei nº 10.792/03, o Contraditório e o Conservadorismo**” “in” Boletim IBCCRIM, vol. 135/7-8, 2004), **que assim identificou** os elementos essenciais, que, **agora**, caracterizam, de modo **inteiramente** compatível com os direitos e garantias **constitucionalmente** assegurados ao réu, **o novo** interrogatório penal:

*“É, todavia, no terreno do processo penal e nomeadamente nos capítulos relativos ao*

*interrogatório judicial e à citação do acusado preso, onde se plantaram as normas de maior significado para a consagração das referidas garantias constitucionais.*

**No trato jurídico do interrogatório judicial**, as novas regras se concentram em dois aspectos principais: **(A) a otimização** dos instrumentos de proteção do acusado, em especial com o expresse reconhecimento de seu direito ao silêncio; **(B) o estímulo** ao contraditório das partes.

**Para tanto, a nova dicção** do Código de Processo Penal **não deixa dúvidas** – para os que preferem aguardar reformas da lei para cumprir o que a Constituição já determina – de que o acusado *deverá ser interrogado ‘na presença de seu defensor, constituído ou nomeado’* (art. 185, ‘caput’), com o qual o interrogando terá assegurado o *‘direito de entrevista reservada’* (art. 185, § 2º); por sua vez, o art. 186 expressamente reconhece – também para os renitentes em interpretar as leis à luz do texto constitucional – o direito ao silêncio do qual *‘o acusado será informado pelo juiz’, antes de iniciar o interrogatório, não podendo seu exercício ‘ser interpretado em prejuízo da defesa’* (art. 186, par. único).

**Já a redação dada ao art. 188** do Código de Processo Penal **avança, ao permitir a ativa participação da acusação e da defesa** no interrogatório judicial, **por meio de perguntas** filtradas pelo juiz, **tendo em vista** a relevância e a pertinência do fato que objetivem esclarecer.

*Essas novas regras corrigem uma das distorções de um sistema processual que, nada obstante se proclame formalmente acusatório (art. 129, inc. I, da CF), ainda possui, na sua legislação infra-constitucional, inúmeros resquícios inquisitoriais, qual o de negligenciar a participação isonômica e contraditória das partes, na procura da verdade processual.” (grifei)*

**Torna-se claro**, a partir **de todas** essas observações, **que o novo perfil** do interrogatório penal, **delineado** pela Lei nº 10.792/2003 – **que consagrou**, quase integralmente, **no tratamento normativo** dessa relevantíssima matéria, **o que proposto** por Comissão **presidida** pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (**PL nº 5.073**, de 2001) –, **resultou da necessidade** de compatibilização da disciplina legal desse instituto de direito processual penal **com** os significativos avanços introduzidos pela Constituição de 1988, **que ampliou**, mesmo no plano da persecução **pré**-processual, **os direitos e garantias** do indiciado **e** do réu.

**A questão** suscitada nesta causa **concerne** ao debate **em torno** da possibilidade jurídica **de um** dos litisconsortes penais passivos, **invocando** a garantia do “*due process of law*”, **ver assegurado** o seu direito de formular **reperguntas** aos **co-réus**, **quando** do respectivo interrogatório judicial.

**Dá as razões** que dão suporte **à presente** impetração **deduzida** em favor de um súdito estrangeiro

**que não possui** domicílio no território brasileiro **e que**, não obstante tais circunstâncias, **pretende ver respeitado**, em procedimento penal **contra** ele instaurado, **o direito à plenitude de defesa e ao tratamento paritário** com o Ministério Público, **em ordem a que se lhe garanta**, por intermédio de seus Advogados, “(...) a oportunidade de participação no interrogatório **dos demais** co-réus (...)” (fls. 04).

**Não foi por outro motivo** que os ora impetrantes, **para justificar** sua pretensão, **buscam**, por este meio processual, **que se permita**, “(...) aos defensores de co-réu, **não só a ‘presença’** nos interrogatórios **dos demais** co-réus, **mas, igualmente, sua ‘participação ativa’** - nas exatas palavras **do Plenário** dessa egrégia Corte no precedente citado (**AgRAP 470**, Min. JOAQUIM BARBOSA) -, **o exercício** do contraditório **e** da ampla defesa, **formulando** as reperguntas que entenderem necessárias, **ficando** a critério do magistrado que preside o ato fazê-las, ou não, ao interrogando, **de acordo** com a pertinência de cada esclarecimento requerido” (fls. 20 – grifei).

**Entendo assistir plena razão** aos ora impetrantes, **especialmente** quando justificam, **com fundamentação** juridicamente consistente, **o direito que assiste**, ao acusado, **de formular** reperguntas **aos demais** co-réus, **em ordem a conferir** real efetividade **e** plenitude ao direito de defesa (fls. 15/17):

*“(...) a r. decisão guerreada não só contraria o entendimento unânime do Plenário desse*

egrégio Supremo Tribunal Federal **como**, ainda, **nega vigência ao disposto no artigo 188** do Código de Processo Penal, **além de conter** contradição interna, a qual discutiremos alhures.

(...)

**Partes no processo penal** são, no pólo ativo da ação penal pública, o Ministério Público e, no pólo passivo, o acusado. Havendo mais de um acusado, à evidência, cada um deles é parte no processo penal. Assim, a dicção legal é muito clara: as partes têm o direito de manifestarem-se acerca de fatos que entendam devam ser esclarecidos, ficando sob o crivo do magistrado fazer as reperguntas que entenda pertinentes.

**Por outro lado**, quando o legislador alterou os dispositivos processuais atinentes ao interrogatório do acusado, utilizou-se de expressões diferentes quando quis referir-se restritivamente ao advogado do interrogando – ‘seu defensor’ – ou, de forma mais abrangente, ‘as partes’, referindo-se, desta forma, tanto ao Ministério Público como a todos os acusados por meio de seus advogados.

(...)

**Ora**, eminente Ministro, ‘data máxima venia’, **quando a lei utiliza expressões idênticas**, é porque lhes atribui idênticos significados, ou será que, pelo fato de uma testemunha ter sido arrolada por apenas um dos co-réus, os demais estariam proibidos de elaborar reperguntas indispensáveis à demonstração da inocência de cada um de seus

clientes? Pois é inegável que a repergunta feita pelo advogado de um co-réu pode levar a testemunha arrolada pela defesa de outro a revelar fato contra este, sem que isso seja considerado ‘constrangimento’ ou ‘embaraço’.

**Aliás**, com mais ‘venia’ ainda, **não se trata de ‘transformar’ interrogado em testemunha**.

**A uma**, porque se o advogado de algum co-réu fizer pergunta que porventura ‘constranja’ o interrogando à confissão – quer pela obviedade da mentira ou pela insofismável contradição –, este tem assegurado o mesmo direito de permanecer em silêncio.

**Não esquecendo** que ao juiz cabe fazer apenas as perguntas que entender pertinentes e relevantes ao esclarecimento dos fatos, devendo indeferir aquelas que eventualmente tiverem mero propósito emulatório, o que, de ‘per si’, deveria impedir a existência de perguntas que pudessem embaraçar o interrogando.

**A duas**, e aqui com maior ênfase, porque o próprio juiz e o próprio Ministério Público sempre fazem perguntas que ‘constragem’ os acusados, e nem por isso são impedidos de assim procederem. Na linha da decisão guerreada, haveria algo mais constrangedor ao acusado do que ser interrogado pelo próprio órgão que o acusa?

**E aqui reside** a antes mencionada ‘contradição interna’ na r. decisão guerreada, pois usa dois pesos e duas medidas para cuidar da mesma

situação, negando o texto expresso da lei e, de sobra, desestabilizando a paridade de armas, pressuposto inarredável do ‘due process of law’ (art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal). **Porque é exatamente** pela razão de se permitir ao Ministério Público **fazer perguntas** sempre ‘constrangedoras’ aos acusados, **que também se deveria permitir aos advogados dos co-réus** atuar com igualdade de armas requerendo esclarecimentos aos co-réus. Trata-se da mesma oportunidade que tem o Ministério Público de colher alguma informação para a acusação. Assim, justo oportunizar à defesa obter algum esclarecimento sobre fato equivocado ou obscuro narrado na denúncia e até de tentar demonstrar a eventual falsidade ou incongruência da delação do interrogando.” (grifei)

**As razões** ora expostas **justificam** a concessão da ordem de “*habeas corpus*”, **especialmente se se considerar** o precedente **que o Plenário** desta Suprema Corte **firmou** no exame da matéria, **e que dá amplo suporte** à pretensão jurídica **deduzida** pelos ora impetrantes:

“(…) **AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA** (…). **INTERROGATÓRIOS** (…). **PARTICIPAÇÃO DOS CO-RÉUS. CARÁTER FACULTATIVO. INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES** NO JUÍZO DEPRECADO.  
(…)

**É legítimo**, em face do que dispõe **o artigo 188** do CPP, **que as defesas dos co-réus participem** dos interrogatórios **de outros** réus.

**Deve ser franqueada** à defesa **de cada réu a oportunidade de participação** no interrogatório **dos demais** co-réus, **evitando-se** a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (…).”

(AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

**Vale transcrever**, no ponto, **trecho do voto** que o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA proferiu, **como** Relator, em referido julgamento:

“(…) Sr<sup>a</sup> Presidente, **subscrevo, integralmente, as razões elencadas pelo PGR na sua manifestação.**

**Saliento, por oportuno, que também assiste parcial razão aos agravantes, na medida em que é legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus.**

**Contudo, deve-se levar em conta o fato de que tal participação, como bem ressaltou o PGR nas suas contra-razões, constitui-se em mera faculdade, isto é, não se cuida de determinação legal cogente, obrigatória, incontornável. Noutras palavras, deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus,**

*mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...).” (grifei)*

**Impende destacar**, neste ponto, **a doura e fundamentada manifestação** do eminente Procurador-Geral da República, Dr. ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, que, **ao se pronunciar** nos autos de referida Ação Penal, **reconheceu assis-**  
**tir, a cada um** dos litisconsortes penais passivos, **o direito** de formular reperguntas **aos demais** co-réus, **quando** dos respectivos interrogatórios judiciais:

*“(…) **Entretanto, atento à realidade acima descrita** (potencial influência probatória na situação de co-réu), **facultou a participação dos defensores dos demais acusados, bem como autorizou a formulação de questionamentos. É o que emerge do art. 188 do Código de Processo Penal:***

*‘**Art. 188.** Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.’ (…)*

***A expressão partes prevista no dispositivo abarca o defensor do interrogado, os defensores dos demais réus e o membro do Ministério Público. Todos podem formular perguntas por meio***

*do juiz, que avaliará a pertinência e relevância do esclarecimento sugerido.*

***Todavia, e insisto nesse ponto, a participação do defensor do co-réu no ato é facultativa. Ele deverá avaliar a pertinência de sua presença para a estratégia de defesa do seu representado, e, em sendo positiva essa avaliação, comparecer ao ato e formular perguntas.***

*(…)*

***A interpretação sistemática*** ora apresentada tutela o exercício do direito constitucional de ampla defesa por parte dos réus que potencialmente podem ser prejudicados com o interrogatório de outro acusado.

*(…)*

***O recorrente manifestou, de modo expresso e tempestivo, seu desejo de participar*** de todos os interrogatórios dos demais integrantes do pólo passivo da ação penal.

***Nessa específica hipótese, o defensor do recorrente deve ser cientificado das audiências para que possa comparecer, exercendo a faculdade prevista no art. 188.***

*(…)*

***Tendo em vista a faculdade do defensor de participar dos interrogatórios dos outros réus e a manifestação prévia e expressa de exercê-la verificada no caso em exame, não se apresenta possível que audiências ocorram em Estados da***

*Federação distintos sem pelo menos um intervalo de um dia, sob pena de inviabilidade física do exercício da faculdade legal.*

*É preciso um intervalo mínimo entre audiências em Seções Judiciárias diferentes para viabilizar o comparecimento do defensor, que declarou seu interesse.” (grifei)*

**A relevância** de se qualificar o interrogatório judicial como um expressivo meio de defesa do acusado **conduz** ao reconhecimento de que a possibilidade de o réu **co-participar, ativamente**, do interrogatório judicial **dos demais** litisconsortes penais passivos **traduz** projeção concretizadora **da própria** garantia constitucional da plenitude de defesa, **cuja integridade** há de ser preservada por juízes e Tribunais, **sob pena de arbitrária denegação**, pelo Poder Judiciário, **dessa importantíssima** franquia constitucional.

**Permitir-se** o acesso formal do acusado **aos demais** co-réus, **mediante reperguntas** a eles dirigidas **quando** dos respectivos interrogatórios judiciais, **representa meio viabilizador** do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório.

**É por isso** que LUIGI FERRAJOLI (**“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”**, p. 486, item n. 2, **traduzido** por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), **enfatizando o alto significado jurídico** do interrogatório **como expressão instrumental** do próprio direito de defesa do acusado, **põe em destaque**

os aspectos ora mencionados, **assinalando**, com inteira procedência, **que**, “(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais”.

Com efeito, **ninguém ignora a importância** de que se reveste, **em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial**, **cuja natureza jurídica** permite qualificá-lo, **notadamente após o advento** da Lei nº 10.792/2003, **como ato de defesa** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, **“O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”**, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, **“Código de Processo Penal Comentado”**, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, **“Código de Processo Penal Anotado”**, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., **“Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”**, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA

TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.), **ainda que passível** de ser ele considerado, **mesmo** que em perspectiva secundária, **como fonte de prova**, em face **dos elementos de informação** que dele emergem.

Essa **particular** qualificação jurídica do interrogatório judicial **justifica o reconhecimento** de que se revela possível, **no plano** da “*persecutio criminis in judicio*”, “(...) **que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus** (...)” (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno – grifei).

Esse entendimento **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **firmou** no precedente referido **reflete-se**, por igual, **no magistério da doutrina** (IRAJÁ PEREIRA MESSIAS, “**Da Prova Penal**”, p. 195/196, item n. 9, 2006. Impactus; AMAURY SILVA “**Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**”, p. 185/187, 2006, Mizuno), **como resulta claro** da lição de EUGÊNIO PACELLIDE OLIVEIRA (“**Curso de Processo Penal**”, p. 32, item n. 3.1.4, 10ª ed., 2008, Lumen Juris):

“**Embora** ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.

**É que**, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da ‘garantia de participação’, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu

interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

**E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído**, no princípio da ampla defesa, **o direito à participação da defesa técnica** - do advogado - **de co-réu durante** o interrogatório **de ‘todos os acusados’**. Isso porque, em tese, é **perfeitamente possível a colisão de interesses** entre os réus, o que, por si só, **justificaria a participação do defensor** daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. **A ampla defesa e o contraditório exigem**, portanto, **a participação dos defensores** de co-réus **no interrogatório de ‘todos os acusados’**.” (grifei)

Esse **mesmo** entendimento, por sua vez, é **perfilhado** por ANTONIO SCARANCE FERNANDES (“**Prova e sucedâneos da prova no processo penal**”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 66, p. 224, item n. 12.2):

“(...) **Ressalta-se que**, em virtude de **recente** reforma do Código, **o advogado do co-réu tem direito a participar do interrogatório** e formular perguntas.” (grifei)

**Igual percepção** do tema é **revelada** por AURY LOPES JR (“**Direito Processual e sua**

**Conformidade Constitucional**”, vol. I/603-605, item n. 2.3, 2007, Lumen Juris):

**“No que tange à disciplina processual do ato, cumpre destacar que - havendo dois ou mais réus - deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP. Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento por parte de alguns juízes, até pela dificuldade de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato, por força da Lei nº 10.792/2003, que alterou os arts. 185 a 196 do CPP.**

**Até essa modificação legislativa, o interrogatório era um ato pessoal do juiz, não submetido ao contraditório, pois não havia qualquer intervenção da defesa ou acusação.**

**Agora a situação é radicalmente distinta. Tanto a defesa como a acusação podem formular perguntas ao final. Isso é manifestação do contraditório.**

**Nessa linha, discute-se a possibilidade de a defesa do co-réu fazer perguntas no interrogatório. Pensamos que, principalmente se as teses defensivas forem colidentes, deve o juiz permitir o contraditório pleno, com o defensor do outro co-réu (também) formulando perguntas ao final. Ou seja, deve o juiz admitir que o defensor do interrogando formule suas perguntas ao final, mas também deve permitir que o advogado do(s)**

**outro(s) co-réu(s) o faça. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.” (grifei)**

**Também FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, em preciosa monografia sobre tema processual penal (“Prova Penal: doutrina e jurisprudência”, p. 43, item n. 2.3, 2ª ed., 2005, RT), enfatiza o direito que assiste, aos co-réus, de participação ativa, e de formulação de reperguntas, por intermédio de seus defensores, nos interrogatórios dos demais co-réus:**

**“Existindo co-réus, estes serão interrogados separadamente (art. 191, CPP). Contudo, consagrado o pleno contraditório pelo recente diploma legal ‘suso’ citado no ato de inquirição judicial dos acusados, desponta indiscutível, como condição de validade do ato, que a ele devem estar presentes não apenas o defensor do réu que estiver sendo interrogado como também os defensores dos demais co-réus, que poderão apresentar reperguntas.” (grifei)**

**Cumpre rememorar, ainda, ante a sua inteira pertinência, o magistério de PAULO RANGEL (“Direito Processual Penal”, p. 479/480, item n. 8.4.1.2, 10ª ed., 2005, Lumen Juris):**

**“Questão que também tem trazido tormento é o caso do co-réu no interrogatório.**

(...)

**Pergunta-se:** pode o advogado de Ticio comparecer ao interrogatório e fazer perguntas aos outros co-réus (Caio e Mevio)?

**A resposta somente pode ser afirmativa.**

**Primeiro, em nome da ampla defesa e do contraditório**, pois, uma vez ausente o advogado, ou impossibilitado ‘*manu militari*’ pelo juiz de participar do ato, **haverá sérios prejuízos** ao exercício da defesa técnica **que não poderá** produzir prova em favor do acusado ausente.

**Segundo**, que a sanção própria para a contumácia do réu é a declaração de revelia, **sem** as consequências da veracidade dos fatos **como ocorre** no processo civil, **diante** de direitos disponíveis (art. 330, II, do CPC).

**Terceiro, que a impossibilidade do advogado de participar do ato** é uma exclusão do réu da relação jurídico-processual, **estando ele** no processo. **Há um vínculo jurídico-processual** ligando o réu ao processo quando da imputação recebida pelo juiz. **Logo, não pode o advogado ser impedido de participar do primeiro ato**, em regra, da instrução criminal, **sob pena** de graves prejuízos ao exercício constitucional da defesa técnica.

**Quarto, que a ampla defesa se divide em defesa técnica e auto defesa, sendo esta** disponível e aquela indisponível. **Razão pela qual, ao impedir o advogado de participar do ato** estará o magistrado **incorrendo** em grave violação ao direito

constitucional de ampla defesa; **fato que**, por si só, **permite** a propositura da ação constitucional de ‘*habeas corpus*’ **para declarar** o ato, **sem** a intervenção do advogado, nulo de pleno direito.” (grifei)

**Vale rememorar**, neste ponto, **as considerações** que o eminente magistrado federal CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD **fez**, em precioso trabalho doutrinário, **sobre a nova** disciplina jurídica **que presentemente rege** o interrogatório (“**O novo interrogatório**”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 55/231-292, 2005):

**“Ainda vigora a regra** de realização dos interrogatórios de co-réus separadamente. Entretanto, foi alterada a regulamentação acerca da intervenção do defensor do co-réu denunciado no interrogatório do denunciante (...).

(...) **Ao acusado deve-se resguardar** o direito de submeter ao contraditório as declarações do co-réu feitas em seu prejuízo, para assegurar o método de formação dialética da prova perante o juiz. Seria por demais desastroso o magistrado aceitar sempre como verdadeira a acusação feita por um réu em relação a um terceiro, imputando-lhe a qualidade de co-autor, sem permitir a este o direito de reperguntas.

**No direito alemão**, assegura-se, expressamente, às partes o direito de participar das provas (§§

355 e 397)’ e a prerrogativa se estende a qualquer meio de prova, inclusive ao testemunho do co-réu que incrimina o outro. Para o justo processo, consagrado na nova redação do art. 111 da Constituição italiana, ao acusado de um crime deve-se assegurar a faculdade, perante o juiz, de interrogar ou fazer interrogar a pessoa que produza declaração em seu prejuízo. (...).

**Para que as declarações do co-réu**, alheias a si próprio, sejam consideradas na formação do convencimento judicial, indispensável a submissão ao crivo do contraditório, com a possibilidade de intervenção da defesa do acusado denunciado. A Lei n. 10.792/2003 ocupou-se com a chamada de co-réu e com a possibilidade de reperguntas pelo defensor do acusado denunciado e não é mais necessário aplicar, por analogia, a disciplina conferida à prova testemunhal, a fim de integrar a lei processual penal e sanar a lacuna até então existente.

**Ao prescrever** que ‘após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante’, a Lei 10.792/2003 autorizou a intervenção da defesa do co-réu no ato processual. Quando se fala em ‘partes’ compreende-se acusação e defesa, inclui-se naquela o Ministério Público, o querelante e o assistente da acusação e insere-se nesta o acusado e o querelado, considerados individualmente ou em litisconsórcio.

(...)

**As declarações a respeito do co-réu** para serem validamente aceitas necessitam da submissão ao contraditório no momento de formação da prova. Não deixam, porém, de partir de pessoa interessada no processo ou na ocultação ou desvirtuamento da verdade, se a desfavorece. O co-réu denunciante teria, por conseguinte, os direitos garantidos ao acusado, sem as obrigações previstas para a testemunha. Poderia calar e mentir, desde que não incorresse em infração penal, e não teria necessidade de prestar compromisso, no típico papel de réu.” (grifei)

**Cabe também destacar texto elaborado** pelo “Grupo de Estudos do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM”, **composto** por CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI e MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (“**Publicidade, Ampla Defesa e Contraditório no Novo Interrogatório Judicial**”, “in” Boletim IBCCRIM, vol. 135/2, 2004), **no qual** esses eminentes juristas **acentuam a essencialidade** de se garantir, **aos co-réus**, o direito de formular reperguntas **aos demais** acusados:

**“Mas sem dúvida**, o maior avanço introduzido foi a possibilidade aberta às partes de formulação

de perguntas ao acusado. Com isto, o interrogatório, além de ser ato destinado ao exercício do direito de defesa, em sua vertente da autodefesa, passa a ser, também, aberto à exploração contraditória. Reforçou-se o seu caráter híbrido, mormente em virtude da perspectiva de participação dos sujeitos parciais, resguardado, obviamente, o direito ao silêncio.

**É certo que a não concessão de oportunidade de reperguntas será causa de nulidade**, justamente por integrar-se ao rol de requisitos essenciais do interrogatório. Em consequência, haverá de ser assegurada a participação da acusação e da defesa técnica, não podendo o ato realizar-se sem a presença destas. Essa exigência, compatível com os novos ditames impostos pelo legislador, seria mais facilmente atendida caso houvesse sido o interrogatório deslocado para momento procedimental posterior, mais precisamente após a inquirição de todas as testemunhas, como aliás já ocorre no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, oportunidade em que todas as questões relativas à representação processual já teriam sido superadas.

**No tocante à ordem a ser obedecida** na formulação de reperguntas, há que se afastar, desde logo, qualquer possibilidade de equiparação analógica entre o interrogatório e a inquirição das testemunhas de defesa. Afinal, o acusado é parte da relação processual, reagindo à imputação acusatória.

Não é puramente objeto de exploração probatória realizada no campo da dialética processual. Dessa forma, no equilíbrio resultante entre o exercício da ampla defesa e a exploração contraditória, parece-nos natural seja dada oportunidade, em um primeiro momento, ao órgão acusador – e eventual assistente de acusação por aplicação analógica do art. 271 do CPP –, passando-se, então, à defesa técnica.

**Mesmo na hipótese de haver co-réus com defensores diversos, deverão estes participar do ato.** Aliás, a busca pela melhor reconstrução do fato imputado poderá ser utilizada com grande valia pela defesa, como na hipótese de delação do co-réu. Aqui, na verdade, o apontamento aproxima-se de um ‘relato testemunhal’, o que reforça a necessidade de cumprimento do contraditório pleno. A delação é, sem dúvida, a hipótese mais evidente a revelar o interesse da defesa de um dos acusados em participar do interrogatório do co-réu. Mas não é só. A amplitude do direito à defesa não pode ser circunscrita, apenas e tão somente, a tal situação. Assim, havendo mais de um acusado, o ato do interrogatório deve ser realizado com a presença dos defensores dos demais acusados, que terão, igualmente, direito de reperguntar. Repita-se: a presença se impõe-se como garantia do exercício da mais ampla defesa, independentemente da versão dada por qualquer deles em juízo.” (grifei)

**Vale lembrar**, neste ponto, **não obstante** a r. decisão ora questionada, **da lavra** do eminente Ministro FELIX FISCHER, que o E. Superior Tribunal de Justiça, em **recente** decisão, **reconheceu o direito ora vindicado** pelos impetrantes **em favor** do paciente, **em julgamento** que restou consubstanciado **em acórdão** assim ementado:

**“PROCESSO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. INTERROGATÓRIO. CO-RÉU DELATOR. POSSIBILIDADE DE REPERGUNTAS PELA DEFESA DO DELATADO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.**

**1. O interrogatório é, essencialmente, meio de defesa.** No entanto, **se** do interrogatório exsurgir delação de outro acusado, **sobrevém para a defesa** deste **o direito** de apresentar reperguntas. **Tal decorre** de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irremediável.

**2. Ordem concedida, apenas em favor do paciente, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo no seu encarceramento, deferindo-lhe a liberdade provisória. (com voto vencido).”**

**(HC 83.875/GO, Rel. p/ o acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)**

**Nem se diga**, como o fez o ilustre magistrado federal processante (fls. 245/268), que a possibilidade de participação dos defensores **dos co-réus** nos interrogatórios **dos demais** litisconsortes penais passivos **causaria** constrangimento **ou** intimidação ao interrogando.

Tal **não** ocorrerá, **desde** que o magistrado processante **atue** na forma estabelecida **no art. 188** do CPP, **somente** deferindo reperguntas formuladas pelas partes (inclusive pelos co-réus), **se** as entender pertinentes **e** relevantes.

Demais disso, **se** o interrogando **sentir-se** constrangido com a repergunta a ele formulada, **avaliando que poderá**, com a resposta, **auto-incriminar-se**, assistir-lhe-á, **sempre, o direito** – juridicamente amparado pela própria Constituição – **de silenciar**.

**Ninguém ignora**, considerada a prerrogativa constitucional **contra** a auto-incriminação (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **que assiste**, a **qualquer** pessoa, **o direito** de se manter em silêncio, **sem** se expor – **em virtude** do exercício **legítimo** dessa faculdade – a **qualquer** restrição em sua esfera jurídica, **desde** que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, **possam acarretar-lhe** grave dano (“*Nemo tenetur se detegere*”).

**É que** indiciados **e** réus (e, **até mesmo**, testemunhas) **dispõem**, em nosso ordenamento jurídico, **da prerrogativa** contra a auto-incriminação, **consoante** tem proclamado a **jurisprudência constitucional**

do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 172/929-930**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **RD 196/197**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 78.814/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**Com o explícito reconhecimento** dessa prerrogativa, **constitucionalizou-se**, em nosso sistema jurídico, **uma das mais expressivas** consequências derivadas da cláusula do “*due process of law*”.

**Qualquer pessoa** que sofra **investigações penais**, policiais **ou** parlamentares, **ostentando, ou não**, a condição formal de indiciado – **ainda** que convocada como testemunha (**RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806**) –, **possui**, dentre as várias **prerrogativas** que lhe são **constitucionalmente** asseguradas, **o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas** contra si própria, **consoante reconhece a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 141/512**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Esse direito**, na realidade, **é plenamente oponível** ao Estado, **a qualquer** de seus Poderes **e** aos seus respectivos agentes **e** órgãos. **Atua**, nesse sentido, **como poderoso fator de limitação** das próprias atividades de investigação **e** de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, **Juizes**, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, **p. ex.**).

**Cabe registrar** que a cláusula legitimadora **do direito ao silêncio** (invocável **por qualquer** dos litisconsortes penais passivos do ora paciente), ao explicitar, **agora em sede constitucional**, o postulado

**segundo o qual** “*Nemo tenetur se detegere*”, **nada mais fez** senão consagrar, **desta vez** no âmbito do sistema normativo **instaurado** pela Carta da República de 1988, **diretriz fundamental** proclamada, **desde 1791**, pela **Quinta Emenda** que compõe o “*Bill of Rights*” norte-americano.

Na realidade, **ninguém pode ser tratado**, pelo Poder Público, como culpado, **sem** que exista **prévia** condenação penal **transitada** em julgado (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**), **nem constrangido** a confessar a prática de um ilícito penal (**HC 80.530-MC/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **nem**, ainda, **forçado** a produzir **quaisquer** provas **contra** si próprio (**RTJ 141/512**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 69.026/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 77.135/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **HC 83.096/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RHC 64.354/SP**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

**Trata-se de prerrogativa**, que, **no autorizado magistério** de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), “**constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...)**” (grifei).

**O direito de** o indiciado/acusado (**ou** testemunha) **permanecer em silêncio** – consoante **proclamou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América,

em Escobedo v. Illinois (1964) e, **de maneira mais incisiva**, em Miranda v. Arizona (1966) – **insere-se no alcance concreto** da cláusula constitucional **do devido processo legal**.

**A importância** de tal entendimento firmado **em Miranda v. Arizona** (1966) **assumiu** tamanha significação **na prática** das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América, **que a Suprema Corte** desse país, em julgamento **mais** recente (2000), **voltou a reafirmar** essa “*landmark decision*”, **assinalando** que as diretrizes **nela** fixadas (“*Miranda warnings*”) – **dentre as quais** se encontra a **prévia** cientificação **de que ninguém** é obrigado a confessar **ou** a responder a **qualquer** interrogatório – **exprimem** interpretação do próprio “*corpus*” constitucional, **como advertiu** o então “*Chief Justice*” William H. Rehnquist, **autor** de tal decisão, **proferida**, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso Dickerson v. United States (530 U.S. 428, 2000), **daí resultando**, como **necessária** consequência, **a intangibilidade** desse precedente, **insuscetível de ser derogado** por legislação **meramente** ordinária **emanada** do Congresso americano (“... *Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution* ...”).

**Vale registrar**, a esse respeito, **a lição** de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“**Curso de Direito Constitucional**”, p. 635/636, item n. 9.3.3.3.1, 2007, IDP/Saraiva):

**“O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não-auto-incriminação, que outorga ao preso e ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII).**

**Tal como anotado** por Pertence **em magnífico** voto proferido no HC 78.708, de que foi o relator (DJ de 16-4-1999), ‘o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional - a partir de sua mais eloqüente afirmação contemporânea em *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira - porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação – ‘*nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam*’ -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade.

**Essas regras** sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio - as chamadas ‘*Miranda rules*’ - **hão de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação**: ‘*while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way*’.

**Antes do advento** do texto constitucional de 1988, o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não-culpabilidade e do processo acusatório.

*Agora, diante da cláusula explícita acima referida, **compete** ao intérprete precisar o significado da decisão do constituinte para a ordem constitucional como um todo.*

***Titular do direito** é não só o preso, **mas também** qualquer acusado ou denunciado no processo penal.*

***A jurisprudência** avançou para reconhecer o direito ao silêncio aos investigados nas Comissões Parlamentares de Inquérito.” (grifei)*

Cumpre rememorar, ainda, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.742/DF, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO (DJU de 02/04/93), também reconheceu que o réu (como qualquer dos litisconsortes penais passivos do ora paciente) não pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a auto-incriminação, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrições que afetem o seu “*status poenalis*” ou que atinjam a sua esfera jurídica.

**Na realidade**, o Código de Processo Penal – estimulado pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte – prescreveu, em seu art. 186, parágrafo único, na redação dada pela Lei nº 10.792/2003, que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (grifei).

Com efeito, nenhuma conclusão desfavorável

à situação individual da pessoa que invoque essa cláusula de tutela poderá ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio. Daí a grave – e corretíssima – advertência de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT), para quem o direito de permanecer calado “*não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem*”.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), que repele, por incompatíveis com o novo sistema constitucional, quaisquer prescrições normativas ou práticas estatais que autorizem inferir, do exercício do direito ao silêncio, inaceitáveis consequências prejudiciais à defesa, aos direitos e aos interesses daquele que sofre persecução penal, tal como já o havia proclamado este Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da Lei nº 10.792/2003, que, dentre outras modificações, alterou o art. 186 do CPP:

*“Interrogatório - Acusado - Silêncio. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi*

*recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados (...).”*

**(RTJ 180/1125, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)**

**Impende advertir**, ainda, **no contexto** da prerrogativa constitucional **contra** a auto-incriminação, **que o Estado - que não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou** réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - **também não pode** constrangê-los a produzir provas **contra** si próprios (RTJ 141/512).

Na realidade, **aquele que sofre** perseguição penal **instaurada** pelo Estado **tem**, dentre **outras** prerrogativas básicas, **o direito (a) de permanecer** em silêncio, **(b) de não ser compelido** a produzir elementos de incriminação **contra** si próprio **nem constrangido** a apresentar provas **que lhe comprometam** a defesa **e (c) de se recusar** a participar, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso **e** o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, para efeito de perícia criminal.

**Em suma:** o direito ao silêncio – **e de não produzir** provas **contra** si próprio - **constitui** prerrogativa individual **que não pode** ser desconsiderada **por qualquer** dos Poderes da República, **inclusive** por este Supremo Tribunal Federal, **motivo pelo qual**

**não procedem** as objeções **invocadas** pelo ilustre magistrado federal processante, **eis que** os litisconsortes penais passivos do ora paciente, **quando provocados** por reperguntas por este formuladas, **sempre terão** o direito **de não responder** às indagações que lhes forem dirigidas.

**A realização** do interrogatório judicial **e a formulação** de reperguntas dirigidas, **pelos demais** co-réus, àquele que estiver sendo interrogado, **conduzidas** em ambiente **de respeito** às franquias individuais que protegem, amparam **e** garantem as prerrogativas jurídico-constitucionais **de todos** os acusados, **terão, na figura central** do magistrado processante, **o garante** da preservação da integridade dos direitos **titularizados** por aqueles que se acham **expostos** à ação persecutória do Estado.

**Todas essas considerações** que venho de fazer **permitem** afastar – **e dissipar** – os temores **revelados** pelo eminente Relator do HC 100.204/SP, no Superior Tribunal de Justiça, **e**, igualmente, pelo magistrado federal **de primeira** instância (**que prestou** as informações de fls. 245/268), **pois**, como todos sabemos, **nenhum réu** pode ser constrangido, **sob pena** de nulidade processual, **a responder** a qualquer pergunta **ou** repergunta **formulada** pelo juiz **ou** pelas partes (Ministério Público **e demais** litisconsortes penais passivos), **eis que milita**, em favor **de qualquer** pessoa **sob perseguição penal** do Estado, **a prerrogativa constitucional** contra a auto-incriminação, **que lhe garante** o direito de

permanecer em silêncio **e de não** produzir provas contra si própria.

**As razões** que venho de expor, como **precedentemente** já salientado, **convencem-me** da necessidade de concessão do presente “*habeas corpus*”, **pois reconheço**, com apoio **em valioso precedente** firmado **pelo Plenário** desta Suprema Corte, **que se impõe assegurar**, com fundamento na garantia constitucional do “*due process of law*”, **a qualquer** litisconsorte penal passivo **que assim o requeira**, **o direito de formular** reperguntas **aos co-réus**, quando do respectivo interrogatório judicial, **ainda mais** se algum dos acusados se beneficiou, **quanto** aos fatos objeto do procedimento penal, do favor legal da “*delação premiada*”.

**Sendo assim**, tendo presentes as razões expostas, **e superando** a restrição fundada na Súmula 691/STF, **concedo**, de ofício, **a ordem** de “*habeas corpus*” ao ora paciente, **para anular**, **desde** os interrogatórios judiciais **dos demais** co-réus, **inclusive**, realizados **sem** a co-participação da defesa desse **mesmo** paciente, **o Processo-crime** nº 2006.61.81.008647-8, **em curso** perante a 6ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, **determinando** a realização **de novos** interrogatórios, **assegurada**, **desde já**, ao paciente em questão, **mediante** regular **e** prévia intimação de seu Advogado, “*a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus*” (grifei).

**Concedo**, ainda, de ofício, pelas **mesmas** razões **e**

nos mesmos termos **já** expostos, **ordem** de “*habeas corpus*”, **estendendo-a aos demais** litisconsortes penais passivos **que figuram** como co-réus **no mesmo** procedimento penal **instaurado** contra o ora paciente (**Processo-crime** nº 2006.61.81.008647-8).

**É o meu voto.**



## 17 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 – DF

**Execução provisória da condenação penal – Tribunal de segunda instância – Inadmissibilidade – Presunção de inocência – Exigência de trânsito em julgado.** [ADC 43 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto-vogal do Min. Celso de Mello, acórdão pendente de publicação.]

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. “O direito do cidadão ao governo honesto”: a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa

Os elementos de informação *que vêm sendo coligidos* **ao longo** de diversos procedimentos de investigação penal **instaurados** no contexto da denominada “Operação Lava a Jato” **evidenciam que a corrupção** impregnou-se, profundamente, no tecido **e** na intimidade de algumas agremiações partidárias **e** das instituições estatais, **contaminando** o aparelho de Estado, **transformando-se** em método de ação governamental **e caracterizando-se** como conduta administrativa endêmica, **em claro** (e preocupante)  **sinal de degradação** da própria dignidade da atividade política, **reduzida** por esses agentes criminosos **ao plano subalterno da delinquência institucional**.

**O efeito imediato** que resulta desses comportamentos alegadamente delituosos **justifica** o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes **têm um só objetivo**: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, **constituída** para dominar os mecanismos de ação governamental, **em detrimento** do interesse público **e em favor** de *pretensões inconfessáveis e lesivas aos valores*

*ético-jurídicos que devem conformar, sempre, a atividade do Estado.*

**Convenço-me**, *cada vez mais*, Senhor Presidente, de que os fatos delituosos **objeto** de investigação **e** de persecução penais **no âmbito** da “Operação Lava a Jato” **nada mais constituem** *senão episódios criminosos* que, **anteriores, contemporâneos ou posteriores** aos do denominado “Mensalão”, **compõem um vasto e ousado painel revelador** do assalto **e** da tentativa de captura do Estado **e** de suas instituições *por uma organização criminosa, identificável, em ambos os contextos*, por elementos *que são comuns* **tanto** ao “Petrolão” **quanto** ao “Mensalão”.

**Daí a corretíssima advertência** do eminente Professor CELSO LAFER, **para quem nenhum cidadão** poderá viver com dignidade *numa comunidade política corrompida*:

“**Numa República**, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros.

**É por essa razão** que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade

comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. (...).

(...)

**Numa República**, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. **A ausência** de bons costumes **leva** à corrupção (...), que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. (...). **A corrupção**, num regime político (...), é um agente de decomposição da substância das instituições públicas.

**O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção.** É o que permite afastar a mentira e a simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. (...).” (grifei)

**É por isso**, Senhor Presidente, que os fatos emergentes da denominada “Operação Lava a Jato” **revelam** que ainda subsiste, **no âmago** do aparelho estatal, aquela estranha e profana aliança **entre** determinados setores do Poder Público, *de um lado*, **e** agentes empresariais, *de outro*, **reunidos** em um *imoral sodalício* **com o objetivo perverso e ilícito** de cometer uma pluralidade de delitos *gravemente vulneradores* do ordenamento jurídico **instituído** pelo Estado brasileiro.

**Tais práticas delituosas** – *que tanto afetam a estabilidade e a segurança da sociedade*, **ainda mais** quando veiculadas **por intermédio** de organização criminosa – **enfraquecem** as instituições, **corrompem** os valores da democracia, da ética **e** da justiça **e comprometem** a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, **notadamente** nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos **guardam** homogeneidade, **eis que dirigidos**, *em contexto de criminalidade organizada e de delinquência governamental*, a um fim comum, **consistente** na obtenção, *à margem das leis da República*, **de inadmissíveis** vantagens **e** de benefícios *de ordem pessoal, de caráter empresarial ou de natureza político-partidária*.

**A gravidade da corrupção governamental evidencia-se** pelas múltiplas consequências que dela decorrem, **tanto aquelas** que se projetam no plano da criminalidade oficial **quanto as que se revelam** na esfera civil (**afinal** o ato de corrupção **traduz** um gesto de improbidade administrativa) **e, também, no âmbito** político-institucional, **na medida em que** a percepção de vantagens indevidas representa um ilícito constitucional.

**A ordem jurídica**, Senhor Presidente, *não pode permanecer indiferente* a condutas de **quaisquer** autoridades da República **que hajam** incidido em *censuráveis desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas* no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

**Esse entendimento – cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, **independentemente** de ser favorável, ou não, à tese do trânsito em julgado, **discorda ou é contrário** à necessidade imperiosa de combater e de reprimir com vigor, **respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal**, **todas as modalidades** de crime **praticadas** por agentes públicos, **qualquer que seja** a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, **ou** por delinquentes empresariais **investidos** de grande poder econômico.**

**O fato inquestionável**, Senhor Presidente, **é que a corrupção deforma** o sentido republicano da prática política, **afeta** a integridade dos valores **que informam e dão significado** à própria ideia de República, **frustra** a consolidação das Instituições, **compromete** a execução de políticas públicas *em áreas sensíveis* **como** as da saúde, da educação, da segurança pública **e** do próprio desenvolvimento do País, **além de vulnerar** o princípio democrático, **como sustentam, sem exceção, todos** os Ministros desta Suprema Corte, **tanto** aqueles que entendem imprescindível o trânsito em julgado, **quanto** os que admitem a execução provisória.

O Brasil assumiu **importantes compromissos internacionais em relação ao combate à corrupção, como o evidencia a assinatura**, por nosso País, **da Convenção Interamericana** contra a Corrupção

(**celebrada** na Venezuela em 1996), **da Convenção das Nações Unidas (celebrada** em Mérida, no México, em 2003) **e da Convenção de Palermo (celebrada** sob a égide da Organização das Nações Unidas, em 2000).

**As razões determinantes** da celebração dessas convenções internacionais (**uma de caráter regional e outras duas de projeção global**) **residem, basicamente, na preocupação** da comunidade internacional *com a extrema gravidade* dos problemas **e** das consequências nocivas **decorrentes** da corrupção para a estabilidade **e** a segurança da sociedade, **considerados** os vínculos entre a corrupção **e** outras modalidades de delinquência, **com particular referência à criminalidade organizada, à delinquência governamental e à lavagem de dinheiro**.

**Torna-se importante advertir, neste ponto**, Senhor Presidente, *que*, com a instauração de procedimentos de persecução penal **destinados a reprimir** a prática da corrupção governamental **e** de outros atos criminosos **cometidos** no contexto dessa verdadeira macrodelinquência **revelada pela Operação Lava-Jato, não se está a incriminar a atividade política, mas, isso sim, a promover** a responsabilização penal daqueles **que não se mostraram** capazes de exercê-la com honestidade, integridade e elevado interesse público, **preferindo, ao contrário, longe** de atuarem com dignidade, **transgredir** as leis penais de nosso País, **com o objetivo espúrio** de conseguir vantagens indevidas **e** de controlar,

*de maneira absolutamente ilegítima e criminosa*, o próprio funcionamento do aparelho de Estado.

**Mostra-se intolerável**, desse modo, Senhor Presidente, **em face** da ação predatória *desses verdadeiros profanadores dos valores republicanos*, **transigir** em torno de princípios fundamentais **que repudiam práticas desonestas de poder**, **pois elas deformam** o sentido democrático das instituições **e conspurcam** a exigência de probidade **inerente** a um regime de governo **e** a uma sociedade **que não** admitem **nem** podem permitir a convivência, *na intimidade do poder*, **com os marginais da República**, cuja atuação criminosa **tem o efeito deletério de subverter a dignidade** da função política **e** da própria atividade governamental, **degradando-as** ao plano subalterno da delinquência institucional **e transformando-as** em um meio desprezível de enriquecimento ilícito.

**Todos esses eventos permitem lembrar a afirmação**, inquestionavelmente atual, do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, homem público que honrou tanto esta Suprema Corte quanto a Câmara dos Deputados, cujo pensamento **sempre atribuiu** à seriedade, à impessoalidade, à probidade e à honestidade – **enquanto signos luminosos** de uma constelação de valores a que os governantes **devem** permanente respeito – a condição de fatores determinantes da ação **e** do comportamento daqueles que desempenham *qualquer* função pública em nosso País, **tecendo valiosas considerações a propósito das relações entre a ética e a política**, **entre**

*o exercício do poder e o respeito à coisa pública* (“**A Política e a Mocidade**”, 2ª ed., 1957, Progresso):

“**A política** é a conquista do poder **a serviço do bem comum**. Logo, **fica excluída** a gula do poder para gozo próprio, ou de sua família ou classe.

Se ao político, no interesse comum, é defeso o emprego de meios imorais (...), **que nome terá quem, sob a capa da política, esconde apenas o apetite depravado** de usufruir as vantagens do poder, **monopolizando-o, degradando-o** a instrumento de opressão **e** abastardamento de seu país?

**Êsse é apenas o delinquente da política. Será tratado como tal se malograr-se o crime. (...).**” (grifei)

**O saudoso** Deputado ULYSSES GUIMARÃES, por sua vez, **na sessão solene** de promulgação da vigente Constituição, **ao encerrar** os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte *que tão bem soube conduzir*, **repudiou, com extremo vigor, qualquer prática comprometedora** da integridade ética dos agentes públicos **e ultrajante** da correção e lisura dos costumes políticos, administrativos **e** empresariais *que devem prevalecer* em nosso País:

“**A vida pública brasileira** será também fiscalizada pelos cidadãos. Do presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.

**A moral** é o cerne da Pátria.

***A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos***, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

***Não*** roubar, ***não*** deixar roubar, ***pôr*** na cadeia quem roube, ***eis o primeiro mandamento*** da moral pública.” (grifei)

***É por essa e por outras razões***, Senhor Presidente, ***que se impõe repudiar e reprimir – sempre, porém, sob a égide dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que consagram o regime dos direitos e garantias individuais – todo e qualquer ato de corrupção, pois não constitui demasia insistir no fato de que a corrupção traduz um gesto de perversão da ética do poder e de erosão da integridade da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade e de comportamento honesto e transparente configura obrigação cuja observância impõe-se a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.***

***Dai, Senhor Presidente, a essencialidade*** de Juízes e Tribunais que, ***conscientes*** de sua alta missão constitucional e de seu dever de fidelidade ao texto da Lei Fundamental do Estado, ***ajam, com isenção e serenidade***, como membros de um Poder ***livre de injunções marginais e imune a pressões ilegítimas, para que a magistratura possa cumprir, como já vem cumprindo, com incondicional respeito ao interesse***

público e com absoluta independência moral, os elevados objetivos inscritos na Carta Política, ***consistentes*** em servir, ***com reverência e integridade, ao que proclamam e determinam a Constituição e as leis da República.***

***Vale ressaltar, bem por isso, um aspecto que deve ser fortemente enfatizado:*** o Supremo Tribunal Federal, ***ao decidir*** os litígios penais, quaisquer que sejam, ***respeitará, sempre, como é da essência*** do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República ***assegura a qualquer acusado, observando, em todos os julgamentos, além do postulado da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação às partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais*** que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal.

***Em uma palavra, Senhor Presidente:*** o Supremo Tribunal Federal, ***como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e máximo guardião e intérprete da Constituição da República, garantirá, de modo pleno, às partes de tais processos, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária*** de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

**2. A observância da racionalidade jurídica como padrão referencial dos julgamentos, inclusive penais, pelo Poder Judiciário: a questão da opinião pública e das manifestações populares**

**A controvérsia jurídica** ora em julgamento, **resultante** dos debates **em torno** da extensão e abrangência da presunção constitucional de inocência, **tal como reconhecida** pelo direito constitucional positivo brasileiro (CF, art. 5º, inciso LVII), **consiste em definir-se o momento a partir do qual** a pessoa sob perseguição criminal **pode ser legitimamente considerada culpada**, especialmente para efeito **de sua imediata** submissão **à prisão penal** (“carcer ad poenam”).

**Ao participar**, no Plenário desta Corte, de julgamentos sobre essa questão, **expendi** algumas observações que tenho por necessárias e indissociáveis do tema em causa, **que se referem** às delicadas relações **entre** o poder persecutório e punitivo do Estado **e** o complexo de direitos e garantias de índole legal **e** constitucional **que compõem**, em nosso sistema normativo, **o estatuto das liberdades fundamentais dos cidadãos da República**.

**Tenho enfatizado**, em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal, **que os poderes do Estado**, em nosso sistema constitucional, **são essencialmente definidos e limitados pela própria Carta Política**, “**E a Constituição foi feita para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos**” (HUGO L. BLACK, “Crença na

Constituição”, p. 39, 1970, Forense – grifei).

**Uma Constituição escrita** – já o afirmei nesta Suprema Corte (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **não configura** mera peça jurídica, **nem representa** simples estrutura de normatividade, **nem pode caracterizar** um irrelevante acidente histórico **na vida** dos Povos e das Nações.

*Na realidade*, a Constituição **traduz** documento político-jurídico *da maior importância*, cuja superioridade **impõe-se** à observância de todos, **notadamente daqueles que exercem** o poder político, **destinando-se a proteger** as liberdades, **a tutelar** os direitos **e a inibir** os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam.

**Torna-se essencial proclamar**, por isso mesmo, que a Constituição **não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias**. **A supremacia** de que ela se reveste – *enquanto for respeitada* – **constituirá a garantia mais efetiva** de que os direitos e as liberdades *jamais serão ofendidos*. Ao Supremo Tribunal Federal **incumbe a tarefa, magna e eminente**, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, **pois – como ninguém o desconhece – todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se** à censura jurídica (**dos Tribunais**, especialmente) porque são írritos, nulos **e** desvestidos de qualquer validade (v., a respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional”, 1988, Gráfica Portuguesa).

**Sabemos todos**, Senhor Presidente, **que a Constituição da República** de 1988, **passados mais de 31 anos** de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento** das instituições democráticas **e na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce o espírito virtuoso** que anima e informa a ideia de República.

**Se é certo**, portanto, Senhor Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, por excelência, **um espaço** de proteção e defesa das liberdades fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** imparciais, isentos e independentes, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura **a qualquer réu** mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

**A questão da legitimidade** do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares e da opinião pública, **sustentando**, com razão, que “a legitimidade do Poder Judiciário **não repousa** na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes,

**mas na aplicação do direito sob critérios** de correção jurídica, **conforme** as regras do discurso racional” (grifei).

**Assim como a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se **como abusiva e ilegal a utilização do clamor público** como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (RTJ 112/1115 – RTJ 172/159 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 193/1050, v.g.), **torna-se importante destacar um aspecto** relevantíssimo **concernente** ao processo decisório **que deve ocorrer** em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”.

Nesse contexto, **e embora jamais deixando de reconhecer que todos** os cidadãos da República **têm direito** à livre expressão de suas ideias e pensamentos, **torna-se necessário advertir** que, **sem prejuízo** da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, **proferidos em ambiente de serenidade**, **não podem** deixar-se contaminar, **qualquer que seja o sentido pretendido**, **por juízos paralelos** resultantes de manifestações da opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar** a qualquer acusado em processos criminais **o direito fundamental a um julgamento justo, o que constituiria**

*manifesta ofensa não só* ao que proclama a própria Constituição, **mas, também, ao que garantem** os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

**É preciso** que fique claro, Senhor Presidente, que **esta** Suprema Corte **não julga** em função da qualidade das pessoas **ou** de sua condição econômica, política, social ou funcional.

Este julgamento **refere-se ao exame de um direito fundamental** – **que traduz** *relevantíssima conquista histórica da cidadania* em face do Estado – **sempre combatido** por regimes despóticos **e contestado** por mentes autoritárias, **vocacionado a amparar qualquer cidadão da República contra** práticas arbitrárias, **independentemente** da natureza do delito pelo qual esteja sendo processado **ou** pelo qual tenha sido condenado, **ainda mais se se considerar, como observa** GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 28, item n. 1.1, 1998, Celso Bastos Editor), que “A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.

**Daí a advertência** feita por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (“O Defensor e as Declarações do Arguido na Instrução Preparatória”, p. 185 e ss., nota 37, 1987), **que reconhece a essencialidade da presunção de inocência como prerrogativa básica**

*que compõe o estatuto constitucional de defesa* daqueles que sofrem perseguição estatal **e cujos direitos, impregnados de um sentido de fundamentalidade, muitas vezes veem-se expostos** a práticas estatais **ditadas por razões fundadas em visões autoritárias que exprimem a filosofia da lei e ordem ou que, muitas vezes, aproximam-se, perigosamente, das concepções próprias do direito penal do inimigo:**

“(…) **é de resto um facto amplamente comprovado** nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal (...) **que sempre que, através de campanhas de ‘luta contra o crime’ e de ‘manutenção da ordem’ ‘a todo o custo’, levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação**, o efeito necessário **é a permissão de um sistema informal de ‘justiça penal sem julgamento’ onde, é claro, sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão. Por isso não apresenta qualquer dúvida para mim que aquela ‘presunção’ pertence aos princípios fundamentais de qualquer processo penal em um Estado-de-direito** (...)” (grifei)

O Supremo Tribunal Federal **possui** a exata percepção dessa realidade **e tem, por isso mesmo, no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** na preservação da intangibilidade da Constituição

que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência** de grupos, instituições ou estamentos, **bem assim** motivações fundadas em um **irracional punitivismo**, **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

Nesse contexto, **incumbe** aos magistrados e Tribunais, **notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil**, **o desempenho** dos deveres que lhes são inerentes, **entre os quais avultam**, por seu **inquestionável** relevo, **o de velar** pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, **o de repelir** condutas governamentais abusivas, **o de conferir** prevalência à essencial dignidade da pessoa humana **e o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.

**Torna-se de vital importância reconhecer**, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – **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.

**Nenhum** dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição **a seus próprios** desígnios,

**ou** a manipulações hermenêuticas, **ou, ainda**, a avaliações discricionárias **fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo**, **eis que** a relação **de qualquer** dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, **necessariamente, uma relação de incondicional respeito**, **sob pena** de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito **em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder**.

**Nada compensa** a ruptura da ordem constitucional, **porque nada recompõe os gravíssimos efeitos** que derivam **do gesto de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte KONRAD HESSE** (“**A Força Normativa da Constituição**”, p. 22, 1991, **tradução** de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

**É que uma Constituição democrática** – muito mais do que um estatuto de organização do poder e de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática**, pois representa a expressão **mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

3. **O processo penal como instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre persecução criminal**

**Ninguém** desconhece que se instaura, no âmbito do processo penal, **situação de evidente conflituosidade** **entre** o poder acusatório do Estado, **de um lado**,

e a pretensão de liberdade do acusado, de outro.

**O dever de proteção** das liberdades fundamentais dos réus, *de qualquer réu – tal como tenho advertido* em julgamentos recentes realizados no âmbito desta Corte –, **representa** encargo constitucional de que o Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, *mesmo que o clamor popular manifeste-se contrariamente*, **sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, **após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **já jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional.**

**Na realidade**, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso – resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo – **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem a que prevaleça**, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!

**Nesse sentido**, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria Constituição da República – devem ser assegurados*

*todos os meios e recursos inerentes à defesa, sob pena* de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura**, *desse modo, como exigência constitucional* (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade do Estado, cuja atuação **sofre**, *necessariamente*, os condicionamentos que o ordenamento jurídico **estabelece** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

**Daí a observação** de LUIGI FERRAJOLI (“**Direito e Razão**”, **traduzido** por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cujá precisa lição** – ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” (grifei) – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:

– **Nulla** poena **sine** crimine

– **Nullum** crimen **sine** lege

- **Nulla** lex (poenalis) **sine** necessitate
- **Nulla** necessitas **sine** injuria
- **Nulla** injuria **sine** actione
- **Nulla** actio **sine** culpa
- **Nulla** culpa **sine** judicio
- **Nullum** judicium **sine** accusatione
- **Nulla** accusatio **sine** probatione
- **Nulla** probatio **sine** defensione.” (grifei)

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria, ao menos – é importante acentuar – enquanto este E. Supremo Tribunal Federal, sempre fiel e atento aos postulados que regem a ordem democrática, puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas, as causas submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional e nas leis da República.

Com efeito, a necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à

cláusula do “due process of law” **qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, *mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade*, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das Arcadas e **eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, *que se rege por estritos padrões normativos, traduz atividade necessariamente subordinada* a limitações de ordem jurídica, **tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem** o poder do Estado, **a significar, desse modo, tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – *como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu*.

É por essa razão que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. *Ao contrário*, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar *a decisiva importância* do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – *insista-se* – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção**

*em torno da pessoa do réu, faz do processo penal* um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

***Daí a corretíssima observação*** do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “*instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral*”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuj a lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

***“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas*** que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados ***e impedindo*** que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

***Essa mesma percepção*** a propósito da *vocação protetiva do processo penal*, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais *que vigora em nosso País, é também perfilhada por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, que salienta* a significativa importância

do processo judicial **como “*garantia dos acusados*”** (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, *v.g.*).

***Essa é a razão básica que me permite insistir*** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque – ninguém o ignora** – o processo penal **qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais** daquele **que é submetido, por**

iniciativa do Estado, a atos de persecução penal **cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições** fixadas **pela própria** Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘**jus libertatis**’ titularizado pelo réu.

**A persecução penal** rege-se, **enquanto atividade estatal juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.**

**O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção** em torno da

pessoa do réu – **que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória** –, o processo penal revela-se instrumento **que inibe** a opressão judicial e **que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral** da prova, **ao mesmo tempo em que faculta** ao acusado, **que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar**, criticamente, **sob a égide** do contraditório, **todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público.

**A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.”**

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Nesse contexto, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.**

**4. A garantia da liberdade e as prerrogativas essenciais inerentes à cláusula do “due process of law”,**

**inclusive o reconhecimento do direito fundamental à presunção de inocência**

A declaração constitucional de direitos e garantias **inscrita** em nossa Lei Fundamental **proclama**, *em defesa de qualquer pessoa*, que “**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**” (CF, art. 5º, inciso LIV – grifei), **notadamente** naqueles casos em que se estabelece uma relação de **polaridade conflitante** entre o Estado, *de um lado*, e o indivíduo, *de outro*.

Isso significa que, em tema *de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa*, o Estado **não pode** exercer a sua autoridade de maneira **abusiva ou arbitrária**, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida **imposta** pelo Poder Público de que **resultem** consequências **gravosas** no plano de direitos e garantias individuais **exige a obediência ao princípio do devido processo legal** (CF, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do

Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, *v.g.*).

A **jurisprudência** dos Tribunais, por sua vez, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo uma insuprimível garantia**, que, **instituída em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, *pelo Poder Público*, de sua atividade, *quer em sede materialmente administrativa, quer em sede processual penal*, **sob pena de nulidade da própria medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos**, especialmente quando **revestidas** de caráter punitivo (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, *v.g.*):

**“RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’**

– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou de restrição a direitos, qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a

sua autoridade **de maneira** abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em **limitação de direitos** – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), **a fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.”**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O **exame** da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar**, em seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); **(b) direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; **(c) direito** a um julgamento público e célere, sem dilações

indevidas; **(d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa** (direito à autodefesa e à defesa técnica); **(e) direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; **(f) direito** ao benefício da gratuidade; **(g) direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); **(h) direito à prova; (i) direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(j) direito** à igualdade entre as partes; **(k) direito** ao juiz natural; **(l) direito** de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; **e (m) direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado** de sentença penal condenatória.

**5. A presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído**

*Tem sido constante e inalterada a minha posição, no Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, em torno da questão referente ao alcance e ao conteúdo da presunção de inocência.*

**Para não recuar muito no tempo, localizei acórdãos meus, de que fui Relator, que datam de 1989, 1996, 2000 e 2004, entre muitos outros, proferidos em períodos nos quais – assinale-se – nem mesmo existiam** as operações **referentes** ao “Mensalão” e à “Lava-Jato”.

**Vê-se, desse modo, que há mais de 30 (trinta) anos tenho julgado** a controvérsia ora em exame **sempre no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo,**

*expressamente, com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, em razão de as penas impostas ao condenado, a qualquer condenado, dependerem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989 – HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 13/08/1996 – HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 08/11/2000 – HC 84.859/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 14/12/2004, v.g.).*

*É interessante observar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos outros julgamentos, sempre tendo em consideração a presunção de inocência, tal como formalmente positivada em nossa Lei Fundamental, reconheceu, neste E. Plenário, que a regra legal inscrita no art. 393 do CPP, hoje derogada pela Lei nº 12.403/2011, por revelar-se materialmente incompatível com a vigente Constituição Federal (art. 5º, LVII), não foi recebida pela nova ordem constitucional, como observa RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 1.092, item n. 1, 2ª ed., 2017, JusPODIVM):*

*“(…) em sua redação original, o art. 393 do CPP dispunha serem efeitos da sentença condenatória ‘recorrível’ ser o acusado preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança, além da inclusão de seu nome no rol dos culpados. Este rol dos culpados é um livro cartorário destinado à inclusão do nome de condenados, sua qualificação e referência ao processo em que foi proferida sentença condenatória. Tais dispositivos sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal, porquanto contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência. Com o advento da Lei n. 12.403/11, houve a revogação expressa do art. 393. Destarte, conclui-se que, nos mesmos moldes que o cumprimento da pena, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (grifei)*

*Observo, por relevante, que essa orientação sempre teve o beneplácito de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal (HC 80.174/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – HC 80.535/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), valendo referir, por expressivo desse entendimento, o seguinte julgado:*

**“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCES-  
SUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PENA DE  
DEMISSÃO. CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII.  
RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO:  
PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE  
O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F.,  
art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU  
NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO TRÂNSITO  
EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO  
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUL-  
PABILIDADE.**

(...)

**III. – A jurisprudência do Supremo Tribunal  
Federal é no sentido de que o princípio consti-  
tucional da não-culpabilidade impede que se  
lance o nome do réu no rol dos culpados antes  
do trânsito em julgado da decisão condenatória.  
Precedentes.**

**IV. – ‘H.C.’ conhecido, em parte, e, nessa  
parte, deferido parcialmente para que o nome  
do paciente seja retirado do rol dos culpados,  
até o trânsito em julgado da decisão condena-  
tória.”**

**(HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO –  
grifei)**

**O E. Plenário** do Supremo Tribunal Federal,  
de outro lado, **também com apoio** na presunção  
constitucional de inocência, **formulou** juízo **ne-  
gativo** de recepção **do § 1º** do art. 408 do CPP, na

redação **anterior** à Lei nº 9.033/95, **no ponto** em que  
mencionada regra legal – **hoje constante** do § 1º do  
art. 413 do CPP, **nos termos** da Lei nº 11.689/2008 –  
**determinava** que o Juiz, **ao pronunciar** o acusado  
no procedimento penal do Júri, **ordenasse** o lança-  
mento do nome do réu **no rol dos culpados**:

**– O lançamento** do nome do acusado **no rol  
dos culpados viola** o princípio constitucional  
que, **proclamado** pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta  
Política, **consagra**, em nosso sistema jurídico, **a  
presunção** ‘juris tantum’ de não-culpabilidade  
daqueles que figurem como réus nos processos  
penais condenatórios.

**A norma inscrita** no art. 408, § 1º, do CPP –  
**que autoriza o juiz**, na prolação da sentença de  
pronúncia, **a ordenar o lançamento** do nome  
do réu no rol dos culpados – **está derogada** em  
face da superveniência de preceito constitucional  
com ela materialmente incompatível (CF, art. 5º,  
LVII).

**A expressão legal** ‘rol dos culpados’ **não tem  
sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida**  
como locução designativa da relação de pessoas  
**já definitivamente** condenadas.”

**(HC 69.696/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO,  
Pleno)**

**Posta a questão nesses termos, não há como  
compreender** que esta Corte, **em nome da**

presunção de inocência, **afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado** da decisão condenatória, **mas permita**, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, **que se projeta com efeitos muito mais gravosos** sobre o “status poenalis” do condenado.

**Extremamente valioso o magistério** do eminente Advogado *Dr. Pierpaolo Cruz Bottini*, **ilustre Professor** de Direito Penal nas “Arcadas” (Faculdade de Direito da USP), **quando**, ao referir-se à controvérsia **em torno** da denominada “*execução provisória da pena*” (**Conjur**, edição de 23/02/2016), **expende** considerações **extremamente** relevantes, **especialmente** no ponto em que assim se pronuncia:

“**A Constituição Federal dita** que ‘ninguém será considerado **culpado** antes do **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória’ (CF, artigo 5º, LVII, sem grifos). Para alguns, tal dispositivo **consagra** a presunção de inocência. **Para outros**, a presunção de não culpabilidade. **Nomes à parte**, o texto constitucional **é claro** ao dispor que **sem** trânsito em julgado **não há culpa**.”

**No plano legal**, o artigo 283 do Código de Processo Penal **expressa** que ‘**ninguém poderá ser preso** senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso

da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva’.

**Não se trata de dispositivo antigo. A atual redação** do artigo 283 do CPP **foi aprovada** em 2011. **O anteprojeto que lhe deu origem foi assinado**, ainda em 2001, **por ninguém menos que** Ada Pellegrini Grinover, **Antonio** Magalhães Gomes Filho, **Scarance** Fernandes, **Petrônio** Calmon Filho, **Miguel Reale Jr.**, **Luiz Flávio** Gomes, **Nilzardo** Carneiro Leão, **René** Ariel Dotti, **Rogério** Lauria Tucci **e Sidney Beneti**. **Na Exposição de Motivos, consta o seguinte trecho:**

‘O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...) **Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são (...)** d) **impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar**’ (...).

**A justificativa do Poder Executivo à época** (2001) **para o projeto também é clara:**

‘**Finalmente é necessário acentuar** que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigo

393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, **tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.**’ (...)

Assim, ***lei e Constituição eram – e ainda são – harmônicas. Somente há culpa, e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a interpretação literal, com a interpretação histórica e com a interpretação sistemática.***

***Por isso, antes do julgamento definitivo, é possível restringir direitos do réu diante de tumulto processual (destruição de provas, aliciamento de testemunhas), da reiteração de condutas delitivas, ou de indício concreto de possibilidade de fuga. Fora disso, ele é inocente – ou não culpado – e como tal deveria ser tratado.***  
(...)

***Há quem diga — e muitos o fazem — que a decisão é importante porque os réus usam recursos demais, postergam o final do processo e, com isso, geram impunidade pela prescrição. Aqui, duas ponderações:***

***Uma:*** se os recursos **estão previstos** em lei, **devem ser usados**. Se não o forem, o advogado **infringe** seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente. ***Duas:*** a mesma legislação **prevê filtros** para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão monocrática no recurso especial quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.

***Porém, ainda que se insista que existem recursos demais, esse é um problema da lei.*** Poderia o legislador **restringir** as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, **ampliar** seus requisitos, **dificultar** sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso **em anteprojeto** de emenda constitucional. Assim, o processo terminaria mais cedo e seria possível executar a pena sobre culpados, sobre decisões **transitadas** em julgado.” (grifei)

***Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado.***

**Cumpra também esclarecer**, ainda, *por relevante*, que a presunção de inocência **não impede a imposição de prisão cautelar**, em suas **diversas** modalidades (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** resultante de decisão de pronúncia **e prisão** fundada em condenação penal recorável), **tal como tem sido reiteradamente reconhecido, desde 1989, pela jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal:

**“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL**

– **O princípio constitucional** da não-culpabilidade, **que sempre existiu**, de modo imanente, **em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam à acusação penal** consequências jurídicas **apenas compatíveis** com decretos judiciais **de condenação irrecurável**. **Trata-se de princípio tutelar** da liberdade individual, **cujó domínio mais expressivo** de incidência é o da disciplina jurídica da prova. **A presunção** de não-culpabilidade, **que decorre** da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, **é meramente relativa** (‘juris tantum’). **Esse princípio**, que repudia presunções **contrárias** ao imputado, **tornou mais intenso** para o órgão acusador **o ônus substancial** da prova. **A regra**

**da não-culpabilidade** – inobstante o seu relevo – **não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar** em nosso direito positivo. **O instituto da tutela cautelar penal**, que **não** veicula **qualquer** idéia de sanção, **revela-se compatível** com o princípio da não-culpabilidade.”

(**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989)

**“PRISÃO PROCESSUAL. NÃO A IMPEDE O ART. 5º, ITEM LVII, DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao dizer** que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, **não revogou os dispositivos** do Código de Processo Penal **que preveem a prisão processual**.”

(**HC 67.841/SC**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 05/04/1991 – grifei)

**“PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECURÁVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL.**

– **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **firmou-se no sentido de reconhecer** que

a prisão **decorrente** de sentença condenatória **meramente** recorrível **não transgride** o princípio constitucional da não-culpabilidade, **desde** que a privação da liberdade do sentenciado – **satisfeitos os requisitos de cautelaridade** que lhe são inerentes – **encontre fundamento** em situação evidenciadora **da real necessidade** de sua adoção. **Precedentes.**

– **A Convenção Americana** sobre Direitos Humanos **não assegura**, de modo irrestrito, **ao condenado** o direito de (**sempre**) recorrer em liberdade, **pois** o Pacto de São José da Costa Rica, **em tema** de proteção ao ‘status libertatis’ do réu, **estabelece**, em seu Artigo 7º, nº 2, que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, **salvo** pelas causas e nas condições **previamente** fixadas **pelas Constituições políticas** dos Estados-Partes **ou** pelas leis de acordo com elas promulgadas’, **admitindo**, desse modo, **a possibilidade** de **cada** sistema jurídico nacional **instituir** os casos em que se legitimará, ou não, **a privação cautelar** da liberdade de locomoção física do réu **ou** do condenado. **Precedentes.**

– O Supremo Tribunal Federal – **embora admitindo a convivência entre os diversos** instrumentos de tutela cautelar penal **postos à disposição** do Poder Público, de um lado, **e a presunção constitucional** de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) **e** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – **tem advertido** sobre a necessidade **de estrita observância**, pelos órgãos

judiciários competentes, **de determinadas exigências, em especial** a demonstração – **apoiada** em decisão **impregnada** de fundamentação substancial – **que evidencie a imprescindibilidade**, em cada situação ocorrente, **da adoção** da medida constritiva do ‘status libertatis’ do indiciado/réu, **sob pena de caracterização** de ilegalidade **ou** de abuso de poder **na decretação** da prisão **meramente** processual.”

(HC 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Isso significa**, portanto, **ao contrário do que se tem erroneamente divulgado, que a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão fundada em condenação meramente recorrível, pode ser imposta, sim, aos réus antes mesmo** de sua eventual condenação **ou** do trânsito em julgado de sentença condenatória, **eis que – insista-se – a prisão cautelar não tem por fundamento um juízo de culpabilidade, pois, como ninguém o ignora, a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) – que não se confunde com a prisão penal (“carcer ad poenam”) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Na realidade, a prisão cautelar constitui instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”** (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). **Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve**

**antecipação satisfativa** da pretensão executória do Estado – **revela-se compatível** com a presunção constitucional de inocência. **Tanto** que, *como já salientado*, **a própria** Constituição **possibilita** a prisão em flagrante **ou aquelas** decorrentes de ordem, *escrita e fundamentada*, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

**Não constitui demasia assinalar**, de outro lado, **que o conceito de presunção de inocência**, notadamente quando examinado **na perspectiva** do ordenamento constitucional brasileiro, **deve ser considerado nas múltiplas dimensões** em que se projeta, **valendo destacar**, por expressivas, **como registra** PAULO S. P. CALEFFI (“**Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil**”, p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017, Lumen Juris), **as seguintes abordagens** que esse postulado constitucional enseja: **(a) a presunção de inocência como norma de tratamento**, **(b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo**.

**É por essa razão**, *acentua esse eminente Advogado gaúcho* (“op. cit.”, p. 49, item n. 1.4), **que**, “(...) **desde os primeiros momentos** da investigação preliminar, **havendo um juízo de atribuição** de conduta criminosa a alguém, **o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado** com toda a amplitude exigida pela Constituição, **seja** como ‘norma de tratamento’, ‘norma probatória’ **ou** ‘norma de juízo’ (ou também como ‘regra de fechamento’), **assegurando que tão importante**

**garantia não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico” (grifei), a significar**, portanto, *que o direito fundamental de ser presumido inocente*, **nos precisamos termos** em que vem proclamado e assegurado por nossa Carta Magna, **não deve expor-se, sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República**, a quaisquer “interpretações flexibilizadoras do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos”.

**Vale enfatizar**, neste ponto, **que o magistério** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar a presunção de inocência como norma probatória**, **tem reiteradamente advertido** que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – *como tem reconhecido a jurisprudência desta Corte* – **o ônus da prova** referente aos fatos constitutivos da imputação penal **incumbe, exclusivamente, a quem acusa**.

**Isso significa que não compete ao réu demonstrar** a sua própria inocência. *Ao contrário*, **cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca**, em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade** do acusado **e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**.

**É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador**.

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** qualquer comportamento estatal **transgressor** do dogma segundo o qual *não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita* (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A **jurisprudência** desta Suprema Corte **ênfatisa**, bem por isso, *com particular veemência*, que “**Não podem repercutir** contra o réu situações jurídico-processuais **ainda não definidas** por decisão **irrecorrível** do Poder Judiciário, **especialmente** naquelas hipóteses **de inexistência** de título penal condenatório **definitivamente** constituído” (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Insista-se**, pois, **na asserção** de que o **postulado** do estado de inocência **repele** suposições **ou** juízos prematuros de culpabilidade **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em relação** à pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

**Lembro-me** de que, *no passado*, **sob a égide autoritária** do *Estado Novo*, **editou-se** o Decreto-lei nº 88/37, **que impunha** ao acusado, *nos processos por delitos contra a segurança nacional*, **o dever** de provar, em sede penal, **que não era culpado!!!**

Essa regra legal – **como salientei** no julgamento **do HC 83.947/AM**, *de que fui Relator* – **consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois**

**exonerou**, absurdamente, o Ministério Público, *nos processos por delitos contra a segurança nacional*, **de demonstrar** a culpa do réu.

O **diploma legislativo em questão**, *com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos*, **veio a consagrar**, em dado momento histórico do processo político brasileiro (*Estado Novo*), **a obrigação** de o réu provar a sua própria inocência!!!

*Com efeito*, **o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88**, de 20/12/1937, **estabeleceu**, *nos processos por delitos contra a segurança do Estado*, **uma regra absolutamente incompatível** com o modelo democrático, **como se vê** da parte inicial de seu texto: “**presume-se** provada a acusação, **cabendo** ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

**Há a considerar**, ainda, **a presunção de inocência como norma de tratamento**. **No que concerne a essa outra perspectiva**, **cumprе rememorar** o entendimento que o Supremo Tribunal Federal **tem adotado** ao longo de sua prática jurisprudencial, **sempre enfatizando** que o postulado constitucional da presunção de inocência **impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível** (HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 105.556/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“**A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações

doutrinárias ou jurisprudenciais que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.

**Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo ou juridicamente a este equiparado, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível, não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.

**Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.

**O princípio constitucional da presunção de inocência**, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**

(HC 115.613/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

São consequências que emanam **diretamente**

da presunção de inocência, **enquanto norma de tratamento**, **a proibição** de prisões cautelares compulsórias (**como já ocorreu**, em nosso sistema normativo, com a prisão preventiva obrigatória) **e a impossibilidade constitucional de execução provisória** da condenação criminal.

**Como se sabe**, o Supremo Tribunal Federal, **a partir** da decisão **proferida no HC 126.292/SP e com apoio** em sucessivos julgados **emanados** do Plenário desta Corte Suprema (ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF), **inclusive em sede de repercussão geral** (ARE 964.246-RG/SP), **veio a firmar orientação no sentido da legitimidade constitucional** da execução **provisória** da pena.

**Ao participar** dos julgamentos **que consagram** os precedentes referidos, **integrei a corrente minoritária, por entender que a tese da execução provisória** de condenações penais **ainda recorríveis transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado** da decisão condenatória (CF, art. 5º, LVII).

**Antes** desse momento, portanto – **é preciso advertir** –, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus **como se culpados fossem**. **A presunção de inocência impõe, desse modo**, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades, **como vinha advertindo, em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO**

DE MELLO – **HC 121.929/TO**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **HC 124.000/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 126.846/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASKI – **HC 130.298/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*):

**“(...) O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL**

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (**CF**, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.

**Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (**CF**, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.

**Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória

**transitada em julgado**.

**O princípio constitucional da presunção de inocência**, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes**.”

(**HC 93.883/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Penso ser importante**, pois, **dar-se consequência efetiva** ao postulado constitucional da presunção de inocência, **que representa** uma prerrogativa de caráter bifronte, **cujos** destinatários são, **de um lado**, o Poder Público, **que sofre limitações** no desempenho das suas atividades institucionais, **e, de outro**, o próprio cidadão, **que encontra**, nesse princípio, **o fundamento** de uma garantia essencial **que lhe é reconhecida** pela Constituição da República **e que se mostra** inteiramente oponível ao poder do Estado, **neutralizando-lhe**, por isso mesmo, **qualquer** iniciativa que objetive **impor** ao cidadão **restrições** à sua esfera jurídica, **sem** que exista, para tanto, **qualquer** título judicial **definitivo**.

**O fato irrecusável**, Senhor Presidente, **é que**, **em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional**, **a inocência é sempre presumida**. **Trata-se** de presunção “*juris tantum*”, de caráter relativo, **que subsiste temporariamente**,

**até que se consume o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória.

**Toda** e qualquer pessoa **deve** ser presumida inocente **até** que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade **em sede** de condenação penal **transitada** em julgado.

**São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado** de sua condenação criminal, **tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República** (CF, art. 5º, LVII).

**Tenho-me indagado**, por isso mesmo, Senhor Presidente, **quantos valores essenciais** consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege **precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal?**

**Até quando** dados meramente estatísticos **podem autorizar** essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente?

**É possível**, Senhor Presidente, a uma sociedade livre, **apoiada** em bases genuinamente democráticas, **subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados** pelos cidadãos

em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, **como aquele** que assegura a qualquer pessoa **a insuprimível** prerrogativa de sempre ser considerada inocente **até** que sobrevenha, **contra ela**, sentença penal condenatória **transitada** em julgado?

**Entendo**, presentes tais razões, **tal como já sustentei** em julgamentos anteriores neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode** pretender-se **acima e além do alcance da normatividade subordinante** dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

**Já afirmei** nesta Corte que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, **quaisquer** que sejam, **respeitará, sempre, como é da essência** do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura a qualquer acusado, notadamente o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal, observando, em todos os julgamentos, além do postulado** da impessoalidade e do distanciamento crítico **em relação a todas as partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais** que regem, **em nosso sistema jurídico**, os procedimentos de índole penal.

**É preciso repelir**, desse modo, como

anteriormente **já** assinalado, **a tentação autoritária** de presumir-se provada *qualquer* acusação criminal **e** de tratar *como se culpado fosse* aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

**Este julgamento**, por isso mesmo, Senhor Presidente, **impõe**, uma vez mais, **consoante enfatizei** no início deste voto, que se proceda a **reflexões sobre o papel** institucional, **sobre as funções** constitucionais **e sobre a responsabilidade** política e social do Supremo Tribunal Federal **no contexto** do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País **e, mais diretamente, no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concebida e formulada** em favor dos direitos e garantias da pessoa humana.

**Não se pode desconhecer** que o Poder Judiciário **assume**, na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, **significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há**, na história das sociedades políticas, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado de juízes e Tribunais independentes**, **tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

**Eventual inefetividade** da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada pela prodigalização** de meios recursais, **culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é**

**essa** prerrogativa básica **que frustra o sentimento de justiça** dos cidadãos **ou que provoca qualquer crise de funcionalidade** do aparelho judiciário.

**A solução dessa questão**, que não guarda pertinência – *insista-se* – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios** que, **adotados** pelo Poder Legislativo, **confirmam maior coeficiente de racionalidade** ao modelo recursal, **mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República **fundada** no conceito de liberdade **e legitimada** pelo princípio democrático.

**A posição que vem prevalecendo** nesta Corte **reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica**, de índole regressista, **em torno** do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando**, em minha percepção, **o avanço** de uma significativa agenda judiciária **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

**Ninguém desconhece**, Senhores Ministros, **que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica** dos cidadãos em sua **permanente** luta **contra** a opressão do Estado **e o abuso de poder**.

**Já se escreveu**, Senhor Presidente – **e aqui me refiro** a um texto de Sérgio Azevedo **publicado** em 02/04/2018 (<https://ionline.sapo.pt>) –, **que a questão**

da **presunção de inocência**, “com origem remota no **direito romano**, com as regras probatórias que constam do *Digesto*, **na Bíblia** – Livro de Deuteronômio – e no **direito comum medieval**, continua ainda hoje a ser um tema tanto fulcral como controverso no seu conteúdo e contornos. **A sua consagração explícita** num texto legal **apenas foi conseguida** com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, **profundamente influenciada pela obra de Beccaria** (*‘Dos Delitos e das Penas’*, **que Voltaire apelidou** de *‘Código da Humanidade’*), **não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico norte-americano**, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais **como** a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11 n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)” (grifei).

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “*Suma Teológica*”, **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, **na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia** (1776).

**A consciência** do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas **do Antigo Regime**.

**Mostra-se importante assinalar**, neste ponto, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência**, **legitimada pela ideia democrática** – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos **que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

**Não foi por outra razão** que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis **cometidos** pelos regimes totalitários nazi-fascistas, **proclamou**, em seu art. 11, **que todos**, sem exceção, **presumem-se inocentes**.

**Essa mesma reação** do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada a toda e qualquer pessoa**, **mostrou-se**

presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional, como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) **e a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), **e outros de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

**É certo que esses importantes documentos internacionais, como aqui já foi assinalado, embora proclamem** a presunção de inocência, **não estabelecem**, contudo, quanto a ela, **a exigência do trânsito em julgado.**

**Em nada altera** o exame da questão, *no entanto, se se atribuir* aos tratados **ou** convenções internacionais de direitos humanos *qualificação constitucional, conferindo-lhes*, em consequência, *no plano hierárquico- -normativo, posição idêntica à das normas internas de direito constitucional.*

**Não questiono essa posição, que expressamente acolho, por também reconhecer, com fundamento**

*em expressivas lições doutrinárias* (ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris; FLÁVIA PIOVESAN, “**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva; CELSO LAFER, “**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, p. 16/18, 2005, Manole; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES, “**Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**”, p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima, v.g.), *que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, hierarquia constitucional, muito embora seja diversa a orientação firmada pela jurisprudência desta Corte Suprema, que adotou, quanto a tais convenções internacionais, o critério da suprallegalidade (RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.).*

**Não se pode desconhecer**, *no entanto, que, em ocorrendo eventual situação de antinomia, em tema de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável, tal como ressalta o magistério doutrinário* (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 302/303, item n. 15, 4, e, 9ª ed., 2015, RT; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, “**Responsabilidade**

**Internacional por Violação de Direitos Humanos**”, p. 146/149, item n. 3, **e**, 2004, Renovar; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, vol. I/434-436, itens ns. 55/59, 1997, Fabris) **e** acentua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 90.983/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.361/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 32.752- -AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

**“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

– Os magistrados **e** Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

– **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia**

das declarações internacionais **e** das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos **e** dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

– **Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos** da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico** de primazia da regra **mais** favorável **à proteção efetiva** do ser humano.”

(**HC 90.450/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Não constitui demasia lembrar, de outro lado, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, nestas ações de controle abstrato, está a analisar e a interpretar** uma cláusula fundamental **da Constituição do Brasil**, cujo texto, **ao referir-se ao postulado do estado de inocência, exige e impõe o requisito adicional do trânsito em julgado, cuja previsão – ausente nas convenções internacionais de direitos humanos acima referidas – confere, na perspectiva do direito interno brasileiro, maior intensidade** à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, **o que torna plenamente invocável, na espécie, o critério da norma mais favorável, que é aquela inscrita no inciso LVII do art. 5º de nossa Carta Política, que faz**

cessar a presunção de não culpabilidade – insista-se – somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se justifica a asserção, Senhor Presidente, **de que a repulsa** à presunção de inocência, **por mergulhar suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada** pela Constituição da República **e que se mostra**, por isso mesmo, *absolutamente indevida e arbitrária!*

Vale rememorar, neste ponto, importante decisão do E. Tribunal Superior Eleitoral, **do início** da década de 1970, **a propósito** da preponderância da presunção de inocência, *mesmo em sede extrapenal, como no campo das inelegibilidades eleitorais.*

Refiro-me a **juízo** daquela Alta Corte eleitoral que, **proferido** sob a égide *do anterior* ordenamento constitucional, **reconheceu a inconstitucionalidade** do art. 1º, I, “**n**”, da Lei Complementar nº 05/70, que, **dentre** as várias hipóteses de inelegibilidade, **previu a perda** da capacidade eleitoral passiva **em decorrência da mera instauração** de processo judicial **contra** qualquer potencial candidato **que houvesse** incidido **em suposta prática de determinadas** infrações penais.

**Eis o teor** dessa norma legal, **inscrita** em referido diploma legislativo:

**“Art. 1º – São inelegíveis:**

**I** – para **qualquer** cargo eletivo:  
(...)

**n**) os que tenham sido condenados **ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime** contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto não absolvidos** ou penalmente reabilitados;” (grifei)

**Bastava**, portanto, **para gerar** situação de inelegibilidade, **o simples recebimento** de uma denúncia, **por alegado** cometimento **de certos** ilícitos penais.

Essa cláusula legal provocou, **mesmo** sob a égide de um regime autoritário, **amplo debate** em torno de sua constitucionalidade, **valendo lembrar** que o E. Tribunal Superior Eleitoral **pronunciou-se**, diversas vezes, sobre a matéria, **reconhecendo**, num momento inicial, a validade constitucional da regra legal em questão, **até que** o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **em voto que prevaleceu** no julgamento do REspe 4.221/RS, **dissentiu** dessa orientação jurisprudencial, “(...) *pela razão de considerar inconstitucional o art. 1º, inciso I, letra ‘n’, da Lei Complementar nº 5, de acordo com o voto que ontem proferi neste Tribunal*” (grifei).

**Cabe reproduzir**, neste ponto, por relevante, **os fundamentos** pelos quais o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **mesmo** em votos vencidos, **como aquele** proferido no julgamento, pelo TSE, do Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, **entendia**, com absoluta razão, **ser inconstitucional** a norma **inscrita** no art. 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 05/70:

“(…) **Por que admitir que o simples fato de pendência** de um processo, **com denúncia oferecida e recebida, pese** indelevelmente sobre a moralidade de alguém, **a ponto de lhe acarretar** o ônus brutal da inelegibilidade? **Não posso admitir**. – **E não posso admitir, porque estou lidando** com princípios eternos, universais, imanes, **que não precisam** estar inscritos em Constituição nenhuma.

**Mas**, por acaso, **esse princípio**, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, **está inscrito**, de modo o mais veemente e peremptório, **na famosa** ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, **que é capítulo** de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. **O Brasil contribuiu**, com sua participação e voto, **para que a Terceira Assembleia Geral** das Nações Unidas, há mais de 25 anos, **aprovasse** uma ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, **e essa declaração insculpiu**, no primeiro inciso do seu art. 11, **esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito**:

‘Todo homem acusado de um ato delituoso **tem o direito** de ser presumido inocente **até** que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa’.

**Este princípio é inerente** ao nosso regime, **pois está compreendido** entre aqueles que a Constituição adota. **Não precisa ele estar nela explicitado**, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira (...), **tanto que ela o inscreve** como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades. **Basta que comparemos** o princípio com o regime, **a vermos se há** entre eles coincidência ou repulsa. **É evidente que a coincidência** é a única alternativa. **O Brasil proclamou**, num documento internacional **e no** regime que adotou, **essa verdade universal**, que, insisto, **não precisa estar inscrita** em lei nenhuma, **porque é princípio ético e jurídico**, imanente.

**O fato de alguém responder** a processo criminal **adere**, objetivamente, **à sua vida**. **Ninguém**, que respondeu a um processo criminal, **retira** jamais esse episódio da sua história pessoal. **Mas não pode ele**, por si só, **comprometer a moralidade** do cidadão, **que deve ser presumido inocente** enquanto não for julgado culpado.” (grifei)

**É certo**, no entanto, **que esta** Suprema Corte, **ao julgar o RE 86.297/SP**, Rel. Min. THOMPSON FLORES, **após reformar** aquele julgado do E. Tribunal Superior Eleitoral, **proclamou** a validade constitucional da norma legal em questão.

**Torna-se importante registrar**, a esse respeito, **que se revelava** tão evidente o conteúdo autoritário do preceito legal em causa, **porque transgressor** do princípio **que consagra**, nas sociedades democráticas, **a presunção de inocência**, **que os próprios curadores do regime militar, já no Governo do Presidente Figueiredo, decidiram banir** semelhante regra jurídica do sistema de direito positivo nacional, **fazendo-o** mediante a edição da **Lei Complementar nº 42/82, cujo art. 1º assim dispunha:**

**“Art. 1º - As alíneas b e n do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, passam a vigorar com a seguinte redação:**

**‘Art. 1º - (...)**

**I - (...)**

**n) os que tenham sido condenados** (Vetado) **por crime** contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto** não penalmente reabilitados; (...).” (grifei)

**Devo observar**, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir o RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, **e tendo presente** a alteração **introduzida** pela Lei Complementar nº 42/82, **que condicionava o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência** de sentença condenatória, **expressamente proclamou** que a perda da capacidade eleitoral passiva **dependeria do trânsito em julgado da condenação, não bastando**, para tanto, **a mera prolação** de uma sentença condenatória ainda recorrível.

**Extremamente esclarecedoras**, e muito atuais, **as razões** com que o eminente e saudoso Ministro OSCAR CORRÊA, **na condição** de Relator, **fundamentou**, em referido julgamento, **o seu douto voto:**

**“(...) Não há como querer distinguir** entre efeitos da sentença condenatória **para fins comuns e para fins especiais, como seriam** os da lei de inelegibilidade. **Tal distinção** – que não se encontra em nenhum texto e não nos cabe criar – **não tem razão de ser**, tanto mais excepcionada contra o réu, para agravar-lhe a situação.

**Na verdade, quando a lei – qualquer** que seja – **se refere a condenação, há que se entender condenação definitiva, transitada em julgado, insuscetível** de recurso que a possa desfazer.

**Nem se alegue** (...) que ‘essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV da Constituição visa a preservar’:

*há que preservar a moralidade, sem que, sob pretexto de defendê-la e resguardá-la, se firam os direitos do cidadão à ampla defesa, à prestação jurisdicional, até a decisão definitiva, que o julgue, e condene, ou absolva.*

*Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecurível. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.*

(...)

*A verdade é que a decisão singular desta Egrégia Corte, que acolheu a constitucionalidade daquele preceito – com os memoráveis debates que provocou – não chegou a ser provada em outros casos. E tanto não era esta a melhor solução que a L.C. nº 42/82 a excluiu, com o que, em verdade, valorizou a posição assumida pelos que a combateram.*

14. *Não há de se exigir* que a lei se refira a condenação transitada em julgado, *o que seria levar adiante* demais as exigências de explicitação.

*Na verdade*, quando o art. 151 *delegou* à legislação complementar *estabelecer* os casos de inelegibilidades e os prazos nos quais cessará esta, *não lhe autorizou alterar* o sistema legal brasileiro (e, pode dizer-se, universal) *para*

*considerar condenação* a que, desde logo, em *primeiro* grau, se imponha, *sem* que transite em julgado. *Assinalou* bem o recorrente que esse entendimento ‘implica, nada mais, nada menos, do que atribuir, ao Juiz criminal de 1º grau, que nem eleitoral é, o poder de decretar inelegibilidades.

*Pior: de fazê-lo em caráter irrevogável*, quando se sabe que a sentença de que se recorre em tempo hábil é apenas um projeto de decisão judicial a que a lei, por forma expressa, ao atribuir efeito suspensivo ao recurso, negou executoriedade’ (fs. 5/6 do agravo).

*Considero que*, com isso, em realidade, se vulnerou o § 15 do artigo 153 da C.F., *recusando a ampla defesa a que têm direito os acusados*, e, mais, *desconsiderando* recurso que lhe é inerente, *e conferindo efeitos agravadores* que não tem, *tomando*, como definitiva, sentença *reformável*, e tanto, que o foi. (...).”

(**RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA – grifei)

*Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir* da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**”, p. 12/17, 1991, Saraiva), *que esse conflito ideológico* entre *o valor* do princípio democrático, *que consagra o primado da liberdade, e o desvalor* do postulado autocrático, *que privilegia a onipotência*

do Estado, **revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!**

**O exame** da obra de VINCENZO MANZINI (“**Tra- tado de Derecho Procesal Penal**”, tomo I/253-257, item n. 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “A chamada tutela da inocência” e que vê na “pretendida presunção de inocência” algo “absurdamente paradoxal e irracional”** (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

**Mostra-se evidente**, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases *genuinamente democráticas* **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo *de jamais ser tratado*, pelo Poder Público, *como se culpado fosse*, **enquanto não transitada em julgado** sentença penal condenatória contra ele proferida.

**Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade, natureza ou hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em**

julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral.

**É por isso**, Senhor Presidente, **que ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser tratado **como se** culpado fosse **antes** que sobrevenha *contra ele* condenação penal **transitada** em julgado, *tal como tem advertido* o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte:

**“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL**

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que **culminem por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos **e** garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.

**Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível, não se revela possível** – por efeito de **insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.

**Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.

**O princípio constitucional da presunção de inocência**, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.”**

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal)** **representa**, de um lado, como já assinalado, **fator de proteção** aos direitos **de quem sofre** a persecução penal **e traduz**, de outro, **requisito de legitimação** da própria execução de sanções **privativas** de liberdade, de penas **restritivas** de direitos **ou**, **até mesmo, de simples pena de multa**.

**Coerentemente** com esse entendimento, **tenho proferido decisões**, no Supremo Tribunal Federal, **que bem refletem** a posição por mim ora exposta, **como se vê**, p. ex., de decisão cuja ementa **a seguir** reproduzo:

“– **A privação cautelar da liberdade individual** – **qualquer** que seja a **modalidade** autorizada pelo ordenamento positivo (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** decorrente de decisão de pronúncia e **prisão** resultante de condenação penal recorível) – **não se destina** a infligir punição antecipada à pessoa **contra quem** essa medida excepcional é decretada **ou** efetivada. **É que** a idéia de sanção **é absolutamente estranha** à prisão cautelar (‘carcer ad custodiam’), **que não se confunde** com a prisão penal (‘carcer ad poenam’). **Doutrina. Precedentes.**

– **A utilização** da prisão cautelar **com** fins punitivos **traduz** deformação desse instituto de direito processual, **eis que o desvio arbitrário** de sua finalidade **importa** em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. **Precedentes.**  
(...)

– **A recusa** em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial **e a falta de cooperação** do indiciado **ou** do réu **com** as autoridades que o investigam **ou** que o processam **traduzem** comportamentos **que são inteiramente legitimados** pelo princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a auto-incriminação, **especialmente** aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – **que não tem o direito** de tratar

suspeitos, indiciados **ou** réus **como se** culpados fossem (RTJ 176/805-806) – **também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios** (RTJ 141/512).

**Aquele que sofre** persecução penal **instaurada** pelo Estado **tem**, entre **outras** prerrogativas básicas, **o direito (a) de permanecer** em silêncio, **(b) de não ser compelido** a produzir elementos de incriminação **contra si próprio nem constrangido** a apresentar provas **que lhe comprometam** a defesa e **(c) de se recusar** a participar, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. **Precedentes.**

– **O exercício** do direito **contra** a auto-incriminação, **além** de inteiramente oponível **a qualquer** autoridade **ou** agente do Estado, **não legitima**, por efeito de sua natureza constitucional, **a adoção** de medidas **que afetem ou restrinjam** a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. **Medida cautelar deferida.**

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE de 15/10/2008)

**6. A presunção “juris tantum” de inocência, por ostentar caráter meramente relativo, deixa de subsistir com o trânsito em julgado da condenação penal**  
**A nossa Constituição** estabelece, **de maneira**

muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental **que impõe**, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, **o trânsito** em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, **tal como vem ela definida em nossa Constituição**, cujo art. 5º, inciso LVII (“*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”), **estabelece**, de modo inequívoco, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

**É por isso que se mostra inadequado** invocar-se a prática **e** a experiência **registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha**, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contém** cláusula como aquela inscrita **em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente** em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), **o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.**

**Assinalo, para efeito de mero registro, que a exigência de trânsito em julgado** da condenação penal não representa singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois também encontra correspondência, no plano do direito comparado, na Constituição da República Italiana (art. 27) **e na Constituição da República Portuguesa** (art. 32, n. 2), como se pode ver do conteúdo normativo dos preceitos **inscritos** nos textos **de referidas** Constituições:

#### **Constituição Italiana (1947)**

“**Art. 27** – A responsabilidade penal é pessoal.

**O imputado não é considerado réu até condenação definitiva.**

As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.

Não é admitida a pena de morte.” (grifei)

#### **Constituição Portuguesa (1976)**

“**Artigo 32º – Garantias de processo criminal** (...)

**2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação,** devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” (grifei)

**É importante ter presente a lição magistral** de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, **Professor** de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, **ao tratar da proteção** dos

direitos da pessoa humana no processo penal português, **consideradas** as grandes e transformadoras inovações **introduzidas** pela Constituição daquele País, **promulgada**, *democraticamente*, em 1976, **após a queda da ditadura salazarista** (“**Revista Brasileira de Direito Processual**”, vol. 26/51-72, p. 57, 1981):

**“As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio são** o art. 32, 1, proclamando que ‘o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa’, **e o art. 32, 2, segundo o qual ‘todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação’.** **Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete** o ‘conteúdo essencial’ (art. 18, 2) destas garantias **padeça** de inconstitucionalidade material.

1. **O conteúdo essencial do ‘princípio da presunção de inocência do arguido’ é praticamente incontestado** na jurisprudência e na doutrina portuguesas. **Reconhecem elas que**, segundo este princípio, **‘ninguém pode ser processado** a não ser nos casos previstos pela lei **e de acordo com as formas** que ela prescreve; **ninguém pode ser julgado** sem ter sido regularmente citado e chamado ao processo; **e que, enquanto o arguido não for declarado culpado por decisão com força de coisa julgada, é reputado inocente** – ainda que daqui se não possa concluir pela ilegitimidade da utilização de meios coativos sobre ele, **a exemplo** da prisão preventiva.” (grifei)

Essa **mesma** visão doutrinária **a respeito da presunção constitucional de inocência** no Direito português – **cuja Lei Fundamental**, nesse específico ponto, **veio a ser virtualmente reproduzida** pelo constituinte brasileiro **no inciso LVII** do art. 5º de nossa Constituição – **reflete-se** em julgamentos **proferidos não pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, mas, sim, pelo Tribunal Constitucional daquele país**, órgão incumbido da guarda, defesa e interpretação da Carta Política da República Portuguesa (**Acórdão nº 273/2016**, Rel. Conselheiro FERNANDO VENTURA, *v.g.*):

“2 – O artigo 32º da Constituição, **que define os mais importantes princípios materiais** do processo criminal **e consagra as garantias** que lhe são próprias, **dispõe assim no nº 2:**

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

**Hoje em dia, deve ter-se por restritivo o entendimento tradicional** do princípio da presunção de inocência do arguido **em termos** de o equiparar ao princípio ‘in dubio pro reo’. **Com efeito, para além de uma regra válida** em matéria de prova, **é irrecusável que o princípio consagrado** naquela norma constitucional **contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido em termos de,**

seguramente, **tornar ilegítima a imposição** de qualquer ônus **ou** a restrição de direitos que, **de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação.**”

(**Acórdão nº 123/92**, Rel. Conselheiro MONTEIRO DINIZ – grifei)

**Quando** esta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência **e adstringindo-se** à estrita textualidade da cláusula constitucional que a contempla, **afastou, em 2009, a possibilidade de execução antecipada** da condenação criminal (**HC 84.078/MG**, Rel. Min. EROS GRAU, **Pleno**), **nada** mais fez, *em tal julgamento*, **senão** dar ênfase **e** conferir amparo a um direito fundamental **que assiste** a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.

**Por isso mesmo**, impõe-se repelir, *vigorosamente*, **os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores **como** Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale **e** Vincenzo Manzini, **vislumbra** algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (**a frase** é de Manzini).

**O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva)**

de indiciados **ou** réus, **pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade** de utilização, *por magistrados e Tribunais*, **das diversas** modalidades de tutela cautelar penal, **em ordem a preservar e proteger** os interesses da investigação criminal e do processo penal.

**É inquestionável, portanto, que a antecipação meramente cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade** autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente da decisão de pronúncia **e** prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – *não se revela incompatível* com a presunção constitucional de inocência (**RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, *v.g.*), *mesmo porque* o instituto da prisão cautelar **encontra fundamento** em texto **da própria** Constituição da República (art. 5º, LXI) **e destina-se, em face de seu caráter de ordem instrumental, a atuar em benefício** da atividade desenvolvida pelo Estado **no processo penal, como já tive o ensejo de acentuar** em julgamentos **nesta** Suprema Corte (**RHC 146.526/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

**“A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reiteradamente proclamado** que o instituto da prisão preventiva, **que desempenha**

nítida função de natureza cautelar em nosso sistema jurídico, **não se revela incompatível** com a presunção constitucional de não-culpabilidade das pessoas.”

(HC 71.402/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**“PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL.**

– **A privação cautelar** da liberdade individual – cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula **inscrita no próprio texto** da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), **não conflitando**, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) – **reveste-se** de caráter excepcional, **somente devendo ser ordenada**, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.

A prisão processual, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe** – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (**prova** da existência material do crime **e indício** suficiente de autoria) – **que se evidenciem**, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras **da imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do indiciado **ou** do réu. **Doutrina. Precedentes.**

**APRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO**

**ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.**

– **A prisão cautelar não pode** – **nem deve** – **ser utilizada**, pelo Poder Público, como instrumento **de punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.**

**A prisão cautelar** – que **não deve** ser confundida com a prisão penal – **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se**, considerada a função cautelar que lhe é inerente, **a atuar em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal. Precedentes (...).**

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**A jurisprudência** que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta**, em sua formulação, **a uma verdadeira agenda das liberdades**, **cujas implementações** é legitimada pelo dever institucional, **que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.**

**O que se mostra relevante**, bem por isso, Senhor Presidente, **tal como já decidiu** esta Suprema Corte **a propósito do efeito irradiante** da presunção de inocência, **que se projeta, até mesmo, em domínio extrapenal** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO

DE MELLO – **AI 741.101- -AgR/DF**, Rel. Min. EROS GRAU – **ARE 915.004-AgR/RJ**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **ARE 847.535-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 450.971-AgR/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 482.006/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 1.066.072- -AgR/AC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **é a preocupação com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, *prematuramente*, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, *desde logo*, **indevidamente** tratadas, pelo Poder Público, *como se culpadas fossem*, **porque presumida**, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a **culpabilidade** de quem figura, *em processo penal*, **como simples réu!**

**Daí a advertência** de MÁRIO TORRES, autor português de trabalho **sobre o aspecto** ora ressaltado (“**Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais**”, “in” “Revista do Ministério Público”, vols. 25/119 e 26/161):

**“A sujeição** do argüido **a uma medida** que tenha **a mesma natureza** de uma pena **e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola**, intoleravelmente, a ‘**presunção de inocência**’ que lhe é constitucionalmente garantida **até** a sentença definitiva, **pois tal antecipação de pena basear-se-á**, justamente,

**numa ‘presunção de culpabilidade’**. **É porque se julga** o argüido culpado – **antes** de a sua culpa ser firmada em sentença **transitada** – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (**eventualmente** a descontar na pena definitiva).” (grifei)

**Vale rememorar**, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido **sob a égide da Carta Política de 1967** – que **não** previa, *de modo explícito*, o **direito fundamental** à presunção de inocência, **reconhecido**, *no entanto*, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (a antiga *Lei de Segurança Nacional*), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático** da prisão em flagrante delito **ou** do mero recebimento da denúncia, a “**suspensão** do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...), **até** a sentença absolutória” (**HC 45.232/GB**, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **RTJ 44/322** – grifei).

**Há**, portanto, *segundo penso*, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento**, *claramente definido no texto constitucional*, **a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência**, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal**. **Antes** desse momento, **cabe advertir**, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados já*

*fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.*

***Acho importante referir**, de outro lado, **por necessário**, que a presunção de inocência **não se esvazia progressivamente, à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa, portanto**, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.*

***Enfatizo**, ainda, que o “status poenalis” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte** (pelo reconhecimento do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença penal condenatória transitada em julgado**.*

***Não é por outro motivo** que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face **da irrecorribilidade** de decisões judiciais.*

***Indiscutível**, desse modo, **segundo penso, que o pressuposto legitimador** das sanções de direito penal, **notadamente a efetivação executória** da pena privativa de liberdade, **é a existência da coisa julgada penal**, **a significar** que o ordenamento constitucional brasileiro (no ponto complementado pela legislação ordinária) – **embora admitindo a utilização, pelo Estado, dos instrumentos de tutela cautelar penal** (como, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão resultante de condenação criminal meramente recorrível), **independentemente** de decisão condenatória **ou, até mesmo**, do respectivo trânsito em julgado – **não permite a antecipação executória** da sanção penal, **valendo lembrar, por oportuno, o magistério** de CLAUS ROXIN a propósito da legislação alemã (“**Derecho Procesal Penal**”, p. 435, 2000, Buenos Aires, Editores del Puerto), **em lição segundo a qual**, “*en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada*” (grifei).*

***Incensurável**, a esse respeito, **o preciso e autorizado magistério** de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“**Comentário Contextual à Constituição**”, p. 158, item n. 9, 9ª ed., 2014, Malheiros), **ao discorrer**, com absoluta clareza, **sobre o direito fundamental de qualquer pessoa à presunção de inocência, considerado** o que estritamente prescreve o texto da Lei Fundamental da República:*

“Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário. Essa garantia de inocência é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo a qual ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.’” (grifei)

7. A importância político-constitucional da coisa julgada em sentido material, notadamente em sede processual penal: “*res judicata pro veritate habetur*”

Mostra-se relevante destacar, neste ponto, o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 e 29, 10ª ed., 2007, RT):

“A segurança jurídica, trazida pela coisa

julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (‘justo possível’), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

(...)

A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’ do Estado Democrático de Direito (...). A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).

(...)

**‘Desconsiderar’ a coisa julgada é ofender a Carta Magna**, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’).

(...)

***Consoante o direito constitucional de ação*** (CF 5º XXXV), ***busca-se*** pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. ***A sentença ‘justa’*** é o ideal – ‘utópico’ – maior do processo. ***Outro valor não menos importante para essa busca é a ‘segurança’ das relações sociais e jurídicas.*** Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), ***o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada).***” (grifei)

***Não se ignora*** que a sentença, ***enquanto*** sujeita a recurso, ***de natureza ordinária ou de caráter extraordinário, qualifica-se*** como um ato estatal ***essencialmente instável e provisório, caracteristicamente*** reformável e ***naturalmente dependente, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficaz, do trânsito*** em julgado, ***pois é deste fato processual*** que resulta a especial qualidade ***que torna imutável e indiscutível*** o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

***É por isso que*** JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“***Comentários ao Código de Processo Civil***”, vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), ***ao***

***analisar*** a condição jurídica da sentença ***sujeita*** a recurso, ***destituída***, portanto, da autoridade da coisa julgada, ***põe em destaque o caráter instável*** do título sentencial:

“(...) ***O grau de instabilidade***, aqui, ***é obviamente muito maior: pode ser*** que o pronunciamento ***venha a prevalecer*** em caráter definitivo, ***se decorrer*** ‘in albis’ o prazo recursal, ***ou*** por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; ***mas, ‘a priori’, há pelo menos igual possibilidade*** de que a superveniência de outro pronunciamento, ***em grau superior***, retire ao primeiro ***toda a aptidão*** para cristalizar-se em ‘res iudicata.’” (grifei)

***Não se pode desconhecer, portanto, quanto*** à sentença ***ainda*** recorrível, ***que se registra, quanto a ela, a possibilidade*** – que ***não*** é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, ***inclusive*** por Cortes judiciais superiores, ***como*** o próprio Tribunal Superior Eleitoral, ***ou*** o Superior Tribunal de Justiça (quando ***não*** se tratar de processos de natureza eleitoral), ***ou, ainda***, o Supremo Tribunal Federal, ***atuando*** em sua condição de instância de superposição.

***Essa exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo, considerados os fundamentos que justificam a coisa julgada como um dos valores estruturantes*** do

Estado Democrático de Direito.

**Essencial proteger** a integridade desse direito fundamental (**o direito de ser presumido inocente até o trânsito** em julgado da condenação judicial) e **destacar-lhe** as origens históricas, **relembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII**, como um dos grandes postulados iluministas – **que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava** de certas presunções **então** formuladas (“*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*”, p. ex.), **valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia**, em benefício de quem era processado, **verdadeiro** “favor rei”, **que enfatizava**, ainda de modo incipiente, **essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do “Ancien Régime”.

**8. O ordenamento positivo infraconstitucional** (Código Penal, Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal Militar) **exige o trânsito em julgado como pressuposto legitimador da condenação criminal, mesmo que se trate de simples pena de multa: “Legum servi sumus, ut liberi esse possimus” (Cícero)**

*De qualquer modo, mesmo que não se considerasse o fundamento constitucional subjacente à presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante* sujeita esta a impugnação na

*via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.*

**Daí a regra** inscrita **no art. 105** de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa** de liberdade **à existência de trânsito em julgado** do título judicial condenatório:

**“Art. 105. Transitando em julgado** a sentença **que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento **para a execução.**” (grifei)

**Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147** da LEP **no que concerne** à execução de penas **restritivas** de direitos:

**“Art. 147. Transitada em julgado** a sentença que aplicou a pena **restritiva** de direitos, **o Juiz da execução**, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **promoverá a execução**, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei)

**É de assinalar-se, ainda**, Senhor Presidente, que, em nosso sistema jurídico, **nem mesmo uma simples pena de multa imposta em processo criminal pode**

ser executada **sem** que, *antes*, **transite** em julgado a sentença condenatória que a impôs, **como deixa claro** o art. 50 do Código Penal:

**“Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. (...)” (grifei)**

**Cabe relembrar**, neste ponto, que **também** o Código de Processo Penal Militar, **ao tratar** da execução da sentença penal condenatória, **expressamente** determina que **“Somente depois de passada em julgado será exequível a sentença”** (art. 592), **prescrevendo**, ainda, que, **tratando-se** da execução de pena **privativa** da liberdade **ou cuidando-se** da execução das penas principais **não privativas** da liberdade **e** das penas acessórias, **o trânsito em julgado** do ato sentencial que as impuser **qualificar-se-á como pressuposto necessário e legitimador** do cumprimento do título penal condenatório:

#### **“Carta de guia**

**Art. 594. Transitando em julgado** a sentença que impuser pena **privativa** da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, **o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.**

(...)

**Das penas principais não privativas da liberdade e das acessórias**

#### **Comunicação**

**Art. 604.** O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença **transitada** em julgado, **que impuser a pena** de reforma **ou** suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função, **ou de que resultar** a perda de pôsto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.” (grifei)

**Vê-se, portanto, qualquer que seja** o fundamento jurídico invocado (*de caráter legal ou de índole constitucional*), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo que se trate de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência** do indispensável título judicial definitivo, **resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

**9. Inconstitucionalidade da execução antecipada (ou provisória) de condenação penal ainda recorrível imposta pelo Tribunal do Júri**

**Impõe-se assinalar**, finalmente, que a questão submetida a julgamento, nestas ações de controle abstrato, **limita-se** à análise em torno da **possibilidade de efetivar-se a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em segunda instância, não havendo qualquer pronunciamento decisório desta Corte, revestido de efeito geral e de eficácia vinculante, que reconheça a legitimidade da imediata execução de sentença condenatória recorrível emanada do Tribunal do Júri.**

Não obstante tal circunstância, tenho para mim que não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.

É nesse sentido – cabe insistir – que se orienta a posição jurisprudencial desta Suprema Corte, de que destaque, como expressiva desse entendimento, a seguinte decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – (...) – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, ‘d’) – PRIMEIRA DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS – PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADO – AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – RECEPÇÃO, PELA

CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, ‘d’, DO CPP – (...) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(RHC 132.632-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, portanto, conforme acentua HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (“Júri”, p. 34, item n. 27, 5ª ed., 2ª tir., 1988, RT), com fundamento no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. III/62, Forense), que a soberania dos veredictos do júri “deve ser entendida como a ‘impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa’, e, por isso, o Código de Processo Penal, regulando a apelação formulada em oposição à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (letra ‘d’ do inciso III do art. 593), estabelece que o Tribunal ‘ad quem’, dando provimento, sujeitará o réu a novo julgamento (§ 3º do art. 593) perante o Tribunal de Júri” (grifei).

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, desse modo, impede o Tribunal “ad quem”, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância. A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta

puser-se em situação **de evidente** antagonismo com a prova **existente** nos autos, **não ofende** a cláusula constitucional **que assegura** a soberania do veredicto do Júri, **eis que, em tal hipótese, a cassação** do ato decisório, **determinada** pelo órgão judiciário “*ad quem*”, **não importará** em resolução do litígio penal, cuja apreciação **remanescerá** na esfera do próprio Tribunal do Júri.

ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (“**Teoria e Prática de Júri**”, p. 41/44, 4<sup>a</sup> ed., 1991, RT), **apreciando** essa questão *em face do texto constitucional de 1988*, **expendem** sobre ela douto e preciso magistério:

“(…) **não são os jurados** ‘onipotentes’, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova.

**Julgam eles segundo os fatos objeto do processo; mas exorbitam se decidem contra a prova.** Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional.

**Se o veredicto** do Conselho de Jurados **foi ‘manifestamente contrário** à prova dos autos’ (o que importa em não julgar a acusação, e sim assumir atitude arbitrária perante ela), **poderá** o Tribunal de Justiça, **em grau** de recurso, **se reconhecer** a incompatibilidade **entre** o veredicto proferido **e a prova** que instrui os autos, **determinar** que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **sem substituir** a decisão deste, por outra própria.

**E nisto consiste** a ‘soberania dos veredictos’ – **na faculdade dos jurados** decidirem **por íntimo** convencimento, **acerca** da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), **sem o dever de fundamentar** suas conclusões.  
(...)

**Em suma**, o Tribunal de Justiça, **em grau** de recurso, **apenas verifica** se o veredicto **se coaduna** com a prova.

**E, quando apura a inversão desta**, pelo Conselho de Jurados, **observando ser a decisão aberrante, insustentável, evidentemente divorciada dos elementos de convicção e manifestamente contrária** à prova dos autos, **certamente que lhe cabe**, à instância superior de Justiça, **corrigir** a anomalia, **reformando** o julgamento, **a fim** de que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **dentro** de sua competência, **fazendo-o** com o devido critério.

O Tribunal ‘ad quem’ **não faz** a apreciação da causa, como se sujeita ao juízo singular, **nem externa** julgamento próprio, **não substitui** a decisão recorrida, por outra, de seu entendimento, **nem manifesta** juízo próprio acerca da materialidade do crime, e de sua autoria.” (grifei)

**Impende salientar**, ainda, *por relevante*, que esta Suprema Corte, no julgamento **do HC 68.658/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 139/891), **repeliu a existência de incompatibilidade** do art. 593, III, “d”,

do Código de Processo Penal **com o texto** da atual Constituição:

**“A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.**

**A competência** do Tribunal do Júri, **embora definida** no texto da Lei Fundamental da República, **não confere** a esse órgão especial da Justiça comum **o exercício de um poder incontrastável e ilimitado**. As **decisões** que dele emanam **expõem-se**, em consequência, **ao controle recursal** do próprio Poder Judiciário, **a cujos Tribunais** compete pronunciar-se **sobre** a regularidade dos veredictos.

**A apelabilidade** das decisões **emanadas** do Júri, **nas hipóteses** de conflito evidente **com a prova** dos autos, **não ofende** o postulado constitucional **que assegura** a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. **Precedentes.**”

**Essa compreensão da matéria – vale relembrar – reflete antiga orientação jurisprudencial desta Corte, consolidada desde a Constituição de 1946 e reafirmada, agora, sob a égide da vigente Lei Fundamental da República (HC 66.954/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES – HC 67.271/SP,**

Rel. Min. CARLOS MADEIRA – **HC 67.531/SC**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **HC 68.219/MG**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **HC 70.193/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 88.707/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 93.617-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 94.730/MS**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 100.693/ES**, Rel. Min. LUIZ FUX – **HC 108.996/BA**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 110.420/SP**, Rel. Min. LUIZ FUX – **HC 113.627/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RHC 103.554-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 107.250/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **RHC 113.314-AgR/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **RHC 118.656/ES**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RHC 119.887/MS**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*).

**A crítica** a esse entendimento, **apoiada em argumentos consistentes, foi assim exposta** por ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO (“Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, p. 1.294/1.295, 2017, JusPODIVM):

**“Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, ‘c’, da Carta), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular. (...)**

**O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação – De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um**

***alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que, embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: (...). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação 'sui generis', já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José Frederico Marques, 'a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária' (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228)."*** (grifei)

**Registre-se, ainda, na linha** da diretriz jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte (**HC 67.737/RJ – HC 68.658/DF – HC 68.727/DF, dos quais fui**

**Relator, v.g.), que até mesmo a condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível de desconstituição** mediante **revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível – como reiteradamente proclamado** pela jurisprudência dos Tribunais (**RT 475/352 – RT 479/321 – RT 488/330 – RT 548/331**) – **a cláusula constitucional da soberania do veredicto** do Conselho de Sentença (**HC 71.878/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Mostra-se oportuno destacar, no ponto, que esse pensamento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizadíssimo** magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 4/453-455, item n. 10, 11ª ed., 1989, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**A Instituição do Júri**”, vol. I/54-55, item n. 3, 1963, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 1.115/1.116, item n. 2, 7ª ed., 2013, Lumen Juris; VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 397, item n. 84.8, 1991, Saraiva; HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, “**Júri**”, p. 38/40, item n. 30, 12ª ed., 2007, Saraiva; DENILSON FEITOZA, “**Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**”, p. 1.118, item n. 24.1.2.1, 6ª ed., 2009, Impetus; PAULO RANGEL, “**Direito Processual Penal**”, p. 1.053/1.054, item n. 2.10.2, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 907, item n. 17.12.2, b, 13ª ed., 2010, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 1.610,

item n. 621.3, 11ª ed., 2008, Atlas, v.g.).

O Tribunal de segunda instância, **ao julgar** a ação de revisão criminal, **dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente** (“*judicium rescindens*”), **que viabiliza** a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal **mediante** invalidação da condenação criminal, **quanto o juízo rescisório** (“*judicium rescissorium*”), **que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo**, quando for o caso, **a prolação** de provimento absolutório, **ainda que se trate** de decisão **emanada** do júri, **pois a soberania do veredicto** do Conselho de Sentença, **que representa** garantia fundamental do acusado, **não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração** da liberdade jurídica do condenado.

Essa **noção** ministrada pela doutrina **só faz acentuar o valor relativo** da soberania do veredicto emanado do Conselho de Sentença, **cujos pronunciamentos não se revestem, por isso mesmo, de intangibilidade** jurídico-processual.

**São essas as razões que tornam inaceitável a conclusão de que a soberania** do veredicto do júri **legitimaria** a execução **antecipada ou meramente provisória** da condenação proferida, **em primeira instância**, pelo Conselho de Sentença.

#### **10. Conclusão**

**Os aspectos que venho de salientar neste voto**, Senhor Presidente, **levam-me a concluir, presente o que se contém** na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, **que**

**o reconhecimento da tese** da “*execução provisória*” de uma condenação criminal **ainda recorrível** (**antes, portanto**, do seu trânsito em julgado) **significa admitir-se, com toda a vênia, um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal**.

*Na realidade*, **somente** sociedades autocráticas **que não reconhecem** direitos básicos aos seus cidadãos **repudiam e desprezam** o direito fundamental de qualquer indivíduo **de sempre ser** considerado inocente **até que ocorra o definitivo trânsito em julgado** de sua condenação penal, **independentemente** do caráter (*hediondo ou não*) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado.

**Em suma: (1) a presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo**, de caráter fundamental, **expressamente contemplado** na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); **(2) o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado** da condenação criminal, **não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta** do momento formativo da coisa julgada penal; **(3) a presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão de constituir presunção “juris tantum”, de índole meramente relativa; (4) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória; **(5) o**

**postulado do estado de inocência não impede** que o Poder Judiciário utilize, *quando presentes os requisitos que os legitimem*, **os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar (entre as quais, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva ou a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) ou, então, quaisquer** outras providências de índole cautelar **diversas** da prisão (CPP, art. 319); **(6) a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado; (7) a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal, que atua como limite inultrapassável à subsistência da presunção de inocência, não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também adotada pelas vigentes Constituições democráticas da República Italiana de 1947 (art. 27) e da República Portuguesa de 1976 (art. 32, n. 2); (8) a execução provisória (ou antecipada) da sentença penal condenatória recorrível, por fundamentar-se, artificialmente, em uma antecipação ficta do trânsito em julgado, culmina por fazer prevalecer, de modo indevido, um prematuro juízo de culpabilidade, frontalmente contrário ao que prescreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição; (9) o reconhecimento da possibilidade de execução provisória da condenação criminal recorrível, além**

**de inconstitucional, também transgride e ofende** a legislação ordinária, *que somente admite* a efetivação executória da pena **após** o trânsito em julgado da sentença que a impôs (LEP, arts. 105 e 147; CPPM, arts. 592, 594 e 604), **ainda que se trate de simples multa criminal (CP, art. 50, LEP, art. 164); (10) as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos, embora reconheçam a presunção de inocência como direito fundamental de qualquer indivíduo, não estabelecem, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado, o que torna aplicável, configurada situação de antinomia entre** referidos atos de direito internacional público **e o ordenamento interno brasileiro e em ordem a viabilizar o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, o critério da norma mais favorável (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna conseqüentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem perseguição criminal; (11) a exigência do trânsito em julgado vincula-se à importância constitucional e político-social da coisa julgada penal, que traduz fator de certeza e de segurança jurídica (“res judicata pro veritate habetur”); e (12) a soberania dos veredictos do júri, que se reveste de caráter meramente relativo, não autoriza nem legítima, por si só, a execução**

**antecipada** (ou provisória) de condenação *ainda recorável* emanada do Conselho de Sentença.

**Concluo o meu voto**, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênia para julgar procedentes** os pedidos deduzidos **nestas** ações declaratórias de constitucionalidade, **reafirmando**, *assim*, **no que concerne à interpretação do art. 283** do CPP, **na redação** dada pela Lei nº 12.403/2011, **a tese segundo a qual a execução provisória** (ou prematura) da sentença penal condenatória, **mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri**, *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu **de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado** de sua condenação criminal, *tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII)*.

**É o meu voto.**



## 18 MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS* 186.421 – SC

**Audiência de custódia – Indispensabilidade** de sua realização, sob pena de ilegalidade da prisão em flagrante – Direito público subjetivo da pessoa presa em flagrante – **Impossibilidade de o Juiz decretar “*ex officio*” a prisão preventiva**, seja na fase do inquérito policial, seja na fase do processo judicial – **Poder geral de cautela no processo penal – Inadmissibilidade**, quando em detrimento do investigado ou do réu. [HC 186.421 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 22-7-2020.]

**EMENTA: 1. “Habeas corpus”. Audiência de custódia** (ou de apresentação) **não realizada. A realização da audiência de custódia** (ou de apresentação) **como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar. Direito fundamental reconhecido** *pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 7, n. 5) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9, n. 3). Reconhecimento jurisdicional, pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), da imprescindibilidade da audiência de custódia* (ou de apresentação) **como expressão do dever** do Estado brasileiro **de cumprir**, fielmente, os compromissos assumidos na ordem internacional. **“Pacta sunt servanda”**: **cláusula geral de observância e execução** dos tratados internacionais (*Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 26*). **Previsão da audiência de custódia** (ou de apresentação) **no ordenamento positivo doméstico** (*Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015*). **Inadmissibilidade da não realização** desse ato, *ressalvada motivação idônea* (**Recomendação CNJ nº 62/2020, art. 8º, “caput”**), **sob pena de tríplice responsabilidade** do magistrado **que deixar** de promovê-lo (**CPP**, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019).

– **Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido** a motivação **ou** a natureza do ato criminoso, *mesmo que se trate de delito*

*hediondo* – **deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo** o custodiado *“sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão”* **e examinando**, ainda, *os aspectos de legalidade formal e material* do auto de prisão em flagrante, **possa (a) relaxar a prisão, se** constatar a ilegalidade do flagrante (**CPP**, art. 310, I), **(b) conceder liberdade provisória, se** estiverem *ausentes as situações* referidas no art. 312 do Código de Processo Penal **ou se** incidirem, *na espécie, quaisquer* das excludentes de ilicitude **previstas** no art. 23 do Código Penal (**CPP**, art. 310, III), **ou, ainda, (c) converter o flagrante** em prisão preventiva, **se presentes os requisitos** dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (**CPP**, art. 310, II).

– **A audiência de custódia** (ou de apresentação) – **que deve ser obrigatoriamente realizada** com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, *se for o caso*) **e** do representante do Ministério Público – **constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental**, assegurado *por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu* (*Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3*) **e que já se acham incorporadas** ao plano do direito positivo interno de nosso País (**Decreto**

nº 678/92 e **Decreto** nº 592/92, *respectivamente*), **não se revelando lícito** ao Poder Público **transgredir** essa essencial prerrogativa **instituída em favor** daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.

– **A imprescindibilidade da audiência de custódia** (ou de apresentação) **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (**ADPF** 347-MC/DF) **e, também**, do ordenamento positivo doméstico (**Lei** nº 13.964/2019 **e Resolução CNJ** nº 213/2015), **não podendo deixar de realizar-se**, *ressalvada motivação idônea* (**Recomendação CNJ** nº 62/2020, art. 8º, “caput”), **sob pena de tríple responsabilidade** do magistrado **que deixar** de promovê-la (**CPP**, art. 310, § 3º, **na redação** dada pela Lei nº 13.964/2019). **Doutrina. Precedentes: Rcl 36.824-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*.

– **A ausência da realização da audiência de custódia** (ou de apresentação), **tendo em vista** a sua essencialidade **e considerando os fins** a que se destina, **qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento** da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob poder do Estado. **Magistério da doutrina:** AURY LOPES JR. (“**Direito Processual Penal**”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“**Processo Penal**”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), RENATO

BRASILEIRO DE LIMA (“**Manual de Processo Penal**”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO (“**Curso de Processo Penal**”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva).

2. Impossibilidade, *de outro lado*, **da decretação “ex officio”** de prisão preventiva **em qualquer situação** (*em juízo ou no curso de investigação penal*), **inclusive no contexto de audiência de custódia** (ou de apresentação), **sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP**, *prévia, necessária e indispensável provocação* do Ministério Público ou da autoridade policial. **Recente inovação legislativa introduzida pela Lei** nº 13.964/2019 (“*Lei Anticrime*”), **que alterou** os arts. 282, § 2º, e 311, do Código de Processo Penal, **suprimindo ao magistrado** a possibilidade de ordenar, “*sponte sua*”, a imposição de prisão preventiva. **Não realização, no caso, da audiência de custódia** (ou de apresentação). **Conversão, de ofício**, mesmo assim, *da prisão em flagrante* do ora paciente **em prisão preventiva. Impossibilidade de tal ato, seja em face da ilegalidade** dessa decisão, *seja, ainda, em razão de ofensa a um direito básico – o de realização da audiência de custódia – assegurado a qualquer pessoa pelo ordenamento doméstico e por convenções internacionais de direitos humanos. Medida cautelar concedida “ex officio”*.

– A reforma **introduzida** pela Lei nº 13.964/2019 (“*Lei Anticrime*”) **modificou** a disciplina referente

às medidas de índole cautelar, **notadamente** aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo** um modelo *mais consentâneo* com as **novas** exigências **definidas pelo moderno processo penal** de perfil democrático **e assim preservando**, em consequência, *de modo mais expressivo*, **as características essenciais inerentes à estrutura acusatória** do processo penal brasileiro.

– **A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir** a expressão “*de ofício*” que **constava** do art. 282, § 2º, **e** do art. 311, **ambos** do Código de Processo Penal, **vedou, de forma absoluta**, a decretação da prisão preventiva **sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito**, portanto, **com base** no ordenamento jurídico vigente, **a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade**.

– **A interpretação** do art. 310, II, do CPP **deve ser realizada** à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, **também** do mesmo estatuto processual penal, **a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício**, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, **sendo necessária**, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal **provocação** do Ministério Público, da autoridade policial **ou, quando for o caso**, do querelante ou

do assistente do MP. **Magistério doutrinário. Jurisprudência.**

**3. Processo penal. Poder geral de cautela. Incompatibilidade com os princípios da legalidade estrita e da tipicidade processual. Consequente inadmissibilidade da adoção, pelo magistrado, de medidas cautelares atípicas, inespecíficas ou inominadas em detrimento do “status libertatis” e da esfera jurídica do investigado, do acusado ou do réu. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal.**

– **Inexiste**, em nosso sistema jurídico, **em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes:** HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*.

**DECISÃO: Trata-se** de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão

que, **emanada** do eminente Senhor Ministro Presidente do E. Superior Tribunal de Justiça, **indeferiu**, *liminarmente*, o “*writ*” lá ajuizado (**HC** 582.501/SC).

**Busca-se**, *em síntese*, nesta impetração, **seja concedida** ordem de “*habeas corpus*”, **para revogar a conversão “ex officio” decretada** pelo magistrado de primeira instância, **que transformou**, *sem prévia postulação do Ministério Público ou da autoridade policial*, a prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, **destacando-se**, *ainda*, **que referido paciente foi privado do seu direito à realização de audiência de custódia**, **considerada a situação excepcional** de calamidade pública **resultante da pandemia de COVID-19**.

Sendo esse o contexto, **examino**, *preliminarmente*, questão **pertinente à admissibilidade da presente** ação de “*habeas corpus*”. **E**, *ao fazê-lo*, **devo observar que ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal **firmaram** orientação *no sentido da incognoscibilidade* desse remédio constitucional, **quando ajuizado, como no caso em análise**, em face de decisão monocrática **proferida por Ministro** de Tribunal Superior da União (**HC** 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC** 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC** 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC** 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC** 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC** 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC** 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC** 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – **RHC** 114.737/

**RN**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RHC** 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*):

**“HABEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.**

**I – (...) verifica-se** que a decisão impugnada **foi proferida monocraticamente**. Desse modo, **o pleito não pode** ser conhecido, **sob pena** de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, **o qual pressupõe** seja a coação praticada **por Tribunal Superior**.

(...)

**III – ‘Writ’ não conhecido.”**

(**HC** 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

**Tenho respeitosamente dissentido**, *em caráter pessoal*, dessa diretriz jurisprudencial, **por nela vislumbrar grave restrição** ao exercício **do remédio constitucional** do “*habeas corpus*”.

**Não obstante** a minha posição pessoal, **venho observando**, em recentes julgamentos, **essa orientação restritiva**, *hoje consolidada* na jurisprudência da Corte, **em atenção** ao princípio da colegialidade, **motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento** desta ação.

**Assinalo**, no entanto, que, **mesmo** em impetrações deduzidas **contra** decisões monocráticas de Ministros *de outros* Tribunais Superiores da União, **a colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ainda que não conhecendo** do “writ” constitucional, **tem concedido**, “*ex officio*”, **a ordem** de “*habeas corpus*”, **quando se evidencie patente** situação caracterizadora **de injusto gravame** ao “*status libertatis*” do paciente (**HC 118.560/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

**Por tal motivo**, e sem prejuízo de ulterior reexame dessa questão, **passo a apreciar** o pedido de medida liminar. **E**, ao fazê-lo, **entendo** que os elementos produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, na espécie, **a superação** de mencionada restrição jurisprudencial, **viabilizando-se**, em consequência, **por parte** desta Suprema Corte, **a suspensão cautelar**, *de ofício*, **da conversão** da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva.

**Cabe destacar**, desde logo, que o magistrado de primeira instância, **consideradas as razões** por ele invocadas, **não só decretou**, *de ofício*, **a prisão preventiva** do ora paciente, **mas também a este negou**, *não obstante configurada* situação de flagrância, **a indispensável realização da audiência de custódia**.

Esta Corte, em **diversos** precedentes sobre questão **idêntica** à ora em exame, **reconheceu a ocorrência de desrespeito** à decisão proferida **na ADPF 347-MC/DF**, cujo julgamento, **impregnado**

*de eficácia vinculante*, **proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover** audiência de custódia, **tendo em vista** o fato – *juridicamente relevante* – de que a realização desse ato **constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs** prisão cautelar.

**Cumpr**e assinalar, por necessário, que **Ministros de ambas as Turmas** desta Corte Suprema **têm determinado**, por isso mesmo, *em sede reclamatória*, **exceto se configurada** hipótese de justa causa, **a realização, no prazo de 24 horas, de audiência de custódia** (**Rcl 26.604-MC/GO**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **Rcl 27.074/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Rcl 27.206-MC/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Rcl 27.294/RJ**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Rcl 27.730/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Rcl 27.748/SC**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – **Rcl 27.750-MC/SC**, Rel. Min. LUIZ FUX, **decisão** proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – **Rcl 27.751-MC/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **decisão** proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – **Rcl 28.079-MC/MT**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **Rcl 28.554/SP**, Rel. Min. EDSON FACHIN – **Rcl 29.787/MG**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Rcl 31.637/MG**, Rel. Min. EDSON FACHIN, *v.g.*), **fazendo-o nas hipóteses em que verificada, sem que se registre** motivação idônea, *a inocorrência desse ato*.

**Vale referir**, bem por isso, **ante a pertinência** de seu conteúdo, *fragmento da decisão* que o eminente

Ministro GILMAR MENDES **proferiu** no âmbito **da Rcl 32.978/MG**, de que foi Relator:

**“Observa-se, portanto, que a homologação do flagrante e a conversão para prisão preventiva foram feitos no mesmo ato sem que houvesse a apresentação do acusado à autoridade judicial em audiência de custódia.**

**Razão assiste à defesa ao afirmar que tal procedimento contraria frontalmente o art. 1º da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editada com supedâneo na decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na MC na ADPF 347.** Transcrevo o dispositivo:

**‘Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24h da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.’**

**Tomando os tratados como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, o STF deferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em 9.9.2015, para determinar a realização de audiências de apresentação**

**dos presos em flagrante, no prazo de 24 horas, contado da prisão. (...):**

(...)

**Trata-se de importante mecanismo de controle da legalidade das prisões em flagrante, prevenindo-se prisões ilegais e até torturas no ato da prisão, situações constatadas nos mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e constantemente noticiadas pela imprensa.**

**Antes mesmo da decisão do STF, o CNJ vinha firmando convênios com Tribunais para realizar as audiências de apresentação. Efetivamente, com a MC na ADPF 347, o STF tornou obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o País.**

**A audiência de custódia, determinada pela CADH e pelo PIDCP, é mecanismo essencial para o controle da legalidade de prisões realizadas em Estados democráticos.** No caso ‘Tibi v. Equador’ (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que ‘o controle imediato é uma medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência’ (item 114).

***Na doutrina, afirma-se que a audiência de custódia tem as funções essenciais de controlar abusos das autoridades policiais e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias*** (PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Empório do Direito, 2015, p. 37-39). Por exemplo, para se verificar abusos na condução do preso, a sua correta identificação, ou até controlar eventuais decretos prisionais manifestamente abusivos ou sem fundamentação concreta.

Por óbvio, ***a cognição em audiência de custódia possui limitações***, pois não se pode antecipar o julgamento de mérito do processo com aprofundamento instrutório. ***Contudo, tendo-se em vista que no ato há um contato da defesa com um juiz, deve-se dar primazia ao exercício do contraditório de modo oral e com imediação***, para controle da legalidade da prisão e especial atenção à revisão de ilegalidades manifestas. ***Portanto, o instituto tem diversas funções, relevantes e fundamentais ao processo penal.***

(...)

***Ante o exposto, nos termos do artigo 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a reclamação, para determinar a realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, contado da comunicação desta decisão, devendo o magistrado reapreciar a manutenção, ou não, da prisão preventiva, bem como a necessidade***

***de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do CPP.***” (grifei)

***Não constitui*** demasia insistir na asserção ***de que toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido*** a motivação ***ou*** a natureza do ato criminoso, ***mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo*** o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” ***e examinando***, ainda, ***os aspectos de legalidade formal e material*** do auto de prisão em flagrante, ***possa (a) relaxar a prisão, se*** constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), ***(b) conceder liberdade provisória***, se estiverem ***ausentes as situações*** referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ***ou*** se incidirem, ***na espécie***, quaisquer das excludentes de ilicitude ***previstas*** no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ***ou, ainda, (c) converter o flagrante*** em prisão preventiva, ***se presentes os requisitos*** dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do CPP).

***A audiência de custódia*** (ou de apresentação) – ***que deve ser obrigatoriamente realizada*** com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, *se for o caso*) ***e*** do representante do Ministério Público – ***constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu***

(*Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3*) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), **não se revelando lícito** ao Poder Público **transgredir** essa essencial prerrogativa **instituída em favor** daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.

A **imprescindibilidade da audiência de custódia** (ou de apresentação) **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), **não podendo deixar de realizar-se** (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **ressalvada motivação idônea** (Recomendação CNJ nº 62/2020, art. 8º, “caput”), **sob pena de triplíce responsabilidade** do magistrado **que deixar** de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, **na redação** dada pela Lei nº 13.964/2019), **cabendo assinalar, ainda, como adverte** GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“**Processo Penal**”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), que, **“se não for realizada a audiência de custódia a prisão tornar-se-á ilegal, e deverá ser relaxada”** (grifei).

Esse mesmo entendimento **é também perfilhado** por AURY LOPES JR. (“**Direito Processual Penal**”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“**Manual de Processo Penal**”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e

RENATO MARCÃO (“**Curso de Processo Penal**”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva), **cujas lições acentuam, tal a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins** a que se destina, **que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento** da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado.

**Mostra-se grave, portanto, a injusta denegação**, àquele que sofreu prisão em flagrante, **do seu direito** de ser conduzido, **“sem demora”**, **à presença** da autoridade judiciária competente, **eis que a realização** da audiência de custódia **tem por finalidade essencial proteger**, de um lado, a integridade física e moral da pessoa custodiada e, de outro, **preservar** o “status libertatis” **daquele** que se acha cautelarmente privado de sua liberdade.

**Há a considerar, ainda, um outro aspecto im-pregnado de extremo relevo jurídico.**

**Refiro-me ao fato de que o exame** da decisão que converteu, **de ofício**, a prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva **evidencia** que tal ato judicial, realizado **ainda** na fase **pré-processual** da “persecutio criminis”, **não foi precedido – tratando-se de delito perseguível mediante** ação penal pública incondicionada – **do necessário e prévio requerimento, ao magistrado, do Ministério Público ou, ainda, de representação formal** da autoridade policial.

**Eis, no ponto, o teor do ato decisório** que, **proferido** pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da

comarca de Joinville/SC, **decretou**, “*ex officio*”, a prisão preventiva do ora paciente:

*“Ademais, também devido a referida pandemia e ao fato de o conduzido estar preso desde às 15h50min. do dia 11/05/2020 sem qualquer deliberação judicial, **altero o rito da Lei n. 13.964/19, proferindo decisão sem manifestação da defesa e do Ministério Público, a fim de dar celeridade e segurança jurídica ao indiciado.***

*Tal alteração não trará prejuízo ao conduzido, pois eventuais pedidos da defesa serão posteriormente analisado por este juízo.”* (grifei)

**Todos sabemos** que a ordem normativa **instaurada** no Brasil em 1988, **formalmente plasmada** na vigente Constituição da República, **outorgou** ao “Parquet”, **entre** as múltiplas e relevantes funções institucionais **que lhe são inerentes**, a de “promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei” (CF, art. 129, inciso I – grifei), **ressalvada a hipótese**, que é excepcional, **prevista** no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política.

**Isso significa**, portanto, que a Carta Política **optou inequivocamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal** (GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 95/100, item n. 3.3, 5ª ed., 2019, RT; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 39/40, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; PAULO RANGEL, “Direito

Processual Penal”, p. 52/53, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI, “Curso de Processo Penal”, p. 13/17, item n. 1.4, 21ª ed., 2017, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 195, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 82/84, item n. 14.2, 2014, Saraiva; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALLY, “Curso de Processo Penal”, p. 27/28, item n. 2.1.3, 8ª ed., 2012, Forense; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/113, 6ª ed., 2016, RT, v.g.), **acentuando**, por esse motivo, com especial ênfase, **que o monopólio** da titularidade da ação penal pública **pertence** ao Ministério Público, **que age, nessa condição, com exclusividade**, em nome do Estado.

**O exame** do sistema acusatório, **no contexto** do processo penal democrático, **tal como instituído** pela nossa Carta Política, **permite nele identificar**, em seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais** à sua própria configuração, **entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes: (a) separação entre** as funções **de investigar, de acusar e de julgar**, **(b) monopólio constitucional** do poder de agir **outorgado ao Ministério Público em sede** de infrações delituosas **persegúveis** mediante ação penal **de iniciativa pública**, **(c) condição** daquele **que sofre** persecução penal, **em juízo ou fora dele, de sujeito** de direitos **e de titular** de garantias **plenamente oponíveis** ao

poder do Estado, **(d) direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre** o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de perseguição penal, **(e) direito** de ser julgado por seu juiz natural, **que deve ser imparcial e independente**, **(f) impossibilidade, como regra geral**, de atuação “*ex officio*” dos magistrados e Tribunais, **especialmente em tema** de privação **e/ou** de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado, **(g) direito de ser constitucionalmente presumido inocente**, **(h) direito à observância do devido processo legal (HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**, **(i) direito** ao contraditório **e** à plenitude de defesa, **(j) direito à publicidade** do processo **e** dos atos processuais, **(k) direito de não ser** investigado, acusado ou julgado **com base** em provas **originariamente** ilícitas **ou afetadas** pelo vício da ilicitude por derivação, **(l) direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré-processual** da investigação penal **(Lei nº 8.906/1994, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei nº 13.245/2016)**, **e (m) direito do réu ao conhecimento** prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida.

**Cabe enfatizar**, nesse contexto, que a reforma **introduzida** pela Lei nº 13.964/2019 (“*Lei Anticrimine*”) **modificou** a disciplina referente às medidas de índole cautelar, **notadamente** aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo** um modelo *mais consentâneo* com as **novas** exigências **definidas pelo moderno**

*processo penal* de perfil democrático **e assim preservando**, em consequência, *de modo mais expressivo*, **as características essenciais inerentes à estrutura acusatória** do processo penal brasileiro.

**É certo que o juiz**, ao receber o auto de prisão em flagrante, **promoverá** a audiência de custódia (art. 310, “caput”, do **CPP**, c/c o art. 4º da **Resolução nº 213/CNJ**), *momento no qual deverá, fundamentadamente*, como deixei assentado **em passagem anterior** desta decisão, **(a) relaxar a prisão**, se constatar a ilegalidade do flagrante (**CPP**, art. 310, I), **(b) conceder liberdade provisória**, se estiverem *ausentes as situações* referidas no art. 312 do Código de Processo Penal **ou** se incidirem, *na espécie*, quaisquer das excludentes de ilicitude **previstas** no art. 23 do Código Penal (**CPP**, art. 310, III), **ou, ainda**, **(c) converter o flagrante** em prisão preventiva, **se presentes os requisitos** dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do **CPP**).

*De outro lado*, a **Lei** nº 13.964/2019, **ao suprimir** a expressão “*de ofício*” que **constava** do art. 282, § 2º, **e** do art. 311, **ambos** do Código de Processo Penal, **vedou, de forma absoluta**, a decretação da prisão preventiva **sem o prévio** “*requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*”, **não mais sendo lícito**, portanto, **com base** no ordenamento jurídico vigente, **a atuação “ex officio”** do Juízo processante **em tema** de privação cautelar da liberdade.

Com efeito, a interpretação do art. 310, II, do CPP **deve ser realizada** à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, **também** do mesmo estatuto processual penal, **a significar que se tornou inviável** a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, **sendo necessária**, por isso mesmo, **anterior e formal provocação** do Ministério Público, da autoridade policial **ou**, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP.

Essa percepção do tema – que se orienta no sentido da inadmissibilidade da decretação “**ex officio**” da prisão preventiva, **inclusive** na audiência de custódia – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (ANTÔNIO EDILBERTO OLIVEIRA LIMA e IGOR PEREIRA PINHEIRO, “**Capítulo 22 – Medidas Cautelares e Prisões após a Lei Anticrime**”, p. 339/342, item n. 3.3, “in” “**Lei Anticrime Comentada**”, 2020, JH Mizuno; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal**”, p. 668/670, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, “**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**”, p. 794/796, item n. 310.3, 12ª ed., 2020, Forense; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “**Curso de Processo Penal**”, p. RB-13.7, item n. 13.1.4.3, 6ª ed., 2020, RT; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 1.166/1.167 e 1.209/1.210, 8ª ed., 2020, RT; MARCO ANTONIO DE BARROS, “**Processo Penal – Da Investigação até a Sentença**”, p. 349, 2ª ed., 2020, Juruá; NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “**A Prisão Preventiva em face da Lei**

**nº 13.964/2019**”, p. 235/250, “in” “**Pacote Anticrime: Reformas Processuais – Reflexões Críticas à luz da Lei nº 13.964/2019**”, organizado por Rodrigo Oliveira de Camargo e Yuri Felix; RENATO MARCÃO, “**Curso de Processo Penal**”, p. 786/787, item n. 2.12.1, 6ª ed., 2020, Saraiva, v.g.), **valendo referir**, em face de sua extrema pertinência, a lição de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“**Manual de Processo Penal**”, p. 946/949, 8ª ed., 2020, JusPODIVM):

*“**Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/19, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento da persecução penal.***

*A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (‘ne procedat judex ex officio’). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória,*

seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, em qualquer momento da persecução penal, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade, assim como a liberdade de locomoção, enfim, atuando como garantidor da legalidade da investigação, como, aliás, previsto no art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19. A Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89) reforça esse argumento. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei, atenta ao novo sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), jamais possibilitou que o juiz decretasse a medida cautelar de ofício. Em outras palavras, se ao juiz não é permitido, durante a fase das investigações, expedir ordem de prisão temporária, cuja vedação consta expressamente do art. 2º, ‘caput’, da Lei nº 7.960/89, por que não acolher igual vedação em relação às demais medidas cautelares?

Diante do teor do art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP, com redação determinada pela Lei nº 13.964/19, conclui-se que, a qualquer momento da persecução penal, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou do ofendido – neste último caso, exclusivamente em relação aos crimes de ação penal de iniciativa privada. Desde que o magistrado seja provocado, é possível a decretação de qualquer medida cautelar, haja vista a fungibilidade que vigora em relação a elas. Por isso, se o Ministério Público requerer a prisão temporária do acusado, é plenamente possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, ou vice-versa.

(...)

Em conclusão, considerando-se a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Penal quanto à vedação da atuação ‘ex officio’ do magistrado quanto à decretação de medidas cautelares, especial atenção deverá ser dispensada às seguintes hipóteses:

a) conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária) por ocasião da sua convalidação judicial: (...) Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não

**há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade;**” (grifei)

**Cumprir registrar, por relevante, que essa visão** em torno do tema em análise **tem sido acolhida por diversos Tribunais judiciais** (HC nº 2002378-94.2020.8.26.0000, Rel. Des. LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, TJSP – HC nº 0535292-54.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – HC nº 5740877-63.2019.8.09.0000, Rel. Des. LUIZ CLÁUDIO VEIGA BRAGA, TJGO, v.g.):

**“Habeas Corpus’ – Receptação – Prisão decretada de ofício – Ausência de representação policial e de requisição ministerial para converter a prisão em flagrante em preventiva – Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal – Sistema acusatório – Liminar confirmada – ORDEM CONCEDIDA.”**

(HC nº 2050360-07.2020.8.26.0000, Rel. Des. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA, TJSP – grifei)

**“HABEAS CORPUS” – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM**

**PREVENTIVA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP – RATIFICAÇÃO A LIMINAR. 1. Com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), não mais se admite a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, nos termos da nova redação do art. 311 do CPP, impondo-se, assim, a colocação do paciente em liberdade. 2. Ordem concedida.”**

(HC nº 0509305-16.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – grifei)

**“HABEAS CORPUS’. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Conforme previu a Lei 13.964/2019, em nova redação ao art. 311, configura flagrante constrangimento ilegal, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, de ofício. O chamado ‘Pacote Anticrime’, ao afirmar a ‘estrutura acusatória’ do processo penal e criar o Juiz de Garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F), deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das Liberdades e dos Direitos Fundamentais, não podendo, por isso, determinar prisão preventiva ‘ex officio’. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR.”**

(HC nº 5191582-80.2020.8.09.0000, Rel. Des. CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, TJGO – grifei)

**Nem se invoque, ainda, o argumento** de que **a conversão, de ofício**, da prisão em flagrante em preventiva **justificar-se-ia em face do poder geral de cautela** do magistrado penal.

**É preciso ressaltar, na linha de autorizado magistério doutrinário** (ALEXANDRE DE MORAIS DA ROSA, “**Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**”, p. 392/393 e 420/421, 5ª ed., 2019, EM/EMais Editora; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**”, p. 57, 1991, Saraiva; FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, “**Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**”, p. 26/27, item n. 1.5.3, 2008, Renovar; GUILHERME MADEIRA DE-ZEM, “**Curso de Processo Penal**”, p. 790/792, item n. 13.1.1, 5ª ed., 2019, RT, v.g.), **que inexistente, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos, tal como corretamente enfatiza** o brilhante magistrado paulista RODRIGO CAPEZ (“**Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal**”, p. 416/424, item n. 6.1.3, 2017, Quartier Latin):

**“No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei.**

**Trata-se do chamado poder geral de cautela, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).**

**Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.**

**O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto ‘legalidade da repressão’, como exigência de tipicidade (‘nulla coactio sine lege’) das medidas cautelares, a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.**

**O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela**

estabelecidas, **não se admitindo** medidas cautelares **atípicas** (isto é, **não previstas em lei**) **nem o recurso** à analogia com o processo civil.

**No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.**

(...)

**Em suma**, as medidas cautelares **limitadoras** da liberdade **reduzem-se** a um número fechado de hipóteses, ‘sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)’ do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. Trata-se de uma enumeração exaustiva (‘*numerus clausus*’), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (‘*numerus apertus*’).

(...)

**Finalmente, o princípio da taxatividade** (‘*numerus clausus*’) **não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas**. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei, como alarma social e clamor público.” (grifei)

**Esse, também, é o magistério** do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“**Processo Penal**”, p. 1.137/1.138 e 1.220/1.222, 8ª ed., 2020, RT):

**“O princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares. No processo penal, mormente**

em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. **Não há**, como no processo civil, **a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei.**

(...)

**As prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois, um princípio de taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico.** A vedação das medidas cautelares atípicas no processo penal sempre esteve ligada à ideia de legalidade da persecução penal. Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às ‘regras do jogo’.

(...)

**Poder-se-ia objetar que o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo diante da recente reforma**, não estabeleceu um princípio da legalidade das medidas cautelares. A resposta estaria, para quem lê o Código à luz da Constituição, no próprio direito à liberdade (CF, art. 5º, ‘caput’), garantido pelo devido processo legal, isto é, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIII). No entanto, ainda

que se queira uma norma expressa e explícita, tendo por objeto direto as medidas cautelares, **é de considerar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 7º, ao assegurar o direito à liberdade pessoal**, prevê: ‘7.1 Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 7.2 Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’.

**Há, pois, também entre nós, a garantia expressa da legalidade quanto às causas e condições em que se admite a privação ou restrição da liberdade. E se, segundo o posicionamento atual do STF, as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos têm ‘status’ supralegal, logo, o art. 7.2 da CADH deve prevalecer sobre o art. 3º do CPP, que permite a analogia, com o art. 297 do novo CPC estabelece que: ‘O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória’, podendo ser considerado o fundamento para um poder geral de cautela.**

**Ressalte-se, ainda, que, embora o art. 7.2 se refira à ‘privação de liberdade’, este dispositivo tem sido interpretado com amplitude pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a compreender não apenas a privação da liberdade, mas também o caso de restrição da**

**liberdade.** No Caso Chaparro Álvarez, a CIDH decidiu que ‘este número do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual, unicamente através de uma lei pode se afetar o direito à liberdade pessoal’. (...)

**Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima.** (...).

(...)

**Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.”** (grifei)

**Não custa lembrar**, quanto a esse aspecto, importante decisão emanada da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 75.662/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, consubstanciada, no ponto ora em análise, em acórdão assim ementado:

**“(…) PROCESSO PENAL – PODER DE CAUTELA GERAL – MEDIDA PREVENTIVA – LIBERDADE – SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão julgante. As medidas preventivas não de estar previstas de forma explícita em preceito legal.” (grifei)**

**A razão desse entendimento resulta do fato**, juridicamente relevante, **de que o processo penal figura como exigência constitucional** (“nulla poena sine iudicio”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade do Estado, cuja atuação **sofre, necessariamente, os condicionamentos** que o ordenamento jurídico **impõe** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

**O processo penal e os Tribunais**, nesse contexto, **são, por excelência, espaços institucionalizados** de defesa e proteção dos réus **contra possíveis excessos** e o arbítrio do Poder, **especialmente em face de eventuais abusos perpetrados** por agentes estatais **no curso** da “persecutio criminis”.

**É por isso que o tema da preservação e do**

**reconhecimento dos direitos fundamentais** daqueles **que sofrem** persecução penal **por parte** do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **a agenda permanente** desta Corte Suprema, **incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos básicos **que encontram fundamento legitimador no próprio** estatuto constitucional **e nas leis da República**.

**De outro lado, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade**, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das Arcadas **e eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, **que se rege por estritos padrões normativos, traduz** atividade **necessariamente subordinada** a limitações de ordem jurídica, **tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem** o poder do Estado, **a significar, desse modo, tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu**.

**É por essa razão** que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. **Ao contrário**, ele representa poderoso meio de contenção **e de**

delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – *insista-se* – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “*instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral*”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuj a lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

**“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)**

**Essa mesma percepção** a propósito da vocação protetiva do processo penal, **considerado** o regime

constitucional das liberdades fundamentais *que vigora em nosso País, é também perfilhada por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, que ressalta* a significativa importância do processo judicial **como “garantia dos acusados”** (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, *v.g.*).

**Essa é a razão básica que me permite insistir** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional**

ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa,

antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.”

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Assinale-se, finalmente, em conclusão, que a audiência de custódia (CPP, art. 310, “caput”, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019, c/c o art. 4º da Resolução CNJ nº 213/2015) deverá ser realizada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante, com a presença do membro do Ministério

Público e do Advogado daquele que foi preso em flagrante (**ou** do Defensor Público, *se e quando for o caso*), **oportunidade na qual** o “Parquet”, **no plano** da defesa social, **poderá**, *caso entenda necessário*, **formular requerimento pela conversão do flagrante em prisão preventiva**, **tornando efetiva**, *desse modo*, **a proteção à integridade** da ordem pública.

*Em suma:* **tornou-se inadmissível**, em face da superveniência da Lei nº 13.964 (“*Lei Anticrime*”), **a conversão**, “**ex officio**”, da prisão em flagrante em preventiva, **pois a decretação** dessa medida cautelar de ordem pessoal **dependerá**, *sempre*, **do prévio e necessário requerimento** do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), **ou**, *ainda*, **de representação** da autoridade policial **na fase pré-processual** da “*persecutio criminis*”, **sendo certo**, *por tal razão*, que, **em tema de privação e/ou de restrição** cautelar da liberdade, **não mais subsiste**, em nosso sistema processual penal, *a possibilidade* de atuação “**ex officio**” do magistrado processante.

**Sendo assim**, *em juízo de estrita delibação* e pelas razões expostas, **embora não conheça** da presente ação de “*habeas corpus*” **pelos fundamentos que preliminarmente expus** nesta decisão, **concedo**, no entanto, “*ex officio*”, **medida liminar, para suspender**, *cautelarmente*, **a conversão de ofício** da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, **determinando**, *em consequência*, **a sua imediata soltura**, **se por al não estiver preso**.

**Comunique-se**, *com urgência*, **transmitindo-se cópia desta decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 582.501/SC), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (**HC** nº 5011954-17.2020.8.24.0000) **e** ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC (**Processo** nº 5015784-71.2020.8.24.0038).

**2. Ouça-se** a douta Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 17 de julho de 2020 (**20h30**).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator



## 19 INQUÉRITO 4.831 – DF

**Presidente da República que figura como investigado** – Prerrogativas processuais – **Inaplicabilidade** ao Chefe de Estado, **quando sujeito a atos de persecução criminal**, da prerrogativa **fundada** no art. 221, “*caput*” e seu § 1º – **Impossibilidade de prestar depoimento por escrito** – **A questão da igualdade** como dogma essencial da República. [Inq 4.831/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 14-9-2020.]

(PG/STF 48.899/2020 e PG/STF 51.554/2020: petições **recebidas** em meu Gabinete **em 03/08/2020**)

**EMENTA:** **1. Legitimidade da decisão do Relator, embora proferida no gozo de licença médica, expressamente autorizada, no entanto, pela LOMAN** (art. 71, § 2º), **em razão** de os autos lhe haverem sido feitos conclusos **antes do início** desse benefício legal **ocorrido** em 19/08/2020, *inclusive*. **Precedentes** (CNJ e Tribunais judiciais). **Inexistência** de contraindicação médica, que não se presume. **2. O caso: inquérito contra o Presidente da República e o seu ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública.** **3. Das prerrogativas constitucionais outorgadas ao Presidente da República, quando ostentar a condição de investigado ou de réu.** **4. Da controvérsia ora em exame.** **5. O interrogatório:** natureza jurídica e características. **6. Da impossibilidade** de aplicação, **a investigados, indiciados e réus**, das prerrogativas **inscritas** no art. 221 do Código de Processo Penal. **7. Da (in)constitucionalidade da prerrogativa fundada no art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal.** **8. Manifesta impossibilidade de conceder-se a qualquer dos Chefes dos Poderes da República, inclusive ao Chefe de Estado, bem assim a quaisquer outras autoridades, a prerrogativa extraordinária (de duvidosa constitucionalidade) fundada no art. 221, § 1º, do CPP** (“prestação de depoimento por escrito”), **quando ostentarem a condição de investigados ou de réus.** **9. O direito**

**do coinvestigado (ou, quando for o caso, do corréu) de formular reperguntas** ao outro investigado (ou, caso já instaurada *a relação processual penal, ao seu litisconsorte penal passivo*) **nos procedimentos estatais de persecução criminal.** **10. CONCLUSÃO:** *o Senhor Presidente da República, por ostentar a condição de investigado, não dispõe* de qualquer das prerrogativas (*próprias e exclusivas de quem apenas figure como testemunha ou vítima*) **a que se refere** o art. 221, “caput” e § 1º, do CPP, **a significar que a inquirição** do Chefe de Estado, *no caso ora em exame, deverá observar o procedimento normal de interrogatório* (CPP, art. 6º, inciso V, c/c o art. 185 e seguintes), **respeitando-se**, desse modo, **tanto o comparecimento pessoal quanto a necessária relação de direta imediatidade** com a autoridade competente (a Polícia Federal, na espécie), **conferindo-se, assim, efetividade ao princípio da oralidade, sem prejuízo da possibilidade** de o Senhor Sérgio Fernando Moro, querendo, **por intermédio** de seus Advogados, **exercer o direito de participar** do ato de interrogatório do Presidente da República **e de dirigir-lhe** reperguntas (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

DECISÃO:

**1. Legitimidade da decisão do Relator, embora proferida no gozo de licença médica, expressamente autorizada, no entanto, pela LOMAN** (art. 71, § 2º), **em razão** de os autos lhe haverem sido feitos

conclusos antes do início desse benefício legal ocorrido em 19/08/2020, inclusive. Precedentes (CNJ e Tribunais judiciais). Inexistência, no caso, de contraindicação médica, que não se presume

**Registro**, preliminarmente, que este ato judicial é por mim proferido **em face do que expressamente autoriza** o art. 71, § 2º, da LOMAN, **que permite, de modo inteiramente legítimo**, a prolação de pronunciamentos decisórios **pelo magistrado licenciado, nos termos que a seguir reproduzo:**

**“Art. 71 (...).**

**(...)**

**§ 2º – Salvo** contra-indicação médica, **o magistrado licenciado poderá proferir decisões** em processos que, **antes da licença, lhe hajam sido conclusos para julgamento** ou tenham recebido o seu visto como relator ou revisor.” (grifei)

**Note-se, portanto, que o magistrado, ainda que licenciado por razões de saúde – e desde que inexista** contraindicação médica (**inocorrente** na espécie) –, **terá a faculdade, sem prejuízo da licença que continuará a usufruir, de julgar** todos os processos que lhe hajam sido conclusos, **para esse efeito, antes do início e gozo** da licença médica que lhe foi concedida.

**Esse entendimento, além de ter o beneplácito da própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional** (art. 71, § 2º), **reflete-se, por igual, em deliberações emanadas tanto do Plenário do E. Conselho Nacional**

**de Justiça (PCA** nº 0001994-29.2019.2.00.0000, Rel. Conselheiro MÁRCIO SCHIEFLER FONTES, **DJe** de 10/09/2019) **quanto de colendos Tribunais judiciais (TJ/PR, Apelação Criminal** nº 1.491.548-5, Rel. Des. ROGÉRIO KANAYAMA – **TJ/SP, Embargos de Declaração Cíveis** nº 1121835-70.2016.8.26.0100, Rel. Des. JOSÉ CARLOS COSTA NETTO), **valendo destacar, neste ponto, fragmento da deliberação** proferida pelo E. CNJ, **em passagem que destaca a plena validade jurídica** da decisão **proferida** por magistrado **em gozo de licença médica** em processos **que lhe foram conclusos antes do início desse benefício legal:**

**“O que disciplina a LOMAN é que não há de se cogitar a nulidade de decisões proferidas por magistrados durante o gozo de licença, quando estes se sentem/estão em condições de prolatá-las; os autos lhes foram conclusos para julgamento ou receberam seu visto como relator ou revisor antes da licença; e quando não houver determinação médica de cessação de toda a atividade judicante.”** (grifei)

Como **precedentemente** por mim salientado, **também** Tribunais de Justiça **têm perfilhado** essa **mesma** orientação, **como se vê, p. ex., de decisões consubstanciadas em acórdãos assim ementados:**

**“‘HABEAS CORPUS’. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ROUBO MAJORADO E**

CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/90). ALEGADA VIOLAÇÃO À IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. **MAGISTRADA QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO E SENTENCIOU O FEITO EM GOZO DE LICENÇA MATERNIDADE. CONCLUSÃO PARA SENTENÇA ANTERIOR AO INÍCIO DO AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. ART. 71, § 2º, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO IMPROCEDENTE.**

*Nos termos do art. 71, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é possível que o Magistrado que está em gozo de licença profira decisões em feitos conclusos antes do início do afastamento.”*

(TJ/PR, HC 1.464.332-0, Rel. Des. ROGÉRIO KANAYAMA – grifei)

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acórdão – Nulidade do julgamento – Julgamento virtual ocorrido em sessão realizada sem a presença do Relator, em razão de seu afastamento por licença médica – Inocorrência de nulidade – Ausência de restrição na LOMAN e RITJSP para o julgamento no período de licença médica ao juiz certo – Nulidade inexistente.**

*Omissão – Alegação de que os documentos indicados não foram analisados pelo MM. Juiz de primeiro*

*grau e por esse Tribunal – Omissão inexistente – Embargos com objetivo de modificação do julgado – Descabimento – **EMBARGOS REJEITADOS.**”*

(TJ/SP, Embargos de Declaração Cíveis nº 2243317-69.2019.8.26.0000, Rel. Des. JOSÉ CARLOS COSTA NETTO – grifei)

*Não constitui **demasia assinalar**, para efeito de mero registro, que, **também no período de férias forense**, o magistrado **que nelas se encontrar em seu gozo poderá praticar, com inteira validade jurídica, atos de caráter jurisdicional** (STJ, RHC 2.130/RJ, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO – HC 92.676/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.):*

**“‘HABEAS-CORPUS’. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADES: (...) SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ EM GOZO DE FÉRIAS (...).**  
(...)

*4. Não há lei que proíba que o Juiz trabalhe durante as férias; a simples autorização do Tribunal para que o Juiz viaje para o exterior não lhe subtrai a jurisdição; a pretensão de anular sentença absolutória, ainda que depois reformada, não enseja a impetração de ‘habeas-corpus’, visto que não causa constrangimento ilegal à liberdade de locomoção dos pacientes (...).”*

(HC 76.874/DE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

**“(…) 6. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica (…).”**

**(Inq 2.424/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Pleno – grifei)**

**“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS (EC. Nº 22/99). AÇÃO PENAL PRIVADA. SENTENÇA. FÉRIAS FORENSES (...).**

**I - Na esteira de precedentes da Corte, não é nula a sentença entregue em cartório no período de férias pelo próprio magistrado titular da Vara.**  
**(...)**

**‘Writ’ indeferido.”**

**(REsp 95.714/ES, Rel. Min. MENEZES DIREITO – grifei)**

**“FÉRIAS FORENSES. SENTENÇA.**

**I- Nula não é a sentença proferida nas férias, ainda que a ação não tenha curso no período respectivo.**

**II- Recurso especial não conhecido.**

**III- Unânime.”**

**(REsp 8.249/SP, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR – grifei)**

**Cabe enfatizar, por necessário, retomando o tema ora em análise (licença médica em face do que prescreve e autoriza o art. 71, § 2º, da LO-MAN), que os presentes autos (ou petições a eles referentes) vieram-me conclusos antes do início do gozo da licença médica (a quarta licença que me foi concedida ao longo de 52 anos de serviço público), circunstância de ordem temporal essa que legitima a prolação de decisão ou de despacho ou, ainda, de inclusão em pauta, para julgamento em âmbito virtual, desta causa.**

**Assinalo, para efeito de mero registro, que o início de minha licença médica deu-se a partir de 19/08/2020, inclusive, o que me habilita, sem perder o direito de continuar a usufruir de referido benefício legal até 26/09/2020, inclusive, a julgar monocraticamente, a despachar e a incluir em pauta, para julgamento virtual, processos de que sou Relator e que me foram feitos conclusos antes do dia 19/08/2020.**

**2. O caso: inquérito contra o Presidente da República e o seu ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública**

**A Polícia Federal, por meio de expediente encaminhado pela Excelentíssima Senhora Chefe do Serviço de Inquéritos da Diretoria de Combate ao Crime**

Organizado da Polícia Federal (SINQ/DICOR), Dra. CHRISTIANE CORREA MACHADO, **e protocolado** nesta Corte **sob** nº 48.899/2020, **ênfatizou** que se aproxima o momento de proceder-se ao interrogatório do Senhor Presidente da República, **que ostenta**, neste procedimento penal, **a condição de investigado**, ao lado do Senhor Sérgio Fernando Moro, ex-Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.

O **eminente** Senhor Procurador-Geral da República, **na condição** de “*dominus litis*”, **instado a manifestar-se** sobre a representação da ilustre autoridade policial federal, **pronunciou-se** nos seguintes termos (Petição nº 51.554/2020):

*“Por intermédio do despacho datado de 23/06/2020, Vossa Excelência encaminha a esta Procuradoria-Geral da República expediente, da Chefe do Serviço de Inquéritos da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal, em que a autoridade policial informa estarem as investigações em estágio avançado, sendo necessária a oitiva do Senhor Presidente da República, investigado nos autos em epígrafe.*

**É o relatório.**

**Conforme os trabalhos investigativos aproximam-se do fim, há de se ter a oitiva dos investigados.**

**O art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal estabelece exceção ao princípio da oralidade nas oitivas de testemunhas, ao dispor que o Presidente**

*e o Vice-Presidente da República e os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal poderão optar por prestar depoimento por escrito, caso em que as perguntas formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz ser-lhes-ão encaminhadas por ofício. Inexiste expressa previsão legal para as hipóteses em que tais autoridades devam ser ouvidas na qualidade de investigados no curso do inquérito.* Não obstante, dada a estatutura constitucional da Presidência da República e a envergadura das relevantes atribuições atinentes ao cargo, há de ser aplicada a mesma regra em qualquer fase da investigação ou do processo penal.

**Se o ordenamento jurídico pátrio atribui aos Chefes dos Poderes da República a prerrogativa de apresentar por escrito as respostas às perguntas das partes quando forem testemunhas**, situação em que há, ordinariamente, a obrigatoriedade de comparecer em juízo e de falar a verdade, com mais razão essa prerrogativa há de ser observada quando forem ouvidos na qualidade de investigados, hipótese em que aplicável o direito ao silêncio, de que decorre sequer ser exigível o comparecimento ao ato.

**Pela mesma razão, pode-se optar pela apresentação tanto de depoimento como de quaisquer documentos que entenda o investigado pertinentes**, a qualquer tempo. Nessa categoria de prova podem ser incluídas as respostas por escrito a questões eventualmente apresentadas

pelas demais partes ou pelo juízo. Por essas razões, é devida a observância da sistemática para o ato estabelecida no precedente do Inq 4.621, no qual o Ministro Roberto Barroso, atento às particularidades da investigação deflagrada em desfavor do então Chefe de Estado Brasileiro, determinou a aplicação analógica do art. 221, § 1º, do CPP:

**‘Quanto à oitiva do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, à falta de regulamentação específica – e observada a estatura da função –, estabeleço que se observe a regra prevista no art. 221 do Código de Processo Penal, referente à oitiva de autoridades pelo juiz, no processo judicial, na condição de testemunhas. Assim, mesmo figurando o Senhor Presidente na condição de investigado em inquérito policial, seja-lhe facultado indicar data e local onde queira ser ouvido pela autoridade policial, bem como informar se prefere encaminhar por escrito sua manifestação, assegurado, ainda, seu direito constitucional de se manter em silêncio.’**

**Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA requer a intimação do Presidente da República, para informar se prefere:**

**1) exercer o direito constitucional ao silêncio;**

**2) encaminhar por escrito respostas a questões formuladas pelas partes e/ou pelo Ministro Relator, ou**

**3) indicar data e local para oitiva por autoridade policial.” (grifei)**

Sendo esse o contexto, entendo necessário expor algumas considerações que reputo necessárias e indispensáveis ao exame da representação **formulada** pela autoridade policial sobre o modo de realização do interrogatório do Senhor Presidente da República, **considerada** a manifestação da douta Procuradoria-Geral da República.

3. Das prerrogativas constitucionais outorgadas ao Presidente da República quando ostentar a condição de investigado ou de réu

**Cabe reconhecer**, desde logo, que o Presidente da República – **que assume**, em nosso sistema jurídico, **a tríplice condição de Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da Administração Pública Federal** – **dispõe de prerrogativas específicas que lhe são outorgadas tanto** pela Constituição da República quanto pela legislação processual, **sempre que ostentar a condição de pessoa sujeita** a procedimento penal de perseguição estatal, **inclusive na fase pré-processual** em que se desenvolvem atos de conteúdo investigatório.

Nesse contexto, o Chefe do Poder Executivo da União – **quando figurar como investigado ou réu** – **possui prerrogativas próprias e específicas, de ordem jurídico-constitucional, decorrentes** da relevante

função pública por ele exercida, **titularizando**, entre outros, **os seguintes direitos**:

(a) **impossibilidade** de sofrer privação de sua liberdade, *ainda que de natureza meramente cautelar*, **enquanto não sobrevier** sentença condenatória nas infrações penais comuns (CF, art. 86, § 3º);

(b) **garantia** de “*imunidade temporária à persecução penal*” (CF, art. 86, § 4º), **não podendo ser responsabilizado** por atos **anteriores** à sua investidura no mandato presidencial (**Inq 567-QO/DF**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Pleno – Inq 672-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**) **nem** por comportamentos que, **embora praticados** no curso de sua titularidade funcional, com esta **não guardem qualquer conexão ou inerência** ao cargo de Presidente da República (**AP 305-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno – HC 83.154/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Pleno**);

(c) **inadmissibilidade** de instauração de processo penal *em juízo*, perante o Supremo Tribunal Federal, **sem que haja prévia autorização** da Câmara dos Deputados **concedida** por 2/3 dos seus membros (CF, art. 51, I, *c/c* o art. 86, “*caput*”);

(d) **cessação** do afastamento cautelar do exercício do mandato presidencial, **se, decorridos 180 dias contados** do recebimento da denúncia (ou da queixa-crime), “o julgamento **não estiver concluído**” (CF, art. 86, § 2º);

(e) **direito** à prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, “b”), **ressalvadas** as hipóteses previstas **na AP 937-QO/RJ**.

**Vale consignar**, neste ponto, **a título de registro meramente histórico e, também, de direito comparado**, que a regra **consustanciada no § 4º** do art. 86 da Constituição Federal (**a que me referi** sob a letra “b” no parágrafo anterior) **não ostenta, no plano de nosso constitucionalismo republicano, qualquer caráter de originalidade, visto que se limitou** a reproduzir, *embora de modo mais limitado*, o conteúdo da norma **inscrita no art. 87** da Carta Política **outorgada, em 1937**, por Getúlio Vargas: “O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas”.

ARAÚJO CASTRO (“A Constituição de 1937”, p. 202, 2ª ed., 1941, Freitas Bastos), **ao analisar** esse preceito da Carta **ditatorial** do Estado Novo – **cujo teor bem se adequava** à lógica **e** à natureza mesma do regime autoritário *então* instituído –, **observava**:

*“Atualmente, o presidente da República, de acordo com o que estabelece o referido art. 87 da Constituição, não está sujeito a processo e julgamento por crimes comuns durante o exercício de suas funções, respondendo somente por eles depois de expirado o mandato.” (grifei)*

**O sistema hoje consagrado** na Constituição brasileira de 1988 – **não obstante** o caráter paradoxal do preceito em causa, **que se revela hostil ao dogma republicano da plena responsabilização** do Chefe de Estado – **guarda correspondência, em grau de maior ou de menor similitude, com as diversas Constituições** republicanas *de Portugal* (Constituição de 1911, art. 64, parágrafo único; **Constituição de 1933**, art. 78, parágrafo único; **Constituição de 1976**, art. 133, n. 4), **com a Constituição da V República Francesa de 1958** (art. 68), **com a Constituição da República Italiana de 1947** (art. 90) **e com a Lei Fundamental de Bonn de 1949** (art. 60, 4, c/c o art. 46, 2 a 4), *entre outras*. **É de registrar-se, ainda, que uma das matrizes inspiradoras** dessa orientação **promana** da Constituição polonesa de abril de 1935 – *a Constituição do Marechal Józef Klemens Pilsudski* –, **que não admitia qualquer** responsabilidade do Presidente da República, **fosse** por atos oficiais, **fosse** por atos estranhos praticados fora do exercício das funções executivas ou estranhos às atribuições presidenciais (art. 15).

**O sentido paradoxal** da vigente Constituição democrática brasileira de 1988 – *seria o Presidente da República um “monarca presidencial”?* (HINDEMBURGO PEREIRA DINIZ, “A Monarquia Presidencial”, 1984, Nova Fronteira) – **reside no fato** de que, **em direto confronto com o dogma republicano da responsabilização de qualquer agente público, consagrou, contraditoriamente, em favor do Presidente da República, “imunidade temporária à persecução penal”** (CF,

art. 86, § 4º), **atribuindo** ao Chefe de Estado, *ainda que em menor extensão*, **prerrogativa** que a Carta Política do Império do Brasil (1824) – **tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN) – **somente conferia ao Imperador em seu artigo 99, que assim dispunha**: “A Pessoa do Imperador **é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito** a responsabilidade alguma” (grifei).

**Cumpre também lembrar**, de outro lado, *que assistem ao Presidente da República outras* prerrogativas, *estas de caráter genérico, porque extensíveis a qualquer cidadão que figure* como investigado ou réu **em sede** de “*persecutio criminis*”, **tais como**:

(1) **direito fundamental de ser presumido inocente** (CF, art. 5º, LVII), **não podendo** ser tratado como se culpado fosse **antes** do trânsito em julgado *de eventual* condenação criminal (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **sendo-lhe reconhecida, ainda, como sucede** em relação às pessoas em geral, **a prerrogativa contra a autoincriminação** (HC 68.929/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*);

(2) **garantia** do “*due process of law*” **com todos** os consectários que lhe são inerentes (HC 185.051-ED/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **entre os quais** o direito à autodefesa e à defesa técnica (CF, art. 5º, LIV e LV);

(3) **direito de não ser** investigado, denunciado e condenado *por provas ilícitas* (CF, art. 5º, LVI), **quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação** (HC 129.646/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO);

(4) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação criminal;

(5) **direito** a um julgamento público e célere, *sem dilações indevidas*;

(6) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”;

(7) **direito** de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório dos demais litisconsortes penais passivos, *quando existentes* (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 111.567-Agr/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.);

(8) **direito** à igualdade entre as partes (*paridade de armas*);

(9) **direito** de audiência e de presença nas audiências de instrução e julgamento (HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.);

(10) **direito ao confronto** de vítimas, testemunhas e demais elementos de incriminação no processo penal (DIOGO RUDGE MALAN, “Direito ao Confronto no Processo Penal”, 2009, Lumen Juris);

(11) **direito** ao juiz natural;

(12) **direito** de ser julgado por órgão judiciário imparcial e independente (direito ao “*fair trial*”);

(13) **direito** à última palavra, **vale dizer**, o de pronunciar-se, *sempre*, **após** o órgão de acusação (HC 185.051-ED/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.);

(14) **direito** ao recurso;

(15) **direito** à prova;

(16) **direito de não sofrer** condução coercitiva – **ou** de não ser conduzido “*debaixo de vara*”, **na expressiva dicção** do art. 95 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 (ADPF 395/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADPF 444/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES); e

(17) **direito de ser assistido por seu Advogado** “*durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos*” (Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso XXI, “a”, **acrescido** pela Lei nº 13.245/2016 – **grifei**).

#### 4. Da controvérsia ora em exame

A **questão a ser apreciada** nesta causa pode ser resumida **na seguinte indagação**: o Presidente da República, *quando figurar como investigado*, **dispõe, ou não**, da **mesma** faculdade que o ordenamento processual lhe confere (CPP, art. 221, “*caput*” e § 1º)

**quando ostentar a qualidade de testemunha? Ou seja, pode** o Chefe de Estado, *sob investigação criminal, optar por responder por escrito* ao seu interrogatório? **Entendo que não**, pois as prerrogativas **atribuídas** ao Presidente da República, *quando for submetido a atos de persecução criminal, são, unicamente, aquelas* que a Constituição e as leis do Estado lhe concederam, **e entre estas, quando figurar como investigado, não se encontra** a prerrogativa de responder ao interrogatório – **que se rege**, ordinariamente, *pelo princípio da oralidade* (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 677/678, item n. 2.7.4, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO HENRIQUE COLNAGO, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 208, 2015, Saraiva; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 471/472, item n. 10.1.7.6, 2014, Saraiva, v.g.) – **mediante** “depoimento por escrito”.

*Na realidade, mostra-se destituída* de qualquer pertinência a equivocada afirmação de que se aplicaria ao Presidente da República, *no caso de estar sendo investigado*, a prerrogativa que a legislação processual lhe reconhece na hipótese, *única e singular, em que ostentar a figura de testemunha ou de vítima*, como resulta claro da **estrita** literalidade do texto normativo **consubstanciado no § 1º** do art. 221 do CPP, **na redação dada** pela Lei nº 6.416/77, **que se acha topograficamente localizado** no Capítulo VI (“Das Testemunhas”) de nosso estatuto processual penal.

**Não obstante** a posição hegemônica que detém na estrutura político-institucional do Poder Executivo, **ainda mais acentuada** pela expressividade das elevadas funções de Estado que exerce, **o Presidente da República – que também é súdito das leis**, como **qualquer** outro cidadão deste País – **não dispõe**, como precedentemente assinalado, **quando figurar como pessoa sob investigação criminal, de benefícios derogatórios do direito comum, ressalvadas as prerrogativas específicas** a ele outorgadas “*ratione muneris*”, **em rol exaustivo**, pela própria Constituição Federal, **pois ninguém, nem mesmo o Chefe do Poder Executivo da União, está acima** da autoridade da Constituição e das leis da República, **não dispondo, por isso mesmo, de qualquer** legitimidade **para supor-se, aristocraticamente, titular de tratamento seletivo “extra ordinem” sequer previsto ou autorizado** pela Lei Fundamental do Estado.

**Afinal, nunca é demais reafirmá-lo, a ideia** de República **traduz** um valor essencial, **exprime** um dogma fundamental: **o do primado da igualdade de todos** perante as leis do Estado. **Ninguém, absolutamente ninguém, tem legitimidade** para transgredir e vilipendiar as leis e a Constituição de nosso País. **Ninguém, absolutamente ninguém**, está **acima** da autoridade do ordenamento jurídico do Estado.

*Não custa insistir*, neste ponto, por isso mesmo, **na asserção de que o postulado republicano repele** privilégios **e não tolera** discriminações, **impedindo que se estabeleçam tratamentos seletivos em favor de**

determinadas pessoas e obstando que se imponham restrições gravosas em detrimento de outras, **em razão** de sua condição social, de nascimento, de parentesco, de gênero, de amizade, de origem étnica, de orientação sexual **ou** de posição estamental, **eis que nada pode autorizar o desequilíbrio** entre os cidadãos da República, **sob pena** de transgredir-se o valor fundamental que informa a **própria** configuração da ideia de República, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.

Daí a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO (“**Constituição Federal Brasileira**”, p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), **que associa** à autoridade de seus comentários **a experiência** de membro **da primeira** Assembleia Constituinte da República (1890-1891) e, **também**, a de Senador da República **e** a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*“**Não há**, perante a lei republicana, grandes **nem** pequenos, senhores **nem** vassalos, patrícios **nem** plebeus, ricos **nem** pobres, fortes **nem** fracos, **porque a todos irmana e nivela o direito** (...).”* (grifei)

**É necessário fazer prevalecer**, entre nós, **sem qualquer** hesitação, **a nossa fidelidade** à causa **e** ao princípio da República. Por isso mesmo, o dogma republicano da igualdade, que a todos nos nivela, não pode ser vilipendiado por tratamentos especiais e

extraordinários inexistentes em nosso sistema de direito constitucional positivo **e que possam justificar o absurdo reconhecimento de inaceitáveis** (e odiosos) privilégios, próprios de uma sociedade fundada em bases aristocráticas ou, até mesmo, típicos de uma formação social totalitária, de que é expressão incensurável o modelo clássico com que GEORGE ORWELL, em sua fábula distópica (“**A Revolução dos Bichos**”, capítulo 10, p. 106, 63ª reimpressão, 2007, Companhia das Letras), define, no contexto da sociedade pós-revolucionária da fazenda dos animais (“*Animal Farm: a Fairy Story*”), a composição de um novo aparato burocrático (a “**Nomenklatura**”), **vale dizer, a formação** de uma nova “*ruling class*” **ou, ainda, segundo** MILOVAN DJILAS (“**A Nova Classe**”, 1958, Editora Agir), a constituição de uma nova classe dominante regida pelo postulado autocrático e transgressor da ordem republicana de que “**Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros**”!!!

##### **5. O interrogatório: natureza jurídica e características**

É sempre importante rememorar, **presente** o caso em análise, **que a exigência de fiel observância das formas processuais estabelecidas** em lei, **notadamente** quando instituídas **em favor** do acusado, **representa**, no âmbito das perseguições penais, **uma inestimável garantia** de liberdade, pois não se pode desconhecer, considerada a própria jurisprudência **desta** Suprema Corte, **que o processo penal**

configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda das liberdades individuais do investigado, do denunciado ou do réu, contra quem jamais se presume provada qualquer acusação penal:

**“A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do **‘jus libertatis’** titularizado pelo réu.

**A persecução penal** rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

**O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –**, o processo penal revela-se instrumento que **inibe** a opressão judicial e que, **condicionado por parâmetros ético-jurídicos**, impõe ao órgão acusador **o ônus integral** da prova, **ao mesmo tempo**

em que faculta ao acusado, **que jamais necessita demonstrar a sua inocência**, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, **sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público**.

**A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição** do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula **‘nulla poena sine iudicio’** exprime, **no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual**.”

(RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Isso significa, portanto, que a estrita observância da forma processual representa garantia plena de liberdade e de respeito aos direitos e prerrogativas** que o ordenamento positivo **confere a qualquer pessoa sob persecução penal**.

**Destaque-se, bem por isso, no contexto** ora em exame, **ante a magnitude constitucional** de que se reveste, **a natureza jurídica do interrogatório, seja na fase policial, seja em sede judicial, que representa meio viabilizador** do exercício das prerrogativas constitucionais **da plenitude de defesa e do contraditório, como tem enfatizado** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

**“O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU**

– Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. **Doutrina. Precedentes.**

(**HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É por isso que LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, p. 486, item n. 2, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), ênfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado, põe em destaque o aspecto ora mencionado, assinalando, com inteira procedência, que, “(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à

assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais” (**grifei**).

Ninguém ignora a importância de que se reveste, em sede de persecução penal, o interrogatório, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, como ato de defesa (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Interrogatório como Meio de Defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.), ainda que passível de ser ele considerado, mesmo que em perspectiva secundária, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele podem emergir.

O interrogatório, desse modo, configura uma das principais manifestações do postulado do “*due process of law*”, pois, nesse momento, o acusado tem o ensejo de estruturar, plena e adequadamente, a sua autodefesa, que traduz projeção concretizadora da cláusula constitucional da “ampla defesa” (**CF**, art. 5º, inciso LV).

**É importante acentuar, por relevante, que o interrogatório possui formalidades essenciais, cuja omissão acarreta a nulidade do ato, valendo registrar que esse entendimento apoia-se em valiosos precedentes que o Supremo Tribunal Federal firmou sobre a matéria, como se vê dos seguintes julgados emanados desta Corte, que advertiu, para os fins a que alude o art. 563 do CPP, que se presume ocorrente o prejuízo quando inobservados requisitos substanciais que densificam princípios de ordem constitucional:**

***“Habeas corpus’. Penal e Processual Penal. Crime militar. Peculato-furto. Artigo 303, § 2º, do Código Penal Militar. Nulidades. Reconhecimento pretendido. (...) Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Nulidade absoluta. Prejuízo evidente. Subtração ao réu do direito de, ao final da instrução, manifestar-se pessoalmente sobre a prova acusatória desfavorável e de, no exercício do direito de audiência, influir na formação do convencimento do julgador (...). Ordem concedida.***

(...)

***6. A não realização do interrogatório ao final da instrução subtraiu ao réu a possibilidade***

***de se manifestar pessoalmente sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor e de, no exercício do direito de audiência, influir na formação do convencimento do julgador. Prejuízo evidente. Nulidade absoluta configurada.”***

***(HC 121.907/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)***

***“PROCESSO CRIMINAL. Defesa. Cerceamento caracterizado. Ré interrogada sem a presença de defensor, no dia de início de vigência da Lei nº 10.792, de 2003, que deu nova redação ao art. 185 do Código de Processo Penal. Sentença que, para a condenação, se valeu do teor desse interrogatório. Prejuízo manifesto. Nulidade absoluta reconhecida. Provimento ao recurso, com extensão da ordem a corréu na mesma situação processual. É causa de nulidade processual absoluta ter sido o réu qualificado e interrogado sem a presença de defensor, sobretudo quando sobrevém sentença que, para o condenar, se vale do teor desse interrogatório.”***

***(RHC 87.172/GO, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)***

***Convém ressaltar, nesse contexto, como corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório, a necessidade de observância dos direitos de presença e de audiência daqueles submetidos à persecução penal, seja perante a autoridade policial,***

na fase do inquérito, seja, ainda, perante o juiz competente, durante a ação penal.

**Essas garantias**, consubstanciadas no ato de interrogatório, **revelam-se importante momento**, mediante o qual o investigado exerce plenamente seu direito de autodefesa, tendo a oportunidade de expor a sua versão dos fatos objeto de investigação, **contrapondo-se** à acusação formulada, **além de esclarecer**, caso assim o deseje – **sempre respeitado** o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação –, **pontos duvidosos** que podem, *consequentemente*, uma vez esclarecidos, **autorizar o arquivamento** do inquérito, **o não oferecimento** da denúncia **ou**, até, em sede judicial, **a sua própria absolvição**. Nesse sentido, **cabe mencionar a correta lição exposta** por SÉRGIO REBOUÇAS (“Curso de Direito Processual Penal”, p. 635/636, 2017, JusPODIVM) sobre o sentido e o alcance do interrogatório:

**“A garantia individual da ampla defesa abrange as dimensões de defesa técnica e de autodefesa, constituindo esta última no exercício defensivo realizado pessoalmente pelo próprio acusado. A autodefesa reflete a dimensão disponível da garantia, podendo o acusado renunciar ao oferecimento de sua versão de defesa contra a hipótese acusatória, pelo exercício do direito ao silêncio.**

**Optando o acusado por defender-se pessoalmente, contudo, devem lhe assegurar o direito de**

**estar presente perante o juiz e o de apresentar sua manifestação oral sobre o mérito da causa. Trata-se do direito de presença (estar presente) e do direito de audiência (ser ouvido), com desdobramentos na autodefesa.” (grifei)**

**Enfatize-se, ainda, algumas notas tipológicas inerentes ao interrogatório apontadas** pela doutrina em geral (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 398, item n. 9.3.1.1, 2ª ed., 2010, Elsevier; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 625, item n. 11.15.6, 5ª ed., 2019, RT; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “Curso de Processo Penal”, p. 511/533, item n. 10, 8ª ed., 2014, Gazeta Jurídica; PAULO RANGEL, “Direito Processual Penal”, p. 598/624, item n. 8.4.1.4.4, 27ª ed., 2019, Atlas; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 306, 2012, Saraiva; SÉRGIO REBOUÇAS, “Curso de Direito Processual Penal”, p. 637/638, 2017, JusPODIVM, *v.g.*), **valendo ressaltar**, entre outros elementos configuradores, o seu caráter público, a sua natureza personalíssima e a sua índole oral, que reputo **igualmente** aplicáveis às **inquirições** realizadas **tanto** no inquérito **quanto** no interrogatório judicial, **especialmente** se se considerar **o que dispõe** o art. 6º, V, do Código de Processo Penal.

**Daí a correta observação** feita por EDILSON MOUGENOT BONFIM (“Código de Processo Penal

Anotado”, p. 396, 3ª ed., 2010, Saraiva), **cuja lição bem destaca as características que ora venho de mencionar:**

**“Características. O interrogatório é ato público, personalíssimo e oral. a) Público,** pois, salvo naquelas ocasiões em que for aconselhável a decretação do sigilo, **deve ele ser conduzido à vista de todos. b) Personalíssimo,** porque a presença do réu não pode ser substituída, inexistindo o interrogatório por procuração, admitida a participação ativa de terceiros no procedimento apenas no caso do interrogado surdo e mudo que não saiba ler e escrever (art. 192, parágrafo único). c) Oral, porquanto, **salvo nas hipóteses em que o interrogado esteja impossibilitado de falar, nessa forma deverá ser a manifestação do réu, que será reduzido a escrito por escrivão judicial.”** (grifei)

**Essa mesma percepção** a propósito *da vocação protetiva do processo penal*, considerado o regime constitucional das liberdades fundamentais *que vigora em nosso País*, **é também perfilhada** por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial **como “garantia dos acusados”** (VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”,

p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

**Essa é a razão básica que me permite insistir** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, nesse contexto, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – *ninguém o ignora* – o processo penal **qualifica-se** como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais daquele **que é submetido**, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, **cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições** fixadas **pela própria** Constituição da República, **tal**

como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado

por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.”

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É de registrar-se, finalmente, o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.

6. Da impossibilidade de aplicação, a investigados, indiciados e réus, das prerrogativas inscritas no art. 221 do Código de Processo Penal

Presente esse contexto, há a considerar algumas questões que se revelam pertinentes à não aplicabilidade, no caso ora em exame, do art. 221 e seu § 1º do Código de Processo Penal, que, inscritos no

Capítulo VI do CPP (“**Das Testemunhas**”), **possuem a seguinte redação:**

**“Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.**

**§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.” (grifei)**

**É de observar-se, desde logo, que a regra inscrita em mencionados dispositivos legais tem por destinatárias, única e exclusivamente, as autoridades neles referidas, desde que ostentem a singular condição de testemunhas ou de vítimas de práticas delituosas. Isso significa, portanto, que suspeitos, investigados, acusados e/ou réus não dispõem dessa especial prerrogativa de índole processual.**

*Desse modo, aqueles que figuram como investigados (inquérito) ou como réus (processo penal), em procedimentos instaurados ou em curso perante o Supremo Tribunal Federal, como perante qualquer outro Juízo, não dispõem da prerrogativa instituída pelo art. 221 do CPP, eis que essa norma legal – insista-se – somente se aplica às autoridades que ostentem a condição formal de testemunha ou de vítima, não, porém, a de investigado, tal como tem sido assinalado nesta Suprema Corte (Inq 3.006/RN, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Inq 4.243/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, v.g.):*

***“Congressista que não é testemunha, mas que figura como indiciado ou réu: ausência da prerrogativa processual a que se refere a lei (CPP, art. 221).***

*– Os Senadores e os Deputados somente dispõem da prerrogativa processual de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e a autoridade competente, quando arrolados como testemunhas (CPP, art. 221; CPC, art. 411, VI).*

*Essa especial prerrogativa não se estende aos parlamentares, quando indiciados em inquérito policial ou quando figurarem como réus em processo penal.*

*– O membro do Congresso Nacional, quando ostentar a condição formal de indiciado ou de réu, não poderá sofrer condução coercitiva, se deixar*

de comparecer ao ato de seu interrogatório, **pois** essa medida restritiva, **que lhe afeta** o ‘status libertatis’, é **vedada** pela cláusula constitucional **que assegura** aos parlamentares **o estado** de relativa incoercibilidade pessoal (CF, art. 53, § 1º, **primeira** parte).”

(Inq 1.504/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 28/06/99)

“(…) **esclareço que a prerrogativa prevista no art. 221 do Código de Processo Penal é destinada às autoridades ali nominadas quando arroladas como testemunhas no processo criminal**, viabilizando-se o exercício da função pública com o dever de colaborar com a administração da justiça. Todavia, como anota o Procurador-Geral da República, **não se estende a norma aos investigados, condição que ora ostenta a parlamentar requerente. Nesse sentido, confira-se a seguinte lição doutrinária:**

***‘As autoridades com prerrogativa de foro previstas no art. 221 do CPP, quando figurarem na condição de investigados no inquérito policial ou de acusados na ação penal, não têm o direito de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados com a autoridade policial ou com o juiz. Isso porque não há previsão legal que assegure essa prerrogativa processual, tendo em vista que o art. 221 do CPP se restringe às hipóteses em que as autoridades nele elencadas participem do processo na qualidade de testemunhas, e***

***não como investigados ou acusados’ (DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 684).***

Portanto, **na qualidade de investigada, a requerente**, ressalvada justificável indisponibilidade de data a ser designada, **deve ser inquirida na oportunidade e em local a serem indicados pela autoridade com atribuição para a investigação**, com observância às garantias que lhe são asseguradas pela Constituição Federal e demais dispositivos infraconstitucionais aplicáveis.”

(Inq 4.419/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

Vê-se, desse modo, **que o art. 221 do CPP** – que constitui típica regra de direito singular **e que**, por isso mesmo, deve merecer estrita exegese – **não** se estende **seja** ao **investigado**, **seja** ao **réu**, os quais, **independentemente** da posição funcional que ocupem no aparato estatal **ou** na hierarquia de poder do Estado, **deverão comparecer**, perante a autoridade competente, em dia, hora **e** local por esta **unilateralmente** designados, **tal como tem sido por mim reiteradamente destacado**, nesta Suprema Corte, **em processos de minha relatoria**, há mais de 20 (vinte) anos (Inq 1.504/DF – Inq 1.628/DF – Inq 2.839/SP – Inq 2.851/SC – Inq 4.827/DF – Pet 4.600/AL, v.g.).

Esse entendimento decorre **não apenas** da estrita literalidade **e** da posição topográfica do art. 221

do CPP (**inscrito** no Capítulo VI do CPP – “**Das Testemunhas**”), **mas, também, do magistério da doutrina** (JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Processo Penal**”, p. 297, 4ª ed., 1995, Atlas; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, “**Curso de Processo Penal**”, p. 279, item n. 9.4, 1999, Atlas; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Código de Processo Penal Comentado**”, vol. I/424, 4ª ed., 1999, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 206, item n. 48, 1991, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, “**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**”, p. 515, 11ª ed., 2019, Atlas, v.g.), **valendo destacar**, neste ponto, *ante a extrema pertinência de suas observações, a lição* de RENATO BRASILEIRO (“**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 661, item n. 1, 2ª ed., 2017, JusPODIVM):

*“(…) **A regra do ‘caput’ do art. 221 do CPP só é válida quando tais autoridades forem ouvidas na condição de testemunhas. Por conseguinte, quando tais agentes figurarem na condição de investigados ou de acusados, não terão o direito de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados com o Delegado de Polícia ou com o juiz.**” (grifei)*

Foi com apoio nessas **mesmas razões** que ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO (“**Código de Processo Penal e Lei de Execução**

**Penal Comentados – Artigo por artigo**”, p. 591, 2017, JusPODIVM) **pronunciaram-se no sentido de não se mostrar aplicável** o conjunto normativo **inscrito no art. 221 do CPP, inclusive em matéria de depoimento por escrito, sempre que o Presidente da República, entre outras autoridades, não ostentar**, para efeito **de legítima invocação** dessa prerrogativa processual extraordinária, *a necessária qualidade de testemunha ou de vítima*:

*“**Deve-se notar, entretanto, que a prerrogativa processual penal estampada no art. 221 do CPP é exclusiva para as autoridades enquanto ostentarem a condição de testemunha, não se aplicando quando investigados ou acusados.**” (grifei)*

**Essa orientação, por sua vez, tem sido igualmente observada** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **consoante se depreende**, entre outras, **de decisão que se encontra consubstanciada em acórdão assim ementado**:

**“‘HABEAS CORPUS’. INQUÉRITO POLICIAL. PREFEITO MUNICIPAL. INTIMAÇÃO PARA PRESTAR DECLARAÇÕES PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DA PRERROGATIVA PREVISTA NO ARTIGO 221 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO PROCESSUAL QUE SE RESTRINGE À OITIVA DE TESTEMUNHA. PACIENTE INQUIRIDO NA**

**CONDIÇÃO DE INVESTIGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.**

**1. O artigo 221 do Código de Processo Penal**, que assegura às autoridades com prerrogativa de foro o direito de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados com o juiz, **tem incidência quando os ocupantes dos referidos cargos participarem do processo na qualidade de testemunhas.**

**2. Tal previsão não se estende às referidas autoridades quando figuram na condição de investigados em inquérito policial ou acusados em ação penal.**

**3. No caso dos autos, consoante consignado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o paciente seria ouvido na condição de investigado, e não de testemunha, motivo pelo qual não possui a prerrogativa de ser inquirido em local, data e horário por ele escolhidos.**

4. Ainda que assim não fosse, a simples inobservância da prerrogativa prevista no artigo 221 da Lei Penal Adjetiva não enseja qualquer violação à liberdade de locomoção do paciente, que, inclusive, não é obrigado a depor, podendo valer-se do direito ao silêncio que lhe é garantido pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

(...)

**5. Ordem denegada.”**

**(HC 250.970/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI – grifei)**

**Disso resulta a impossibilidade de aplicação, no caso sob exame, ao Senhor Presidente da República, das prerrogativas previstas no art. 221 do Código de Processo Penal (norma legal que somente se estende às autoridades nela mencionadas que figurem como testemunhas ou como vítimas), tendo em vista a relevantíssima circunstância de que o Chefe de Estado, na espécie ora em análise, ostenta, neste inquérito, a condição única de investigado.**

**7. Da (in)constitucionalidade da prerrogativa fundada no art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal**  
**Cabe analisar**, ainda, mais especificamente, a faculdade de prestar depoimento por escrito prevista no § 1º do art. 221 do Código de Processo Penal.

**Essa previsão legal autorizadora da realização de depoimento por escrito, instituída, unicamente, em favor dos Chefes dos Três Poderes da República – e, mesmo assim, apenas quando figurarem como testemunhas –, tem sofrido severas críticas por parte de doutrinadores eminentes (ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “Processo Penal Constitucional”, p. 71, 1999, RT; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 461, 2018, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 468/469, 16ª ed., 2019, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 224, 25ª ed., 2012, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/704, 14ª ed., 2012, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”,**

p. 468, 4ª ed., 2016, RT; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 515, 2014, Saraiva, v.g.), **que reconhecem**, em tal prerrogativa processual, **violação direta** aos postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do “*due process of law*”, **em razão de referido preceito normativo inviabilizar** a plena participação das partes no ato de produção probatória, **sendo de assinalar** que esses eminentes autores **chegam a sugerir**, até mesmo, **a própria inconstitucionalidade** da cláusula fundada no § 1º do art. 221 do CPP, **como se vê**, p. ex., **da sempre valiosa e autorizada lição** da saudosa e eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Nova Lei Processual Penal”, p. 129/132, 2ª ed., 1979, RT):

*“(...) o legislador de 1977 insere no Código o atual § 1.º do art. 221. Dentre as autoridades enumeradas no ‘caput’ seleciona algumas e lhes concede outra prerrogativa: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do STF poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, devendo nesse caso as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, serem transmitidas por ofício.*

**A previsão legal da lei é flagrantemente inconstitucional.**

**O processo penal, assim como o civil, é informado por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional e o devido**

**processo legal. Destes decorrem postulados como o do juiz natural, do sistema acusatório, da igualdade das partes, do direito de defesa, da assistência judiciária, da publicidade das audiências, do duplo grau de jurisdição; e, ‘last but not least’, do contraditório** (Cintra, Grinover & Dinamarco, Teoria Geral do Processo, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1976, p. 52; Grinover, os princípios constitucionais, cit., p. 19).

**Contraditório, este, que na definição já clássica de Canuto Mendes de Almeida** (‘A contrariedade na instrução criminal’, 1937, 80, republicado ‘in’ Princípios Fundamentais do Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973, p. 82) **é a ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los; e, como tal, configura-se na medida em que se assegure a possibilidade plena de produzir provas, de apresentar razões, de influir sobre a formação do convencimento do juiz** (v., de nossa autoria, As garantias Constitucionais do Direito de Ação, ED. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973, pp. 90-94).

**Neste enfoque coloca-se a prova testemunhal, que deve ser produzida na presença das partes, dando-se-lhes a possibilidade de contraditar e de impugnar testemunhas e, sobretudo, de reperguntar.**

**Depoimento testemunhal oferecido por escrito, com respostas pré-constituídas, retirando a possibilidade de perguntas e de**

contrariedade, fere o princípio de contraditório. (...) Viola aquele conjunto de garantias constitucionais do processo tradicionalmente denominado ‘due process of law’, o qual deflui por vezes de normas constitucionais expressas e, por vezes, do regime e princípios que a Constituição adota (...).

(...)

Voltando às declarações por escrito, é oportuno lembrar que os Tribunais pátrios têm reiteradamente proclamado sua inviabilidade, salvo quando ratificadas em juízo por seu signatários; mesmo porque este critério retira do juiz a possibilidade de formar seu livre convencimento através do contato direto e imediato da prova produzida. De sorte que, além de ferir o contraditório, o disposto no § 1.º do art. 221 do CPP infringe outro importante princípio do procedimento oral: o da imediação, ou imediatidade, que exige o contato do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba ele, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (...).

O ‘caput’ do art. 221, mantido pela reforma, representa o justo equilíbrio entre as prerrogativas que devem ser estabelecidas, em obediência ao interesse público, para resguardar os ocupantes de elevados cargos, e a observância de um processo justo, que não restrinja os direitos das partes. Já o § 1.º do dispositivo, introduzido ‘ex nihilo’ pela

reforma de 1977, excede no tratamento desigual daqueles que não são ontologicamente iguais e acaba por infringir o contraditório, a isonomia, o devido processo legal.

Flagrantemente inconstitucional, deve permanecer letra morta, cabendo ao juiz recusar-lhe aplicação.” (grifei)

DIOGO RUDGE MALAN (“Direito ao Confronto no Processo Penal”, p. 78 e 87/88, inclusive nota de rodapé n. 85, item n. 2.2, 2009, Lumen Juris), por sua vez, ao examinar essa mesma questão, também reconhece ser de duvidosa constitucionalidade a norma consubstanciada no § 1º do art. 221 do CPP, precisamente pelo fato de o depoimento por escrito – prestado pelos Presidentes da República (e respectivo Vice), da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal – transgredir a cláusula constitucional inerente ao “due process of law”, por inviabilizar o exercício do direito à ampla defesa e todos os seus consectários, como o direito de confrontar a pessoa sob inquirição:

“Assim, o conceito de testemunha de acusação deve ser definido à luz do direito do acusado a confrontar quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras contra ele. Isso independe do fato de essas pessoas prestarem tais declarações antes ou durante o julgamento do acusado.

***A idéia central é a seguinte: o ‘right of confrontation’ impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.***

(...)

(...) a despeito da técnica processual adotada por um determinado sistema probatório nacional para a inquirição de testemunhas, é lícito aduzir que para satisfazer o direito ao confronto devem ser preenchidas algumas condições mínimas.

***Em primeiro lugar, o acusado deve ter a efetiva oportunidade de introduzir durante o ato processual fatos inconsistentes com o relato da testemunha, ou insinuar uma nova versão dos fatos que seja mais favorável a ele. Não satisfaz tal condição o mero encaminhamento prévio de perguntas por escrito para a testemunha, na medida em que, nessas circunstâncias, o acusado não tem como modificar estrategicamente a sua linha de questionamento, conforme a evolução do testemunho.***

***Ademais, o acusado também deve ter oportunidade efetiva de questionar a credibilidade da testemunha, argüindo fatos atinentes a caráter ou suspeição, podendo observar as reações da***

***testemunha. Logo, o acusado deve ter a testemunha em seu campo visual durante todo o depoimento, a fim de poder apreender, na íntegra, a atividade comunicativa dela, em seus três níveis: verbal, paraverbal (tom, ritmo, volume da voz e emprego da linguagem) e não verbal, que consiste na ‘body language’ como um todo, incluindo tanto os comportamentos voluntários (v.g., foco do olhar; gestual; expressões faciais etc.) quanto os involuntários (v.g., sudorese; gagueira; tremor etc.).***

***Por derradeiro, o acusado deve ter a oportunidade de se comunicar com seu defensor técnico, de forma livre, reservada e ininterrupta, durante o ato processual de inquirição das testemunhas de acusação. Tal direito é importante, porque durante o depoimento podem ser pres-tadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consegue detectar.*** Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las, durante o exame cruzado da testemunha.

(...)

***Nesse sentido, se afigura questionável a constitucionalidade do artigo 221, § 1º, do nosso Código de Processo Penal, que reza o seguinte: ‘O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão***

optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.’ (Nesse sentido: ARANHA, Adalberto José de Camargo. Da prova no... cit., p. 171). **Com efeito, à luz dos critérios definidos na Seção 3.1., infra, o fundamento desse dispositivo – a natureza egrégia dos cargos ocupados por essas pessoas dispensadas de prestar depoimento oral – em princípio não se reveste de interesse público suficiente para legitimar uma restrição ao ‘right of confrontation’.**” (grifei)

Essa percepção do tema, a propósito do art. 221, § 1º, do CPP, foi bem apreendida por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, em obra coordenada juntamente com ALBERTO ZACHARIAS TORON e GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 461, 2018, RT), notadamente no ponto em que enfatiza, de modo coerente com sua anterior crítica, que os Chefes dos Poderes do Estado, quando arrolados como testemunhas, deverão ser inquiridos, como qualquer outro cidadão, “pela forma normal”, vale dizer, pessoalmente, em respeito ao princípio da oralidade e do devido processo legal, perante a autoridade, policial ou judiciária, competente:

**“Essa previsão, a nosso ver, não só é inteiramente incompatível com a natureza mesma**

**do meio de prova examinado, que tem como característica a oralidade, mas também impede a plena realização do contraditório, uma vez que as partes ficam impedidas de controlar as reações da testemunha e formular outras indagações, cuja pertinência surja durante o desenrolar do depoimento.**

(...) **Mas, se, ao contrário, a testemunha tiver efetivo conhecimento de fatos relevantes para a decisão, a inquirição deve ser feita pela forma normal.**” (grifei)

Há a considerar, ainda, um outro aspecto de extremo relevo jurídico, consistente no controle de convencionalidade – que compete, no plano doméstico, ao juiz comunitário, **vale dizer**, às autoridades judiciárias *nacionais* –, **referente** à aplicação de **direito fundamental** contemplado e reconhecido pela **Convenção Americana de Direitos Humanos**, cujo Artigo 8, n. 2, “f”, **prevê** o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”, **assegurando-se** a qualquer pessoa acusada, em consequência, **a prerrogativa básica inerente à garantia do contraditório.**

**Eis**, no ponto, em lição plenamente aplicável à espécie, o entendimento exposto por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 468, *nota de rodapé n. 220*, 4ª ed., 2016, RT):

**“O depoimento escrito, na forma prevista no art. 221, § 1.º, viola a garantia constitucional do contraditório, ao não permitir que as partes façam perguntas. Inúmeras perguntas formuladas na audiência são fruto das respostas dadas pela testemunha. Ressalte-se, ainda, que a CADH, que tem natureza de norma constitucional (CR, art. 5.º, § 2.º), assegura, de forma expressa, entre as garantias processuais mínimas, ‘o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos’. Mesmo para aqueles que entendem que as convenções internacionais de direitos humanos têm natureza supralegal, teriam que reconhecer que o art. 8.2. f. da CADH revogou o § 1.º do art. 221 do CPP.”** (grifei)

**Reconheço, pessoalmente, com apoio em expressivas lições doutrinárias** – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (**“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”**, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (**“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”**, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (**“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”**, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA

MAZZUOLI (**“Curso de Direito Internacional Público”**, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), entre outros eminentes autores –, **que os tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos** que se vem de referir, **assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, sendo certo, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade:**

**“‘HABEAS CORPUS’ PREVENTIVO – (...) CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – PEDIDO DEFERIDO.**

(...)

**TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.**

– **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Art. 7º, n. 7). **Caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos **e o sistema de proteção** dos direitos básicos da pessoa humana.

– Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). **Precedentes.**

– Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: **natureza constitucional ou caráter de supralegalidade?**

– **Entendimento do Relator**, Min. CELSO DE MELLO, **que atribui hierarquia constitucional** às convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos.

#### **A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.**

– **A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel** do Poder Judiciário: **a interpretação judicial como instrumento** juridicamente idôneo **de mudança informal** da Constituição.

**A legitimidade da adequação, mediante interpretação** do Poder Judiciário, **da própria** Constituição da República, **se e quando** imperioso compatibilizá-la, **mediante exegese atualizadora**, com as **novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam**, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

#### **HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO**

#### **QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

– Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

– **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs.**

– **Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico** de primazia da regra **mais favorável à proteção efetiva** do ser humano.”

(HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Embora entenda**, como venho de assinalar, *que os tratados internacionais de direitos humanos qualifi- cam-se, em nosso sistema normativo, como diplomas de índole constitucional, consoante tive o ensejo de destacar por ocasião* do julgamento plenário **do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO, cabe reconhecer** que o Supremo Tribunal Federal, *em referidos precedentes, atribuiu, ainda que por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), caráter de supralegalida- de* a tais convenções, **como proclamou** esta Corte Suprema nos casos acima mencionados:

*“(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurí- dico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O ‘status’ norma- tivo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)”*

**(RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – grifei)**

**Vê-se, portanto, qualquer que seja o ângulo** sob o qual se examine essa matéria (*caráter constitu- cional ou natureza supralegal* das convenções interna- cionais de direitos humanos), **que o depoimento escrito instituído como verdadeiro privilégio em**

**favor** dos Chefes dos Poderes da República, *quando arrolados como testemunhas* (CPP, art. 221, § 1º), **põe em perspectiva a grave questão concernente a uma prerrogativa fundamental, como o direito ao confronto no processo penal** (cujo exercício **exige a presença física**, em audiência, *em relação de direta imediatidade, daquele* a ser inquirido), que os pac- tos internacionais – **como a Convenção Americana de Direitos Humanos** (Artigo 8, n. 2, “f”) **e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (Arti- go 14, n. 3, “e”) – **reconhecem** àqueles que sofrem perseguição penal **instaurada** pelo Poder Público.

**8. Manifesta impossibilidade de conceder-se a qualquer dos Chefes dos Poderes da República, in- clusive ao Chefe de Estado, bem assim a quaisquer outras autoridades, a prerrogativa extraordinária (de duvidosa constitucionalidade) fundada no art. 221, § 1º, do CPP (“prestação de depoimento por escrito”), quando ostentarem a condição de investigados ou de réus**

**É certo, não obstante a questionável constituio- nalidade** do dispositivo legal em questão, **que esta** Suprema Corte, *no âmbito de sua competência penal originária, tem observado* a prerrogativa **inscrita** no art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal, **em situações nas quais** as autoridades mencionadas em referido dispositivo, **desde que arroladas como teste- munhas, optem pela prestação do depoimento por escrito, como sucedeu, p. ex., em relação aos então** Presidentes da República (Luiz Inácio Lula da Silva) **e**

da Câmara dos Deputados (Michel Temer), **valendo destacar**, por oportuno, **a decisão** que o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, Relator **da AP** 470/MG (“Mensalão”), **proferiu** a esse respeito:

**“Considerando o disposto no § 1º do art. 221 do CPP, oficiem-se ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República [Lula] e ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados [Michel Temer] **informando as suas indicações como testemunhas** na presente ação penal, **bem como questionando se desejam ser ouvidos pessoalmente** (CPP, art. 221, ‘caput’) **ou por escrito** (CPP, art. 221, § 1º).**

**Oficie-se, ainda, à subscritora do ofício acima**, enviando cópia deste despacho, bem como **noticiando que o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República já informou que prefere ser ouvido por escrito**, já lhe tendo sido, inclusive, encaminhadas as respectivas perguntas formuladas pelas partes.” (grifei)

**Note-se, portanto, que somente se reconheceu possível** a aplicação da prerrogativa **fundada no § 1º do art. 221 do CPP, a despeito de sua questionável legitimidade constitucional, em relação aos Senhores Presidente e Vice-Presidente da República, bem assim** ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **pelo fato** de Suas Excelências **ostentarem a condição formal de testemunhas**.

**Essa especial prerrogativa de prestar depoimento por escrito, no entanto, não tem aplicabilidade de nem se mostra pertinente** quando as autoridades públicas **figurarem, como sucede, no caso ora em exame, com o atual Presidente da República, como pessoas sob investigação criminal**.

**Vale lembrar, no ponto, ante a singularidade** da regra constante **do § 1º do art. 221 do CPP (que tem destinatários específicos e exclusivos), que essa norma legal, além de adstringir-se, unicamente, aos Chefes dos Poderes da República, somente** pode ser por eles invocada **quando arrolados como testemunhas, e como testemunhas apenas**.

**Não foi por outra razão** que o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator **do Inq** 3.006/RN, **assim decidiu a matéria**:

**“Manifesta o investigado E. P. através da Petição sob protocolo STF/nº 25.235/2011, em vista de sua intimação para prestar, a convite, depoimento perante o Departamento de Polícia Federal nas investigações atualmente em curso perante este Supremo Tribunal Federal, o propósito de responder, por escrito, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Ministério Público, esperando que o seu representante, com funções junto a esta Suprema Corte, apresente o respectivo rol.**

**O pedido formulado carece de fundamento legal.**

**Cuidando-se de interrogatório, a única previsão para que o investigado o faça por escrito repousa nos incisos II e III do art. 192 do CPP, no caso dos mudos e dos surdos-mudos (...).**” (grifei)

**Lapidar**, sob todos os aspectos, **a precisa, correta e primorosa** decisão **proferida** pelo eminente e saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, Relator **do Inq** 3.984/DF, **que apreciou e denegou pedido** que lhe foi dirigido e formulado **pelo Senador Renan Calheiros, então Presidente do Senado Federal, que pretendia, com apoio no art. 221, § 1º, do CPP, prestar depoimento por escrito** à autoridade policial federal, **não obstante a sua condição de investigado** em procedimento criminal contra ele instaurado:

**“1. Por meio da petição protocolada sob o número 25.360/2016, José Renan Vasconcelos Calheiros, Senador da República, aduziu, em linhas gerais, que: (a) ‘a autoridade policial que preside essa investigação enviou ofício ao Presidente do Senado da República, com o objetivo de fixar data para a sua inquirição nos autos do inquérito 3984, prevista para o dia 25 de maio próximo’; (b) são irrenunciáveis as prerrogativas conferidas ao Presidente do Senado Federal, sendo necessário observar o disposto no art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal. Requer, ao final, que ‘seja reconhecida sua prerrogativa processual em prestar depoimentos por escrito, na forma**

**do disposto no art. 221, § 1º, CPP, suspendendo-se o ato de inquirição já designado para o próximo dia 25 de maio, e determinado-se, desde logo, as providências necessárias ao agendamento do depoimento do Senhor Presidente do Senado Federal’.**

**2. Com vista dos autos, o Ministério Público [Dr. Rodrigo Janot] manifestou-se nos seguintes termos** (petição 26261/2016):

[...]

**O requerimento deve ser indeferido.**

**A prerrogativa prevista no art. 221, § 1º, do CPP é aplicável ao parlamentar a ser ouvido no processo ou investigação como testemunha, não como investigado. Ao interrogatório (Título VII, Capítulo III, do CPP) incide disciplina jurídica distinta da prova testemunhal (Título VII, Capítulo VI, do CPP).**

[...]

**Pelo exposto, o Procurador-Geral da República pugna pelo indeferimento do requerimento de fls. 02/04 dos autos em epígrafe’.**

**3. Sobre a temática, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que, ‘tratando-se de parlamentar indiciado, submetido a investigação penal, não tem ele a prerrogativa a que se refere o art. 221 do CPP. Com efeito, aqueles que figuram como indiciados (inquérito**

**policial) ou como réus (processo penal), em procedimentos instaurados ou em curso perante o Supremo Tribunal Federal, não dispõem da prerrogativa instituída pelo art. 221 do CPP, eis que essa norma legal somente se aplica às autoridades que ostentem a condição formal de testemunha ou de vítima’ (Pet 4600, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 05/11/2009, publicado em DJe-223 DIVULG 26/11/2009 PUBLIC 27/11/2009). Nessa linha, reforça o Relator ‘que o art. 221 do CPP – que constitui típica regra de direito singular – não se estende nem ao indiciado nem ao réu, os quais, independentemente da posição funcional que ocupem, deverão comparecer, perante a autoridade competente, em dia, hora e local por esta unilateralmente designados. É que a exceção estabelecida pelo legislador somente contempla determinadas autoridades que tenham sido arroladas como testemunhas ou como vítimas’ (Inq 1628, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/05/2000, publicado em DJ 16/05/2000 PP-00013).**

**4. No caso dos autos, é certo que o requerente figura como investigado, conforme consignado na decisão de abertura deste inquérito, em 9.3.2015:**  
(...)

**5. Ante o exposto, acolho a manifestação do Ministério Público e indefiro a postulação.”**

**(Inq 3.984/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)**

**Não desconheço** que os eminentes Ministros EDSON FACHIN (Inq 4.483/DF) e ROBERTO BARROSO (Inq 4.621/DF) **deferiram** ao então Presidente da República Michel Temer **a possibilidade** de apresentar **depoimento por escrito, fazendo-o com apoio** no art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal, **apesar da condição de investigado ostentada pelo à época** Chefe de Estado em referidos procedimentos penais.

**Entendo, com toda vênia devida** a esses eminentes, dignos, respeitáveis e brilhantes Juízes da Suprema Corte, **que a orientação** por eles perfilhada e apoiada em sumária fundamentação **não pode ser aplicada** aos Chefes dos Poderes da República, **inclusive ao próprio Presidente da República, quando se registrar situação em que figurem eles como suspeitos, investigados ou réus, consideradas as razões que venho longamente de expor na presente decisão.**

**Os fundamentos** que anteriormente expus, **apoiados em substancioso “corpus” doutrinário, no sentido de que o Presidente da República, quando sujeito** a investigação criminal (**como sucede no caso**), **não tem direito à prerrogativa a que se refere o § 1º do art. 221 do CPP (depoimento por escrito), vêm de ser corroborados** em preciosa análise da lavra do eminente Advogado e Professor BRUNO SELIGMAN DE MENEZES (“**Depoimento por escrito de Autoridades: Quais os Limites?**”, “in” Jota Info, edição de 29/05/2020), **que assim corretamente manifestou** o seu pensamento **a respeito** da matéria ora em exame:

**“(...) a prerrogativa é de clara incidência para a prova testemunhal. Quisesse o legislador estendê-la ao investigado, teria tido a cautela de incluí-la no capítulo do interrogatório, como o fez, por exemplo, com o procedimento de oitiva dos surdos, mudos ou surdos-mudos, em que o parágrafo único do artigo 223 faz expressa menção ao artigo 192, ambos do Código de Processo Penal.**

**Além de toda a dificuldade na produção probatória por escrito, em si, que se projeta tanto a testemunha quanto para o investigado, há um outro ponto a ser observado. Há um rigor na solenidade de se interrogar um investigado ou acusado. Desde os anos 60, no caso Miranda v. Arizona, a observância das regras de Miranda tornou-se imperativa para a validade do interrogatório. A Constituição Federal de 1988 contemplou o direito ao silêncio, em seu artigo 5º, e o Supremo, principalmente na década de 90, em que a interpretação de uma nova ordem constitucional se afirmava, foi definitivo ao dizer que mais do que assegurar, formalmente, o direito ao silêncio, é indispensável que ele seja assegurado materialmente, com toda a extensão do direito contra a autoincriminação.**

**(...) com relação ao Presidente da República, a falta de previsão específica no Código de Processo Penal já autoriza concluir que não se trata de omissão, senão que uma escolha deliberada de se garantir a prerrogativa unicamente às**

**testemunhas. A não observância atrapalha, de um lado, a condução do interrogatório (e seu papel de apuração sumária dos fatos), mas, de outro, compromete frontalmente o princípio do ‘nemo tenetur se detegere’.” (grifei)**

**Mostra-se definitiva** sobre a questão ora em análise **a douda lição** expendida por VLADIMIR ARAS, eminente Procurador Regional da República em Brasília/DF (“O Depoimento de Altas Autoridades no Processo Penal Brasileiro”, “in” “O Estado de S. Paulo”, edição de 08/05/2020), **cujo texto, por relevante, transcrevo “in extenso”:**

**“O CPP regula a produção de prova oral, na forma de depoimentos, para testemunhas, e no formato de interrogatórios, para investigados ou acusados. Em regra, tais inquirições são orais, sendo esta uma regra válida para investigações comuns e para aquelas do foro especial.**

**(...)**

**A exceção mais importante à oralidade está no art. 192 do CPP, que regula as inquirições das pessoas com deficiência (PCD) – surdos, mudos e surdos-mudos –, que podem ser feitas inteiramente ou parcialmente por escrito, sejam eles testemunhas ou réus. Há razões plenamente justificáveis para que assim se proceda, razões estas por ora incontornáveis e facilmente compreensíveis.**

**A outra exceção à oralidade na prova narrativa está no § 1º do art. 221 do CPP, que permite a tomada de depoimentos por escrito de testemunhas que ocupem altos cargos nos órgãos de soberania:**

*‘§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal **poderão optar pela prestação de depoimento por escrito**, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.’*

**Qual tem sido a posição da Suprema Corte nesta matéria?**

**O INQ 4831/DF nos oferece uma boa oportunidade de reflexão sobre a oralidade.** Em tramitação no STF, esta apuração foi instaurada a pedido do PGR, em função de narrativa do ex-ministro da Justiça Sergio Moro, quando de sua demissão em abril de 2020.

**Os fatos sob investigação**, na suposição da prática de crime comum, são de competência do plenário do STF, na forma do art. 5º do Regimento Interno do tribunal, e de atribuição da Procuradoria-Geral.

**Ao deferir diligências indicadas pelo PGR**, o min. Celso de Mello **registrou** no INQ 4831/DF **que a prerrogativa de ser ouvido por escrito**

**não se aplica a altas autoridades que sejam investigadas ou rés. Para ele, a faculdade do § 1º do art. 221 do CPP volta-se apenas a tais pessoas quando na condição de testemunhas.**

(...)

**No entanto, se o investigado for o presidente da República, o Vice-Presidente ou os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, seus interrogatórios deverão ser feitos oralmente ou por escrito?**

**O ministro relator do INQ 4831/DF já externou sua posição, que era, de há muito, conhecida.** O art. 221 do CPP **‘não se estende nem ao investigado nem ao réu, os quais, independentemente da posição funcional que ocupem na hierarquia de poder do Estado, **deverão comparecer**, perante a autoridade competente, em dia, hora e local por ela **unilateralmente** designados’** (INQ 4831/DF, Rel. Min Celso de Mello, d. em 5.5.2020).

**O ministro Celso de Mello citou precedente de sua própria lavra: o INQ 1.628/DF, decidido em 11 de maio de 2000, há exatos 20 anos**, no caso do deputado federal Paulo Marinho, **então investigado** por suposto crime previsto na Lei de Licitações. **Ali se decidiu:** ‘Impõe-se acentuar, ainda, que o parlamentar indiciado, sujeito a investigação policial, não tem a prerrogativa a que se refere o art. 221 do CPP. (...) Essa norma legal só se aplica às autoridades que ostentem a condição formal de testemunha’.

***Este julgado do ano 2000 faz referência a caso de 1999, o INQ 1504/DF, no qual o ministro Celso de Mello também rejeitou a extensão da prerrogativa do art. 221 do CPP a autoridade que não aparecia como testemunha, nos estritos termos da lei. O investigado era o senador Luiz Estêvão:***

***‘Congressista que não é testemunha, mas que figura como indiciado ou réu: ausência da prerrogativa processual a que se refere a lei (CPP, art. 221) – Os Senadores e os Deputados somente dispõem da prerrogativa processual de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e a autoridade competente, quando arrolados como testemunhas (CPP, art. 221; CPC, art. 411, VI). Essa especial prerrogativa não se estende aos parlamentares, quando indiciados em inquérito policial ou quando figurarem como réus em processo penal.’ (STF, Inq. 1504/DF, rel. min. Celso de Mello, d. em 17.06.1999).***

***O que isto significa?***

***O ministro Celso de Mello reiterou seu posicionamento de que qualquer autoridade investigada no INQ 4381/DF deverá depor presencialmente, oralmente, no dia e local indicados pela autoridade interrogante, e não por escrito. Neste contexto, o ministro relator referia-se obviamente ao presidente Jair Bolsonaro.***

***Todavia, em outubro de 2017, no INQ 4621/DF, em que era investigado o então presidente Michel Temer, o ministro relator Roberto Barroso adotou outra linha e autorizou a tomada de depoimento por escrito.***

***Mesmo sendo ele o investigado, permitiu-se ao presidente: (1) indicar data e local para interrogatório pela Polícia; ou (2) informar se preferia encaminhar sua manifestação por escrito; ou (3) exercer o direito de se manter em silêncio. Ali se lê:***

***‘Quanto à oitiva do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, à falta de regulamentação específica – e observada a estatura da função –, estabeleço que se observe a regra prevista no art. 221 do Código de Processo Penal, referente à oitiva de autoridades pelo juiz, no processo judicial, na condição de testemunhas. Assim, mesmo figurando o Senhor Presidente na condição de investigado em inquérito policial, seja-lhe facilitado indicar data e local onde queira ser ouvido pela autoridade policial, bem como informar se prefere encaminhar por escrito sua manifestação, assegurado, ainda, seu direito constitucional de se manter em silêncio.’ (STF, INQ 4621, min. Roberto Barroso, d. 5.10.2017).***

***Em minha opinião, a decisão do min. Roberto Barroso, além de carecer de fundamento legal,***

**amplia**, por mera deferência litúrgica ou dignitária, **a prerrogativa reservada** pelo CPP de 1941 **a autoridades que figuram no processo como testemunhas**.

**Já a posição do min. Celso de Mello, que vem sendo reiterada desde, pelo menos, o ano de 1999:**

- (1) observa** o art. 221 do CPP, sem inovar;
- (2) é isonômica**, pois não cria entre os cidadãos distinções não autorizadas pela Constituição ou pela lei;
- (3) não deprime nem reduz** a publicidade do processo judicial, elemento impactado pela conversão do depoimento oral em mero registro estático escrito;
- (4) preserva a concentração e a imediatidade** da produção da prova, **mantendo a interação presencial** entre o réu e o seu juiz natural **ou** entre aquele e a autoridade responsável pelo interrogatório;
- (5) evita** que, na fase judicial, se impeça ou se atravanque o exercício adequado da cross-examination (arts. 212 e 473 do CPP) e a realização de reperguntas e perguntas complementares (arts. 188 e 474 do CPP);
- (6) impede que se inviabilize** eventual audiência de acareação, cuja utilidade maior depende da oralidade (art. 230 do CPP);
- (7) sem violar a ampla defesa e o direito ao silêncio, preserva** a utilidade probatória

do interrogatório, pois mantém a dinâmica e a riqueza da inquirição oral, não a substituindo por respostas anódinas, milimetricamente estudadas.

**Embora sem dizê-lo, a linha adotada por Celso de Mello fortalece a ideia de que a oralidade é um dos traços característicos do sistema acusatório. Este traço deve informar todos os seus atos e etapas, especialmente a coleta desse tipo de prova, que é essencialmente verbal. A palavra ‘audiência’, tão utilizada no processo judicial, remete obviamente à oralidade. E é na audiência que se produz a informação ou a prova.**

**Respeitada sua faceta de meio ou instrumento de defesa, o interrogatório oral, na sua vertente probatória, permite o exame da versão e das razões e justificativas do investigado ou do acusado de forma mais rica e precisa. Tal escrutínio será ainda mais necessário quando estiver no polo passivo uma alta autoridade do Estado, sujeita a níveis mais rigorosos de ‘accountability’.**

**Um caso extraído do direito comparado, útil no diálogo das cortes, é instrutivo sobre uma abordagem possível. Em agosto de 1998, no caso Monica Lewinsky, o então presidente Bill Clinton prestou depoimento ao júri de acusação (grand jury). O local e a data foram ajustados entre a Promotoria e a defesa do presidente**

norte-americano. **O promotor especial Kenneth Starr, que investigava Clinton, deslocou-se à Casa Branca para o interrogatório, e os jurados assistiram à inquirição por videoconferência. Depoimento oral, jamais escrito.**

**Em suma, o texto do art. 221 do CPP deve prevalecer no STF e nas demais instâncias policiais e judiciárias, uma vez que não há lacuna legislativa a preencher ou excesso a decotar. O legislador de 1941 regulou detalhadamente a questão, conscientemente conferindo tratamento distinto a investigados e réus** – que sempre depõem oralmente, salvo se forem PCD – e a testemunhas – que, a depender da posição que ocupam, podem ser inquiridas por escrito.

**Se alguma alteração há de ser feita no CPP, neste ponto, que o seja pela via legislativa, não para conferir mais espaço às escrituras, mas para reduzi-las ao essencial, isto é, para circunscrever a possibilidade de tomada de depoimento por escrito à inquirição de pessoas com deficiência auditiva ou de fala. Em todos os demais casos, de ‘lege ferenda’, as inquirições deveriam ser sempre orais, sem prejuízo da manter-se a prerrogativa residual e razoável de que certas autoridades, especialmente os chefes de Poder e do Ministério Público, possam fixar dia, hora e lugar para seus depoimentos.**

**Não podemos prescindir da oralidade no processo penal, como elemento instrumental para**

**um processo justo e um contraditório efetivo.** Conforme nos conta Lucas em Atos dos Apóstolos 25:16, o governador Pórcio Festo (60 a 62 d. C.), invocando o direito de sua época e referindo-se ao apóstolo Paulo, então preso em Cesareia, lembrou não ser costume dos romanos condenar quem quer que fosse, sem que o acusado tivesse diante de si os seus acusadores e pudesse defender-se [oralmente] da acusação. Uma lição de processo de quase dois mil anos.” (grifei)

**Em suma: não assiste ao Presidente da República, enquanto** ostentar a condição formal de suspeito, de investigado, de indiciado **ou** de réu, **o direito** à observância, **por parte** da autoridade competente, da norma consubstanciada **no art. 221 e respectivo § 1º** do CPP, cuja incidência **somente** se legitima, **não obstante a duvidosa constitucionalidade** do “depoimento por escrito”, na única e singular hipótese de o Chefe do Poder Executivo da União **figurar como testemunha** – e como testemunha apenas.

**Na realidade, o Presidente da República** – quando se qualificar **como investigado ou como réu** – **terá, como qualquer outra pessoa,** o direito de ver respeitadas, **por parte** do Poder Público, **tal como** precedentemente já enfatizei **no início** desta decisão (item n. 3), **as garantias individuais** fundadas na cláusula do “due process of law”, **podendo, até mesmo, recusar-se** a comparecer ao ato de interrogatório policial ou judicial (**ADPF 395/**

**DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES) ou, caso opte por comparecer pessoalmente, exercer o direito ao silêncio (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), não podendo sofrer, em hipótese alguma, condução coercitiva em razão da prática legítima do seu direito de ausência (ADPF 444/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES), cabendo-lhe, ainda, como se reconhece a qualquer pessoa sob “persecutio criminis”, o direito de não ser obrigado nem constrangido a produzir provas contra seus próprios interesses (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), como tem sido reiteradamente assinalado pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

**“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade.**

(...)

**7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do**

**implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.** Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. **O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado.**

**8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII.** A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado.

**9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.**

**10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista**

**que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão ‘para o interrogatório’, constante do art. 260 do CPP.”**

**(ADPF 444/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)**

**“ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, QUE COMPREENDE, ENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO**

– **A garantia constitucional** do ‘due process of law’ **abrange**, em seu conteúdo material, **elementos essenciais** à sua própria configuração, **entre os quais avultam**, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (**garantia** de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação **e** ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, **sem** dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório **e** à plenitude de defesa (**direito** à autodefesa **e** à defesa técnica); (e) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) **direito** à igualdade **entre** as partes (**paridade** de armas **e** de tratamento processual); (g) **direito** de **não ser** investigado, acusado processado **ou** condenado **com fundamento exclusivo** em provas **revestidas** de ilicitude, **quer se trate** de ilicitude

originária, **quer se cuide** de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** à prova; (l) **direito** de **ser presumido inocente** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **e**, em consequência, **de não ser tratado**, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, **antes** do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); **e (m) direito** de não se autoincriminar **nem** de ser constrangido a produzir provas **contra si próprio** (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO**

– **A recusa em responder** ao interrogatório policial **e/ou** judicial **e a falta de cooperação** do indiciado **ou** do réu **com as autoridades** que o investigam **ou** que o processam **traduzem** comportamentos que **são inteiramente legitimados** pelo princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a autoincriminação, **especialmente** quando se tratar de pessoa exposta a atos de perseguição penal.

O Estado – **que não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou** réus, como se **culpados** fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – **também não pode** constrangê-los a produzir provas **contra** si próprios (RTJ 141/512), **em face** da cláusula que lhes garante, **constitucionalmente**, a prerrogativa contra a autoincriminação.

**Aquele que sofre** perseguição penal **instaurada** pelo Estado **tem**, entre outras prerrogativas básicas, (a) **o direito de permanecer** em silêncio, (b) **o direito de não ser compelido** a produzir elementos de incriminação **contra** si próprio **nem de ser constrangido** a apresentar provas **que lhe comprometam** a defesa e (c) **o direito de se recusar** a participar, **ativa ou** passivamente, **de procedimentos probatórios** que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como **a reprodução simulada** (reconstituição) do evento delituoso e **o fornecimento** de padrões gráficos **ou** de padrões vocais **para efeito** de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Precedentes.**

– **A invocação** da prerrogativa **contra** a autoincriminação, **além** de inteiramente oponível **a qualquer** autoridade **ou** agente do Estado, **não legitima**, por efeito de sua natureza **eminentemente** constitucional, **a adoção** de medidas que afetem **ou** que restrinjam a esfera jurídica **daquele** contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’ **nem justifica**, por igual motivo, **a decretação** de sua prisão cautelar.

– **O exercício do direito ao silêncio**, que se revela **insuscetível** de **qualquer** censura policial **e/ou** judicial, **não pode** ser desrespeitado **nem** desconsiderado pelos órgãos e agentes da perseguição penal, **porque a prática concreta** dessa prerrogativa constitucional – **além de não importar** em confissão – **jamais poderá** ser interpretada **em prejuízo** da defesa. **Precedentes.**

### **DIREITO A JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS**

– **O direito ao julgamento** sem dilações indevidas **qualifica-se** como prerrogativa fundamental **que decorre** da garantia constitucional do ‘due process of law’.

– **O réu** – **especialmente** aquele que se acha sujeito a medidas cautelares **de privação** da sua liberdade – **tem direito subjetivo de ser julgado**, pelo Poder Judiciário, **dentro** de prazo razoável, **sem** demora excessiva **nem** dilações indevidas. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Art. 7º, ns. 5 e 6). **Doutrina. Jurisprudência.**

– **O excesso de prazo**, quando **exclusivamente** imputável ao aparelho judiciário – **não derivando**, portanto, **de qualquer** fato procrastinatório **causalmente atribuível** ao réu –, **traduz situação anômala que compromete a efetividade** do processo, **pois**, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, **frustra** um direito básico **que assiste** a qualquer pessoa: **o direito à resolução do**

*litígio, sem dilações indevidas, em tempo razoável e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. Doutrina. Precedentes.”*

(HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*9. O direito do coinvestigado (ou, quando for o caso, do corréu) de formular reperguntas ao outro investigado (ou, caso já instaurada a relação processual penal, ao seu litisconsorte penal passivo) nos procedimentos estatais de persecução criminal*

**Revela-se importante, ainda, analisar outra questão, no presente caso, concernente ao reconhecimento da possibilidade jurídica de um dos investigados (Moro) ver garantido o seu direito de formular reperguntas ao outro coinvestigado (Jair Bolsonaro) no respectivo interrogatório policial.**

**A relevância de qualificar-se o interrogatório no curso do inquérito (ou na fase judicial) como expressivo meio de defesa do investigado (ou do acusado) conduz ao reconhecimento de que a possibilidade de o investigado coparticipar, ativamente, do interrogatório dos demais coinvestigados (na espécie, apenas o coinvestigado Jair Bolsonaro) traduz projeção concretizadora da própria garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja integridade há de ser preservada por juízes e Tribunais, sob pena de arbitrária denegação, pelo Poder Judiciário, dessa importantíssima franquia constitucional.**

**Permitir-se o acesso formal do investigado (ou do acusado) aos demais coinvestigados (ou**

**corrêus), mediante reperguntas a eles dirigidas nos respectivos interrogatórios, representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (HC 94.601/CE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.327/RJ, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):**

**“‘HABEAS CORPUS’ – (...) – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO ‘DUE PROCESS’ – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENALIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÊUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – CONTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO ‘EX OFFICIO’, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CORRÊUS.**

(...)

**O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU**

– **Em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial** – **notadamente** após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa** do réu, que, **além de não ser obrigado** a responder **a qualquer** indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. **Doutrina. Precedentes.**

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CORRÉUS NO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL**

– **Assiste a cada um** dos litisconsortes penais passivos **o direito** – **fundado** em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, **incisos** LIV e LV) – **de formular reperguntas aos demais** corréus, que, no entanto, **não estão obrigados** a respondê-las, **em face** da prerrogativa **contra** a autoincriminação, de que **também** são titulares. **O desrespeito** a essa franquia individual do réu, **resultante** da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, **qualifica-se** como causa geradora de nulidade processual absoluta, **por implicar grave transgressão** ao estatuto

constitucional do direito de defesa. **Doutrina. Precedente do STF.**

(HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**“INTERROGATÓRIO – CORRÉUS – FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS – ARTIGO 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

**Implica transgressão ao devido processo legal, ao direito de defesa, indeferir pedido de defensor técnico visando respostas de corréu a perguntas correspondentes aos fatos envolvidos** – **Precedente: ‘Habeas Corpus’ nº 94.016**, Segunda Turma, relator ministro Celso de Mello, apreciado em 16 de setembro de 2008.”

(HC 115.714/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

**“‘HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. DIREITO DE REPERGUNTAS PELO DEFENSOR DO RÉU AOS DEMAIS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 188 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA. (...).**

**I – O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado.**

**II – O indeferimento de reperguntas pelo defensor de um dos réus aos demais corréus ofende os princípios constitucionais da ampla**

**defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. Precedentes (...).**

(HC 116.132/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

**“HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO DE CO-RÉU. DIREITO DE FORMULAR PERGUNTAS. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). (...).**

**1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido de que ‘[a]ssiste a co-réu o direito de formular reperguntas aos demais litisconsortes penais passivos em ordem a conferir real efetividade e plenitude ao direito de defesa’ [Informativo n. 520/STF]. Precedentes. (...).**

(HC 95.225/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

**“HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE REPERGUNTAS DE ADVOGADO DE UM DOS CORRÉUS AO OUTRO CORRÉU DURANTE O INTERROGATÓRIO. DECISÃO QUE VIOLA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. (...).**

**1. A decisão que impede que o defensor de um dos réus repergunte ao outro acusado ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta.**

(...)

**4. Ordem parcialmente concedida para anular a instrução a partir do interrogatório quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas.”**

(HC 101.648/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

**É por isso** que LUIGI FERRAJOLI (**“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”**, p. 486, item n. 2, **traduzido** por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), **ênfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado, põe em destaque, como precedentemente pode acentuar no item n. 5 desta decisão, os aspectos ora mencionados, assinalando, com absoluta procedência, que, “(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar.** ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à

*presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais” (grifei).*

Essa **particular** qualificação jurídica do interrogatório judicial **justifica o reconhecimento** de que se revela possível, **no plano** da “*persecutio criminis in judicio*”, “(...) **que as defesas dos corréus participem dos interrogatórios de outros réus** (...)” (**AP 470-AgR/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **Pleno – grifei**).

**Esse entendimento** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em questão **reflete-se**, por igual, **no magistério da doutrina** (IRAJÁ PEREIRA MESSIAS, “**Da Prova Penal**”, p. 195/196, item n. 9, 2006, Impactus; AMAURY SILVA, “**Interrogatório: Panorama Segundo a Lei 10.792/2003**”, p. 185/187, 2006, Mizuno), **como resulta claro** da lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (“**Curso de Processo Penal**”, p. 32, item n. 3.1.4, 10ª ed., 2008, Lumen Juris):

*“**Embora** ainda haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.*

*É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da ‘garantia de participação’, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta*

*efetividade com que se exerce aludida impugnação.*

***E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de corréu durante o interrogatório de ‘todos os acusados’. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele corréu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de corréus no interrogatório de ‘todos os acusados’.***” (grifei)

**Esse mesmo entendimento**, por sua vez, **é perfilhado** por ANTONIO SCARANCE FERNANDES (“**Prova e Sucedâneos da Prova no Processo Penal**”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 66, p. 224, item n. 12.2):

*“(...) **Ressalta-se que, em virtude de recente reforma do Código, o advogado do corréu tem direito a participar do interrogatório e formular perguntas.***” (grifei)

*Nesse contexto, determino seja assegurado ao coinvestigado Sérgio Fernando Moro o direito de, querendo, por meio de seus Advogados, estar presente ao ato de interrogatório do Senhor Presidente*

da República **a ser realizado** pela Polícia Federal, **garantindo-lhe**, ainda, **o direito** de formular perguntas, **caso as entenda necessárias e pertinentes**.

10. **CONCLUSÃO:** o Senhor Presidente da República, por ostentar a condição de investigado, não dispõe de qualquer das prerrogativas (próprias e exclusivas de quem apenas figure como testemunha ou vítima) a que se refere o art. 221, “caput” e § 1º, do CPP, a significar que a inquirição do Chefe de Estado, no caso ora em exame, deverá observar o procedimento normal de interrogatório (CPP, art. 6º, inciso V, c/c o art. 185 e seguintes), respeitando-se, desse modo, tanto o comparecimento pessoal quanto a necessária relação de direta imediatidade com a autoridade competente (a Polícia Federal, na espécie), conferindo-se, assim, efetividade ao princípio da oralidade, sem prejuízo da possibilidade de o Senhor Sérgio Fernando Moro, querendo, por intermédio de seus Advogados, exercer o direito de participar do ato de interrogatório do Presidente da República e de dirigir-lhe reperguntas (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Sendo assim**, e em face das razões expostas, o Senhor Presidente da República – **que**, nesta causa, **possui a condição de investigado** – **deverá ser inquirido sem a prerrogativa** que o art. 221, § 1º, do CPP **confere**, com exclusividade, **apenas** aos Chefes dos Poderes da República, **quando forem arrolados como testemunhas e/ou como vítimas (e não quando figurarem como investigados ou réus), a significar**

**que a inquirição** do Chefe de Estado, no caso ora em exame, **deverá observar** o procedimento normal, **respeitando-se**, desse modo, **mediante** comparecimento pessoal e em relação de direta imediatidade com a autoridade competente (a Polícia Federal, na espécie), **o princípio da oralidade, assegurando-se** ao Senhor Sérgio Fernando Moro, querendo, **por intermédio** de seus Advogados, **o direito de participar** do ato de interrogatório **e de formular** reperguntas ao seu coinvestigado (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**São essas as razões que me levam a não acolher** o requerimento formulado pelo eminente Senhor Procurador-Geral da República, **que propõe seja propiciada** ao Senhor Presidente da República, **embora investigado criminalmente, a faculdade de optar**, caso assim o deseje, **pelo depoimento por escrito** no contexto de seu interrogatório policial.

Em consequência, indefiro as propostas **deduzidas** pelo eminente Senhor Chefe do Ministério Público da União, Dr. AUGUSTO ARAS (**Petição** nº 51.554/2020, **itens** ns. 2 e 3), **por não assistir** ao Senhor Presidente da República **qualquer** das prerrogativas **enunciadas** no requerimento formulado pela douta Procuradoria-Geral da República (CPP, art. 221, “caput” e seu § 1º), **ressalvada, por óbvio, a possibilidade** de o Chefe de Estado **exercer**, legitimamente, como qualquer cidadão desta República, **o seu direito ao silêncio**.

**Transmita-se, mediante ofício a ser dirigido** aos eminentes Senhores Procurador-Geral da

República e Advogado-Geral da União, **bem assim** à Excelentíssima Senhora Chefe do Serviço de Inquéritos da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal (**SINQ/DICOR**), Dra. CHRISTIANE CORREA MACHADO, **e aos eminentes Senhores Advogados do Senhor Sérgio Fernando Moro, cópia da presente decisão.**

**A ilustre** Senhora Delegada de Polícia Federal **deverá notificar os Advogados** do Senhor Sérgio Fernando Moro, **com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, para que possam, querendo e agindo em nome de seu constituinte, participar** do ato de interrogatório policial do Senhor Presidente da República, **com direito à formulação** de perguntas, **nos termos e com apoio** nos fundamentos **expostos no item n. 9** da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 18 de agosto de 2020.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

(**LOMAN**, art. 71, § 2º)



## 20 MANDADO DE SEGURANÇA 26.441 – DF

**Comissão Parlamentar de Inquérito – Requisitos** para a sua instauração – **Direito das minorias parlamentares** – **Direito de oposição** – Controle jurisdicional – **Legitimidade**. [MS 26.441/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 18-12-2009.]

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS – PRETENDIDA INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO MANDAMENTAL, PORQUE DE NATUREZA “*INTERNA CORPORIS*” O ATO IMPUGNADO – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DE CARÁTER POLÍTICO, SEMPRE QUE SUSCITADA QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA LIQUIDEZ DOS FATOS SUBJACENTES À PRETENSÃO MANDAMENTAL - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES – EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DE QUALQUER DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO

ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER.

– Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, *um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares*, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares.

– A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.

– O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional inconseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

– A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam

no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..

– A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional.

REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CF, ART. 58, § 3º): CLÁUSULA QUE AMPARA DIREITO DE CONTEÚDO EMINENTEMENTE CONTRA-MAJORITÁRIO.

– A instauração de inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Lei Fundamental da República: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto da apuração legislativa e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..

– O requisito constitucional concernente à observância de 1/3 (um terço), no mínimo, para criação de determinada CPI (CF, art. 58, § 3º), refere-se à subscrição do requerimento de instauração da investigação parlamentar, que traduz exigência a ser aferida no momento em que protocolado o pedido junto à Mesa da Casa legislativa, tanto que, “**depois de sua apresentação à Mesa**”, consoante prescreve o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 102, § 4º), não mais se revelará possível a retirada de qualquer assinatura.

– Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não se revestindo de legitimação constitucional o ato que busca submeter, ao Plenário da Casa legislativa, quer por intermédio de formulação de *Questão de Ordem*, quer mediante interposição de recurso ou utilização de qualquer outro meio regimental, a criação de *qualquer* comissão parlamentar de inquérito.

– A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos

corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional, que não dispõe de qualquer parcela de poder para deslocar, para o Plenário das Casas legislativas, a decisão final sobre a efetiva criação de determinada CPI, sob pena de frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalizar e de investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

– A rejeição de ato de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, ainda que por expressiva votação majoritária, proferida em sede de recurso interposto por Líder de partido político que compõe a maioria congressual, não tem o condão de justificar a frustração do direito de investigar que a própria Constituição da República outorga às minorias que atuam nas Casas do Congresso Nacional.



## 21 MANDADO DE SEGURANÇA 26.603 – DF

**Infidelidade partidária – Previsão constitucional – Perda de mandato.** [MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 19-12-2008.]

MANDADO DE SEGURANÇA

DF – DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

IMPTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

IMPDO.(A/S): ATILA FREITAS LIRA

IMPDO.(A/S): PSB – PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO

MPDO.(A/S): DJALMA VANDO BERGER

ADV.(A/S): JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): LEONARDO ROSÁRIO DE ALCÂNTARA

IMPDO.(A/S): ANTONIO MARCELO TEIXEIRA SOUSA

IMPDO.(A/S): VICENTE FERREIRA DE ARRUDA COELHO

IMPDO.(A/S): VICENTE ALVES DE OLIVEIRA

IMPDO.(A/S): PR – PARTIDO DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA (12330/DF) E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): ARMANDO ABÍLIO VIEIRA

IMPDO.(A/S): PTB – PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV.(A/S): ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS (35580/GO) E OUTRAS

EMENTA: **MANDADO DE SEGURANÇA** – **QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS** – O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO

DOCUMENTAL **E** A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – **NECESSIDADE** DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – **A COMPREENSÃO** DO CONCEITO DE *AUTORIDADE COATORA*, **PARA FINS** MANDAMENTAIS – **RESERVA** ESTATUTÁRIA, **DIREITO** AO PROCESSO **E EXERCÍCIO** DA JURISDIÇÃO – **INOPONIBILIDADE**, AO PODER JUDICIÁRIO, DA *RESERVA DE ESTATUTO*, **QUANDO INSTAURADO** LITÍGIO CONSTITUCIONAL **EM TORNO** DE ATOS PARTIDÁRIOS “*INTERNA CORPORIS*” – **COMPETÊNCIA NORMATIVA** DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – **O INSTITUTO DA “CONSULTA”** NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: **NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS** – POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, **EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR** TESE JURÍDICA **EM FACE** DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – **CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF – FIDELIDADE PARTIDÁRIA – A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER – MANDATO ELETIVO – VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR – INFIDELIDADE PARTIDÁRIA – CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIACÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO – POSSIBILIDADE**, EM TAIS SITUAÇÕES, **DESDE** QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, **DE**

**O PARLAMENTAR**, NO ÂMBITO DE **PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO** PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, **MANTER** A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO – **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA**, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, **DO PRINCÍPIO** DO “*DUE PROCESS OF LAW*” (CF, ART. 5º, **INCISOS LIV E LV**) – **APLICAÇÃO ANALÓGICA** DOS ARTS. 3º **A** 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 **AO REFERIDO** PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – **ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO**, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, **DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF – OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A SUBSISTÊNCIA** DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS **PRATICADOS** PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: **CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE – O PAPEL** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **NO EXERCÍCIO** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **E A RESPONSABILIDADE** POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE **NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA** DA CONSTITUIÇÃO – **O MONOPÓLIO** DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE,

**EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.**

### **PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

– **A Constituição da República**, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático **e ao proclamar** os postulados básicos **concernentes** às instituições partidárias, **consagrou**, em seu texto, **o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos**, definindo princípios, que, **revestidos** de estatura jurídica incontestável, **fixam** diretrizes normativas **e instituem** vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. **Precedentes.**

– **A normação constitucional** dos partidos políticos – **que concorrem** para a formação da vontade política do povo – **tem por objetivo** regular **e disciplinar**, em seus aspectos gerais, **não só** o processo de institucionalização desses corpos intermediários, **como também assegurar** o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, **na medida em que pertence** às agremiações partidárias – **e somente a estas – o monopólio das candidaturas** aos cargos eletivos.

– **A essencialidade** dos partidos políticos, no Estado de Direito, **tanto** mais se acentua **quando** se tem em consideração **que representam eles** um instrumento decisivo **na concretização** do

princípio democrático **e exprimem**, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, **um dos meios fundamentais no processo de legitimação** do poder estatal, **na exata medida** em que o Povo – fonte **de que emana** a soberania nacional – **tem, nessas agremiações, o veículo necessário** ao desempenho das funções de regência política do Estado.

As agremiações partidárias, **como corpos intermediários que são**, posicionando-se **entre** a sociedade civil **e** a sociedade política, **atuam** como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos **e** das reivindicações sociais **dos diversos** estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

#### **A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O “SISTEMA PROPORCIONAL”.**

– **O mandato representativo não constitui** projeção de um direito pessoal **titularizado** pelo parlamentar eleito, **mas representa**, ao contrário, **expressão que deriva** da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral **resulta** de “*fundamento constitucional autônomo*”, **identificável tanto** no art. 14, § 3º, inciso V (**que define** a filiação partidária como

condição de elegibilidade) **quanto** no art. 45, “*caput*” (**que consagra** o “*sistema proporcional*”), da Constituição da República.

– **O sistema eleitoral proporcional:** um modelo **mais** adequado ao exercício **democrático** do poder, **especialmente** porque **assegura**, às minorias, **o direito** de representação **e viabiliza**, às correntes políticas, **o exercício** do direito de oposição parlamentar. **Doutrina.**

– **A ruptura** dos vínculos de caráter partidário **e** de índole popular, **provocada** por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido **e** infidelidade ao povo), **subverte** o sentido das instituições, **ofende** o senso de responsabilidade política, **traduz** gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, **compromete** o modelo de representação popular **e frauda**, de modo acintoso **e** reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, **introduzindo** fatores de desestabilização na prática do poder **e gerando**, como imediato efeito perverso, **a deformação** da ética de governo, **com projeção vulneradora** sobre a própria razão de ser **e** os fins visados **pelo sistema eleitoral proporcional, tal como** previsto **e** consagrado pela Constituição da República.

#### **A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO.**

– **A exigência** de fidelidade partidária **traduz e reflete** valor constitucional **impregnado** de elevada significação político-jurídica, **cuja observância**, pelos detentores de mandato legislativo, **representa expressão** de respeito **tanto** aos cidadãos que os elegeram (**vínculo popular**) **quanto** aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (**vínculo partidário**).

– **O ato** de infidelidade, **seja** ao partido político, **seja**, com maior razão, **ao próprio** cidadão-eleitor, **constitui** grave desvio ético-político, **além de representar** inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, **na medida** em que migrações inesperadas, **nem** sempre motivadas por **justas** razões, **não só surpreendem** o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – **desfalcando-as** da representatividade por elas conquistada nas urnas –, **mas culminam** por gerar **um arbitrário** desequilíbrio de forças no Parlamento, **vindo**, até, **em clara fraude** à vontade popular e **em frontal transgressão** ao sistema eleitoral proporcional, **a asfixiar**, **em face** de súbita redução numérica, **o exercício pleno** da oposição política.

A prática da infidelidade partidária, **cometida** por detentores de mandato parlamentar, **por implicar** violação ao sistema proporcional, **mutila** o direito das minorias **que atuam** no âmbito social, **privando-as** de representatividade nos corpos legislativos, e **ofende** direitos

essenciais – **notadamente** o direito de oposição – **que derivam** dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, **tais como** a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V).

– **A repulsa jurisdicional** à infidelidade partidária, **além de prestigiar** um valor **eminentemente** constitucional (CF, art. 17, § 1º, “*in fine*”), (a) **preserva** a legitimidade do processo eleitoral, (b) **faz respeitar** a vontade soberana do cidadão, (c) **impede** a deformação do modelo de representação popular, (d) **assegura** a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) **valoriza e fortalece** as organizações partidárias e (f) **confere primazia** à fidelidade que o Deputado eleito **deve observar** em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.

#### **HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO.**

– **O parlamentar**, **não obstante** faça cessar, **por sua própria iniciativa**, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, **tem o direito** de preservar o mandato que lhe foi conferido, **se e quando** ocorrerem situações **excepcionais** que justifiquem esse **voluntário** desligamento partidário, **como**, p. ex., **nos casos** em que se demonstre “**a existência de mudança**

*significativa de orientação programática do partido” ou “em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou” (Min. Cezar Peluso).*

### **A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.**

– **O Tribunal Superior Eleitoral**, no exercício da competência **normativa** que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, **pode, validamente, editar** resolução **destinada** a disciplinar **o procedimento** de justificação, **instaurável** perante órgão **competente** da Justiça Eleitoral, **em ordem** a estruturar, de modo formal, **as fases rituais** desse mesmo procedimento, **valendo-se**, para tanto, **se** assim o entender pertinente, **e para colmatar** a lacuna normativa existente, da “*analogia legis*”, **mediante** aplicação, **no que couber**, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90.

– Com esse **procedimento** de justificação, **assegura-se**, ao partido político **e** ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, **a possibilidade** de demonstrar, **com ampla** dilação probatória, **perante** a própria Justiça Eleitoral – **e com pleno** respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) – , **a ocorrência**, ou não, **de situações excepcionais** legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (**Consulta** TSE

nº 1.398/DF), para que se possa, **se e quando** for o caso, **submeter**, ao Presidente da Casa legislativa, **o requerimento de preservação** da vaga obtida nas eleições proporcionais.

### **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.**

A **desfiliação partidária** do candidato eleito **e** a sua **filiação** a partido **diverso** daquele sob cuja legenda se elegeu, **ocorridas sem** justo motivo, **assim reconhecido** por órgão competente da Justiça Eleitoral, **embora configurando** atos de transgressão à fidelidade partidária – **o que permite**, ao partido político prejudicado, **preservar** a vaga **até então** ocupada pelo parlamentar infiel – , **não** geram **nem** provocam **a invalidação** dos atos legislativos **e** administrativos, para cuja formação **concorreu**, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. **Aplicação**, ao caso, **da teoria** da investidura funcional aparente. **Doutrina. Precedentes.**

### **REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.**

– **Os precedentes** firmados pelo Supremo Tribunal Federal **desempenham** múltiplas **e**

relevantes funções no sistema jurídico, **pois lhes cabe conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide **e** em decorrência deles, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes **e preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado.

– **Os postulados** da segurança jurídica **e** da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social **e** jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **inclusive** as de direito público, **sempre** que se registre alteração **substancial** de diretrizes hermenêuticas, **impondo-se** à observância **de qualquer** dos Poderes do Estado **e**, desse modo, **permitindo** preservar situações **já consolidadas** no passado **e anteriores** aos marcos temporais **definidos** pelo próprio Tribunal. **Doutrina. Precedentes.**

– **A ruptura** de paradigma **resultante** de **substancial** revisão de padrões jurisprudenciais, **com o reconhecimento do caráter partidário** do mandato eletivo proporcional, **impõe, em respeito à exigência** de segurança jurídica **e ao princípio** da proteção da confiança dos cidadãos, **que se defina** o momento **a partir** do qual terá aplicabilidade **a nova** diretriz hermenêutica.

– **Marco temporal** que o Supremo Tribunal Federal **definiu** na matéria ora em julgamento: **data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou** a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) **e**, nela, **respondeu, em tese, à indagação** que lhe foi submetida.

### **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

– **O exercício** da jurisdição constitucional, que **tem** por objetivo **preservar** a supremacia da Constituição, **põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política **em que se projeta** a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **assenta-se** a magna prerrogativa **de decidir**, em última análise, sobre a própria **substância** do poder.

– **No poder de interpretar** a Lei Fundamental, **reside** a prerrogativa extraordinária de **(re)formulá-la, eis** que a interpretação judicial **acha-se compreendida** entre os *processos informais de mutação constitucional*, **a significar**, portanto, que “*A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la*”. **Doutrina. Precedentes.**

– **A interpretação constitucional derivada** das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal

Federal – **a quem se atribuiu** a função emi-  
nente de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102,  
“*caput*”) – **assume** papel **de fundamental** impor-  
tância na organização institucional do Estado  
brasileiro, **a justificar** o reconhecimento de que  
o modelo político-jurídico **vigente** em nosso País  
**conferiu**, à Suprema Corte, a singular prerroga-  
tiva de dispor do *monopólio da última palavra em*  
**tema** de exegese das normas inscritas no texto da  
Lei Fundamental.

## VOTO

(s/ questões prévias)

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Re-  
lator):** A presente impetração **insurge-se** contra  
decisão **emanada** do Senhor Presidente da Câma-  
ra dos Deputados, **que indeferiu requerimento**  
formulado pelo PSDB, **no qual** essa agremiação  
partidária **postulava** a “*Declaração de vacância,*  
*por renúncia presumida, de mandatos exercidos por*  
*Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que*  
*hijam mudado de filiação partidária*” (fls. 42).

**O Senhor Presidente** da Câmara dos Deputa-  
dos – autoridade apontada como coatora, **por ser** a  
expressão **visível** da unidade institucional dessa Casa  
do Congresso Nacional **e por lhe competir**, por isso  
mesmo, a direção superior de referida instituição  
parlamentar –, **ao indeferir o pleito** do ora impetran-  
te, **apoiou-se** nos seguintes fundamentos (fls. 43/45):

“**Trata-se de requerimento** apresentado, aos 3  
de abril de 2007, pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMO-  
CRACIA BRASILEIRA - PSDB.

**Com fundamento em resposta do Tribunal  
Superior Eleitoral - TSE à consulta** formulada  
pelos Democratas - DEM, **a qual concluiu** que ‘os  
partidos políticos **e** as coligações **conservam o**  
**direito à vaga** obtida pelo sistema eleitoral propor-  
cional, **quando houver** pedido de cancelamento de  
filiação **ou de transferência do candidato eleito**  
**por um partido para outra legenda**’, **solicita seja**  
**a mudança de filiação partidária**, por Deputados  
Federais eleitos sob aquele partido, **considerada**  
**como renúncia ao mandato parlamentar, decla-**  
**rando-se**, conseqüentemente, **vagos** os cargos **e**  
**convocando-se** os Suplentes da legenda.

**É o relatório.**

**Decido.**

**Preliminarmente**, cumpre esclarecer que, **sem**  
adentrar seu mérito, **a resposta do TSE à con-**  
**sulta** feita em tese pelo DEM **tão-somente contém**  
**esclarecimento** daquela Corte, **não fazendo** coisa  
julgada (TSE-BE n° 36/567).

**Ademais**, as **únicas** hipóteses de vacância do  
mandato parlamentar são aquelas **expressa-**  
**mente** previstas no art. 238 do Regimento Interno  
da Câmara dos Deputados – RICD, **quais sejam:**  
**falecimento, renúncia e perda do mandato.**

**O PSDB**, como já se disse, **solicita sejam**  
**declarados vagos** os mandatos ora exercidos por

Deputados **eleitos** sob aquela legenda **que tenham mudado** de filiação partidária, **ao argumento** de que esses Parlamentares, **em praticando** tal conduta, **haveriam, tacitamente, renunciado** a seus mandatos. **Sequer cogita** o Requerente de perda de mandato, **visto que mudança** de filiação partidária **não se encontra** entre as hipóteses de perda de mandato parlamentar previstas no art. 55 da Constituição Federal.

**Ora**, nos termos **do art. 239**, ‘caput’ e § 1º, do RICD, ‘litteris’,

**a declaração de renúncia** do Deputado ao mandato **deve** ser dirigida **por escrito** à Mesa, **e independe** de aprovação da Câmara, **mas somente** se tornará efetiva e irretratável **depois** de lida no expediente e publicada no Diário da Câmara dos Deputados.

**§ 1º Considera-se também haver renunciado:**

**I – o Deputado que não prestar** compromisso no prazo estabelecido neste Regimento;

**II – o Suplente que, convocado, não se apresentar** para entrar em exercício no prazo regimental.

**É dizer, a renúncia ao mandato é prerrogativa** do renunciante, **devendo** ser expressa e escrita, **somente se tornando efetiva e irretratável** depois de lida no expediente e publicada no ‘Diário

da Câmara dos Deputados’. **Apenas excepcionalmente**, pode ser presumida **nos casos** de não-prestação do compromisso no prazo regimental, em se tratando de Deputados, e de não-apresentação para entrada em exercício, em se cuidando de Suplentes.

À toda evidência, **a mudança** de filiação partidária **também não figura** entre as hipóteses de renúncia presumida, **previstas**, ‘*numerus clausus*’, **no § 1º do art. 239 do RICD**.

**Posto isso, não está esta Presidência autorizada a considerar como renúncia a mudança de filiação partidária** por Deputados eleitos sob o PSDB e, por conseguinte, **declarar vagos** os mandatos por eles exercidos, **convocando os Suplentes da legenda**, em vista de essa hipótese **não figurar** entre aquelas expressamente previstas no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, **razão por que**, forçosamente, **julgo improcedente o pedido**.” (grifei)

**É importante lembrar** que a consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), **hoje Democratas (DEM)**, **dirigida** ao E. Tribunal Superior Eleitoral, **consubstanciou-se** na seguinte indagação:

**“Os partidos e coligações têm o direito de preservar** a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, **quando houver pedido** de cancelamento

de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?” (grifei)

O E. Tribunal Superior Eleitoral, ao “responder positivamente à consulta”, **resolveu-a** em pronunciamento assim ementado (**Consulta nº 1.398/DF**, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA):

**“CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIAÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA.”** (grifei)

Vale registrar, ainda, **por oportuno**, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **após a impetração** do presente mandado de segurança, **respondeu** a uma **segunda** consulta, **formulada**, pelo Senhor Deputado Federal CIRO NOGUEIRA LIMA FILHO (PP/PI), nos seguintes termos:

**“I. Se os DEPUTADOS FEDERAIS e ESTADUAIS que trocaram de Partido Político que os elegeram e ingressarem em outro Partido da mesma coligação, perdem os seus respectivos Mandatos Legislativos.”** (grifei)

Essa consulta, apreciada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **foi por este respondida afirmativamente**, em acórdão **que restou consubstanciado** na seguinte ementa:

**“CONSULTA. PARLAMENTAR QUE INGRESSA EM NOVO PARTIDO. PERDA DO MANDATO.**

**1. O mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido.**

**2. Consulta respondida positivamente, nos termos do voto.”**

(**Consulta nº 1.423/DF**, Rel. Min. JOSÉ DELGADO – grifei)

Sendo esse o contexto, **passo a analisar**, desde logo, **as questões preliminares**, que, **suscitadas** por litisconsortes passivos necessários e pelo eminente Procurador-Geral da República, **concernem ao próprio conhecimento** da presente ação de mandado de segurança.

A **primeira** questão preliminar, **suscitada** pelos litisconsortes passivos Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara, **por estes formulada** sob a designação global e genérica de “Inexistência de direito líquido e certo” (fls. 262), **subdivide-se**, na realidade, em **outras** questões prévias (fls. 262/269 e 284/285): **(a) falta** de legitimidade ativa “ad causam” do PSDB; **e (b) “ausência de prova do interesse de agir”** desse Partido impetrante.

**Examino**, pois, essas questões preliminares argüidas **por referidos** litisconsortes passivos necessários. **E**, ao fazê-lo, **entendo não lhes assistir** razão.

Com efeito, **tenho por ativamente legitimado** ao ajuizamento **da presente** ação mandamental o

Partido ora impetrante, **pois**, como bem assinalou o eminente Procurador-Geral da República em seu douto pronunciamento, “*O interesse de agir e a legitimidade ativa do impetrante encontram-se demonstrados nos autos. O Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, ora impetrante, demonstrou a redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados, com o pedido de desligamento dos parlamentares indicados (...)*” (fls. 633, item n. 9).

Na realidade, **a transferência**, para outros Partidos Políticos, dos parlamentares que são litisconsortes passivos necessários **teve** repercussão direta e imediata sobre a esfera jurídica do PSDB, pois este sofreu, **em decorrência** do ato de alegada infidelidade, **redução** em sua bancada parlamentar na Câmara dos Deputados, **com todas as consequências** que podem derivar da diminuição de representatividade **de qualquer** agremiação partidária naquela Casa do Congresso Nacional.

**Inquestionável**, de outro lado, **a existência**, no caso, **do interesse de agir** do PSDB, pois este, **por haver sofrido** resistência no atendimento de sua pretensão jurídica, **rejeitada** pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **não teve alternativa** senão a de ingressar em juízo, **em ordem** a fazer prevalecer o seu **alegado** direito – consoante postula – **sobre** os interesses jurídicos de terceiros.

**A necessidade** de ingressar em juízo, portanto, **considerado** o contexto em exame, **legítima** o reconhecimento, na espécie, **da existência** do interesse

de agir, **o que permite constatar a presença**, no caso, **dessa particular** condição da ação (CPC, art. 3º).

O eminente Procurador-Geral da República, por sua vez, **formula**, em seu douto parecer, **uma outra preliminar** de não-conhecimento da presente ação de mandado de segurança, **apoando-se**, para sustentá-la, no fato de o direito vindicado pelo PSDB **não se revestir** de liquidez, porque **alegadamente** dependente de “*instrução probatória adicional ao que simplesmente consta dos autos*” (fls. 633).

**Com efeito**, o ilustre Chefe do Ministério Público da União **assim justificou**, no ponto, **referida** questão prévia (fls. 633):

*“É que a Consulta do Tribunal Superior Eleitoral não imputou à desfiliação partidária, de forma absoluta ou objetiva, a declaração de perda do mandato partidário. Chega a prever, inclusive, hipóteses em que a mudança de partido não acarretaria a perda do mandato, como, por exemplo, no caso de mudança de orientação programática do partido e nos casos de perseguição política, causas suscitadas pelos litisconsortes para justificar a mudança de legenda.” (grifei)*

**Vê-se**, desde logo, **considerado** o teor de tal preliminar, que a matéria nela versada **concerne**, em última análise, **ao próprio** fundo da controvérsia mandamental, **cabendo**, a esta Corte, **promover-lhe** o exame **em momento oportuno**.

**De qualquer maneira**, no entanto, Senhora Presidente, **vale expender**, sobre essa questão, **algumas** considerações, **em ordem a afastar** a suposta ausência de liquidez **subjacente** ao direito postulado pelo Partido impetrante, **considerando**, sobretudo, **a alegação de perseguição política** que, **referida** pelo eminente Procurador-Geral da República, foi **também** invocada **por quatro** (4) Deputados Federais – Átila Freitas Lira (fls. 178/183), Vicente de Arruda, Marcelo Teixeira e Leonardo de Alcântara (fls. 286/294) – **que figuram** como litisconsortes passivos necessários.

O E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao responder** à Consulta nº 1.398/DF, em Sessão pública de 27/03/2007, **e após reconhecer** que os partidos e coligações **têm** o direito de preservar a vaga **obtida** pelo sistema eleitoral proporcional, “quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”, **ressalvou**, no entanto, **a ocorrência** de situações excepcionais **aptas a derrogar** essa prerrogativa partidária.

**Com efeito**, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, **em referido** procedimento de consulta, assim justificou as exceções em causa:

*“Algumas exceções devem, contudo, **ser asseguradas** em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade*

*de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de mudança significativa de orientação programática do partido, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, ‘mutatis mutandis’, em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou.*

*Essas são situações em que a desfiliação e a mudança se justificam em reverência à mesma necessidade de **preservação** do mandato conferido pelo povo ao representante afiliado a determinada agremiação política, com o intuito de proteger o voto do eleitor, dado, em nosso sistema, não apenas à pessoa, mas sobretudo ao partido que a acolhe. Resguarda-se, aí, em substância, a **confiança** depositada pelo eleitor nas propostas e idéias cuja expressão estão à raiz do sistema representativo proporcional.*

*E, porque é o partido que, em tais hipóteses, **terá dado causa** ao rompimento daquela relação complexa, **por alteração superveniente** de sua linha político-ideológica **ou** pela prática odiosa de perseguição, **será ele**, não o candidato eleito, **que deverá suportar** o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica.” (grifei)*

Os documentos produzidos nestes autos **mostram-se** suficientes **para conferir** incontestabilidade aos fatos **motivadores** da formulação deste pleito mandamental, **não cabendo**, ao próprio PSDB, **produzir prova negativa** consistente em demonstrar **que não moveu** perseguição política aos litisconsortes passivos necessários mencionados **ou**, então, **que não se registrou** mudança de conteúdo programático nos fins visados por referida agremiação partidária.

Na realidade, **a alegação** de perseguição política **independeria** de qualquer dilação probatória, **consideradas** as restrições **motivadas** pelo caráter sumaríssimo do processo de mandado de segurança, **se** os litisconsortes passivos necessários **houvessem comprovado**, desde logo, a imposição formal, a eles, de sanções **previstas** nos estatutos da agremiação partidária em causa.

**Tal**, porém, **não ocorreu**, eis que a mera substituição em comissões de inquérito **ou** em outras comissões legislativas, **bem assim** a disputa entre grupos internos por espaços políticos **no âmbito** das organizações partidárias **nem sempre revelam** a existência de arbitrária perseguição de caráter político.

**De qualquer maneira**, no entanto, a discussão em torno da existência, ou não, de perseguição política, como derrogação ao direito da agremiação partidária, **não pode** ter lugar **nesta** sede processual.

Com efeito, Senhora Presidente, **não se ignora que refoge**, aos **estreitos** limites da ação mandamental, **o exame** de fatos **despojados** da necessária liquidez, **pois** o “*iter*” procedimental do mandado de segurança **não comporta a possibilidade de instauração incidental** de um momento **de dilação probatória**, **consoante adverte** a doutrina (ALFREDO BUZAID, “**Do Mandado de Segurança**”, vol. I/208, item n. 127, 1989, Saraiva; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, “**Manual do Mandado de Segurança**”, p. 65/78, 4ª ed., 2003, Renovar, v.g.) **e proclama** o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

*“Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o iter procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de uma fase de dilação probatória.*

*– A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca.”*

(**MS 20.882/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**A jurisprudência** desta Suprema Corte, por isso mesmo, **tem advertido**, em **inúmeras** decisões

(RTJ 124/948, v.g.), que “O mandado de segurança **não é meio idôneo** para o exame de questões cujos fatos não sejam certos” (RTJ 142/782, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

O Supremo Tribunal Federal, **ao pronunciar-se** sobre esse **específico** aspecto do tema, **deixou consignado** que a discussão em torno do próprio significado de **direito líquido e certo** – que traduz **requisito** viabilizador da utilização do “*writ*” mandamental – **veicula** matéria de caráter **eminentemente** processual, mesmo porque a **noção de liquidez**, “que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, **diz respeito aos fatos**” (RTJ 134/681, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RMS 23.443/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 23.720/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

*“O ‘direito líquido e certo’, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (...).”*

(RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

*“A formulação conceitual de direito líquido e certo, que constitui requisito de cognoscibilidade*

*da ação de mandado de segurança, encerra (...) noção de conteúdo eminentemente processual.”*

(RTJ 134/169, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

**Daí o incensurável magistério** do saudoso CELSO RIBEIRO BASTOS (“Do Mandado de Segurança”, p. 15, 1978, Saraiva), **para quem** “(...) o **direito líquido e certo é conceito de ordem processual**, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. **Conseqüentemente**, direito líquido e certo é ‘conditio sine qua non’ do conhecimento do mandado de segurança, mas não é ‘conditio per quam’ para a concessão da providência judicial” (grifei).

**É por essa razão** que a doutrina acentua a **incomportabilidade** de qualquer **dilação probatória** no âmbito desse “*writ*” constitucional, **que supõe** – insista-se – **a produção liminar**, pelo impetrante, das provas literais **pré-constituídas**, destinadas a evidenciar a **incontestabilidade** do direito público subjetivo invocado pelo autor da ação mandamental.

**Ocorre**, no entanto, Senhora Presidente, **considerados tanto** o magistério doutrinário **quanto** a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, **que os fatos subjacentes** a este litígio mandamental, a meu juízo, **acham-se plenamente comprovados**, eis que os documentos (juridicamente idôneos) que os atestam, **além de produzidos**, pelo impetrante, **ensejam amplo conhecimento** da matéria em debate, **que se reveste** de caráter **eminentemente**

jurídico, **não havendo que se falar**, portanto, **em iliquidez ou em dúvida objetiva** a respeito dos **pressupostos fáticos** concernentes à controvérsia jurídica em exame.

Com efeito, **o exame** destes autos **revela que se produziram, com** a impetração mandamental, **elementos** essenciais **à exata compreensão** da matéria jurídica em debate, **tais como** a comprovação **inequívoca** de filiação originária, ao **PSDB**, dos parlamentares litisconsortes passivos necessários, **bem assim** de seu desligamento e ulterior transferência para Partido Político sob cuja legenda **não** se elegeram, **cabendo referir**, ainda, **a demonstração do indeferimento**, pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **do pleito** que lhe dirigiu a agremiação partidária ora impetrante.

**Tenho para mim**, portanto, Senhora Presidente, que, **para os fins** pretendidos nesta sede mandamental, **basta** a comprovação documental que venho de referir, **suficiente**, por si só, a meu juízo, **para tornar inquestionável** o suporte fático **em que se apóia** a pretensão mandamental ora deduzida pelo PSDB.

O Senhor Procurador-Geral da República, por outro lado, **realçando** a suposta iliquidez dos fatos (**embora** fazendo-o, agora, **sob outra** perspectiva), **observa** que, *“ainda que se permitisse a sanção de perda de mandato com base no entendimento acima, a questão demandaria, no mínimo, instrução probatória, observada a ampla defesa e o contraditório”* (fls. 633, item n. 12 – **grifei**).

**Resulta claro**, Senhora Presidente, **não só dos fundamentos** da presente impetração mandamental, **mas**, sobretudo, **da própria resposta** do E. TSE à Consulta que lhe foi dirigida, **que não se trata**, na espécie em exame, **ao contrário** do que parece sugerir o eminente Procurador-Geral da República, **de reconhecer** hipótese **de perda** de mandato parlamentar, **com caráter** de sanção **ou** de punição, **o que**, evidentemente, **atrairia** a incidência do disposto no art. 55 da Constituição da República.

**Ao contrário**, discute-se questão diversa **consistente** em saber **se** a transferência, **para outra** agremiação partidária, do candidato eleito **tem**, ou não, *“por efeito, a preservação da vaga na esfera do partido de origem”*, **consoante assinalou**, em douto voto, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, **quando do exame** da Consulta nº 1.398/DF.

**Essa questão**, contudo, como **anteriormente** assinaliei, será analisada **no momento** em que o Tribunal julgar **o próprio** mérito da causa mandamental.

**De qualquer maneira**, no entanto, **registro** que determinei **a citação**, como litisconsortes passivos necessários, **tanto** dos Senhores Deputados Federais **que se transferiram** para agremiações partidárias **diversas** daquela **sob cuja legenda** foram eleitos **quanto** dos partidos políticos (PTB, PSB e PR) **que se beneficiaram**, diretamente, de tal migração.

**E**, ao fazê-lo, **tive em consideração** a circunstância de que **a citação** dos litisconsortes passivos necessários **justificava-se** por força de um imperativo

constitucional, **que impõe**, em situações como a que ora se examina, **a instauração** (efetivamente **ocorrida, neste** processo) do contraditório (**RTJ** 57/278 – **RTJ** 59/596 – **RTJ** 64/777 – **RT** 391/192 – **RT** 477/220, v.g.), **em ordem a preservar**, com a bilateralidade dos atos e termos processuais, **a esfera jurídica** de referidos litisconsortes passivos.

A **situação** versada nestes autos, desse modo, **analisada** na perspectiva do litígio jurídico em questão, **reveste-se de evidente liquidez**, eis que a pretensão deduzida na presente sede mandamental **tem suporte documental** em provas juridicamente idôneas, **que permitem** compreender, delimitar e examinar a controvérsia constitucional veiculada nesta causa.

**Afasto**, por isso mesmo, **essa questão prévia suscitada** pelo eminente Procurador-Geral da República.

Há, ainda, **uma outra questão preliminar** a ser examinada por esta Corte e que se prende à afirmação **de que não se revelaria lícito**, ao Supremo Tribunal Federal, **conhecer** do presente mandado de segurança, **tendo em vista a impossibilidade** de o Poder Judiciário **interferir** em matéria **interna e peculiar** à organização dos Partidos Políticos (**como a fidelidade partidária**), **sujeita** à reserva constitucional de estatuto (“*reserva estatutária*”).

**Ao suscitar** essa questão, os litisconsortes passivos Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira

e Leonardo Rosário de Alcântara **justificaram-na** nos seguintes termos (fls. 266/267):

*“Quanto ao viés material, este STF tem decidido reiteradamente que, em relação à fidelidade partidária, a Constituição Federal concedeu ‘uma reserva estatutária’ aos partidos.*

*Tal reserva não pode ser invadida nem pelo Poder Legislativo, nem pelo Poder Judiciário, a não ser no caso de lesão a direito individual.” (grifei)*

**Entendo**, Senhora Presidente, que o postulado da reserva de estatuto – **que objetiva preservar** a autonomia partidária **em face** de **indevidas** interferências do aparelho estatal – **não impede nem** se qualifica como obstáculo ao exercício do direito à jurisdição, **se e quando** configurada situação de desrespeito, atual **ou** iminente, a direitos **ou** a situações jurídicas **daqueles** que os titularizam.

**Impõe-se observar**, neste ponto, por isso mesmo, **que a instauração** de processos judiciais **traduz legítima expressão** de uma prerrogativa constitucional **assegurada**, pela Carta Política, **a qualquer** pessoa, entidade **ou** organização **que se sinta** lesada **ou** ameaçada de lesão, em seus direitos, por comportamentos abusivos ou injurídicos praticados pelo Poder Público **ou** por qualquer particular.

Na realidade, **o acesso** ao Poder Judiciário **representa**, na significativa projeção dos seus efeitos, **uma expressiva** garantia de índole constitucional

**destinada** a permitir a intervenção do Poder Judiciário **com o objetivo** de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos **eivados** de ilicitude **ou** de desrespeito ao sistema normativo.

O **direito ao processo**, desse modo, **constitui** prerrogativa jurídica da maior relevância. **É por essa razão** que a norma constitucional garantidora do **direito à tutela jurisdicional do Estado** tem sido definida por eminentes autores **como o parágrafo régio** do Estado Democrático de Direito.

**Em suma: não cabe invocar**, como o fizeram **alguns** litisconsortes passivos necessários, **a reserva** de estatuto, **fundada** no princípio da autonomia partidária, **para inibir a submissão**, a esta Suprema Corte, do litígio **eminentemente** constitucional **relativo** às conseqüências derivadas **do desrespeito** ao dever de observância da fidelidade partidária, **por parte** daqueles **que titularizam** mandatos eletivos. **É que** o tema em debate – insista-se - **transcende**, por efeito de sua irrecusável qualificação constitucional, **o caráter meramente doméstico ou interno** dos Partidos Políticos.

**Deixo de acolher**, portanto, pelas razões expostas, essa **outra** preliminar **de não-conhecimento** da presente ação de mandado de segurança.

**Nem se diga que não assistiria** legitimação **passiva** “*ad causam*” ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **para estar presente** nesta relação processual, **sob a alegação** de que ele **não** disporia de poderes para praticar o ato concretizador da

pretensão mandamental **deduzida** pelo partido político ora impetrante.

**Assinalo**, neste ponto, Senhora Presidente, que essa questão – **considerada** a interpretação que dela pode resultar – **confunde-se** com o próprio mérito da presente ação mandamental, **o que torna recomendável** analisá-la em momento posterior.

**Ao contrário** do que sustentado **por alguns** litisconsortes passivos necessários, a discussão instaurada nesta causa, **embora revestida** de forte conotação política, **apóia-se**, no entanto, em fundamentação **impregnada** de natureza constitucional, **o que legitima**, por si só, **afastado** o caráter “*interna corporis*” de matérias sujeitas à autonomia partidária, **o exercício**, pelo Supremo Tribunal Federal, **da jurisdição** que lhe é inerente.

**Devo assinalar**, desde logo, por isso mesmo, **que não se trata**, na espécie em exame, de se reconhecer hipótese **de perda** de mandato parlamentar, **com caráter** de sanção **ou** de punição, **o que**, evidentemente, **atrairia** a incidência do disposto no art. 55 da Constituição da República.

**Não se desconhece**, Senhora Presidente - **considerado** o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte **e** dos Tribunais em geral -, que o mandado de segurança **há de ser impetrado** em face de órgão estatal **ou** agente público **investido de competência**, **seja para praticar** o ato que se busca efetivar, **seja para fazer cessar** a deliberação que se considera lesiva (RT 321/141 – RT 492/198, v.g.):

*“– O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca.”*

*(MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)*

**Essa orientação encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário, **valendo referir**, no ponto, **a lição – sempre valiosa** – de HELY LOPES MEIRELLES (“**Mandado de Segurança**”, p. 63/64, 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2005, Malheiros):

*“**Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.** (...).*

*(...)*

*(...) **Se as providências** pedidas no mandado **não são da alçada do impetrado**, o impetrante **é carecedor** da segurança **contra aquela** autoridade, **por falta** de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. (...).” (grifei)*

**Perfilha igual orientação**, exposta em conhecida obra doutrinária (“**Manual do Mandado de Segurança**”, p. 101/103, 4ª ed., 2003, Renovar), o

nosso eminente colega Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, **que expendeu**, nesse tema, o seguinte magistério:

*“É preciso ter atenção para que seja corretamente identificada a autoridade coatora. É ela, sempre, aquela que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Em uma palavra, autoridade coatora é a responsável pelo ato lesivo. Dessa maneira, não é autoridade coatora o simples executor, mas, sim, aquele que tem, concretamente, a responsabilidade de praticar o ato e a competência para suspendê-lo, assumindo, portanto, suas conseqüências. (...).*

*(...)*

***Entendo que o critério essencial** para que seja identificada a autoridade coatora **é a sua competência** para corrigir a lesão do direito líquido e certo apontada. **Se** o ato apresentado pelo impetrante **é de autoridade outra** que não a apontada como impetrada, **descabe** a medida heróica, devendo a ordem ser denegada. (...).” (grifei)*

**Ocorre**, no entanto, **que a presença** do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados **nesta** relação processual **deriva** da circunstância – que é processualmente relevante **e** constitucionalmente justificada – **de que ele figura**, aqui, como autoridade coatora, **pelo fato de ser** a expressão **visível** da unidade institucional dessa Casa do Congresso Nacional **e de sua Mesa Diretora e por lhe competir**, por isso

mesmo, a direção superior de referida instituição parlamentar, **cabendo-lhe praticar**, “*ex propria auctoritate*” **ou** em decorrência de ordem judicial (**como** a ora postulada **neste** processo mandamental), **atos** de conteúdo **meramente** declaratório **que encerrem** o simples reconhecimento de que, **tal como assinalado** pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO (**Consulta TSE nº 1.398/DF**), **a transferência, para outra** agremiação partidária, do Deputado Federal eleito sob legenda diversa, **tem**, “*por efeito, a preservação da vaga na esfera do partido de origem*”.

Essa atribuição, **que não pertence** ao Plenário da Câmara dos Deputados (por **não** se tratar de hipótese **de perda-sanção** de mandato legislativo), **é unicamente imputável** ao Senhor Presidente dessa Casa do Parlamento brasileiro, **precisamente** em razão da qualidade de sua alta investidura **e** de sua condição de órgão dirigente da própria Mesa da Câmara dos Deputados.

**Trata-se**, na realidade, de ato **que se inclui** na esfera de competência político-administrativa da Presidência da Câmara dos Deputados, **o que justifica**, segundo entendo, **o reconhecimento** de que assiste, **sim**, a essa ilustre autoridade, **legitimação passiva** para figurar **na presente** relação processual.

**Correta**, portanto, **a indicação**, como autoridade coatora, **feita** pelo Partido ora impetrante, do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados.

**Sustenta-se**, ainda, **a impossibilidade jurídica** desta ação de mandado de segurança, **porque**

ajuizada – **segundo** se alega – **com apoio** em pronunciamento do TSE **que extravasou** os limites jurídicos de sua própria competência, **o que inviabilizaria**, em face desse vício de origem, **o conhecimento** do presente “*writ*” mandamental.

**Com efeito**, alguns dos litisconsortes passivos necessários, **tendo em vista** os fundamentos da presente impetração, **alegam** (a) **que houve atuação** “*ultra vires*” do TSE em matéria de Consulta; (b) **que o TSE**, ao responder à Consulta formulada pelo PFL/Democratas, **ingressou** “*em área de natureza constitucional: o direito partidário (fidelidade partidária) e a natureza do mandato eletivo (renúncia e perda)*”; e (c) **que a resposta** a essa Consulta **não pode vincular** o Supremo Tribunal Federal em sua atividade jurisdicional.

**Não têm razão** os litisconsortes passivos necessários, **pois** o instituto da Consulta, **além** de previsto na legislação brasileira, **notadamente** no âmbito da Justiça Eleitoral, **constitui** instrumento de notável importância e alcance **que permite**, ao TSE, **responder** às indagações, que, **em tese**, lhe hajam sido feitas por autoridade com jurisdição federal **ou, como sucedeu no caso**, por órgão nacional de partido político (Código Eleitoral, art. 23, XII).

**Não se desconhece** que o Tribunal Superior Eleitoral, **ao responder** a Consultas, **atua** em sede **estritamente** administrativa, **apreciando**, em tese, **determinada** questão jurídica, **em ordem a neutralizar** eventual proliferação de demandas

e de conflitos sobre a matéria versada em referido exame, **sem que**, no entanto, **tal resposta** – que tem função **meramente** pedagógica – mostre-se impregnada de eficácia vinculante, **cabendo**, ao contrário, aos órgãos competentes da Justiça Eleitoral, **analisar**, com plena autonomia, **cada** caso concreto, **ainda** que se valendo, **se** o entender pertinente, **dos fundamentos** que dão suporte à manifestação do TSE.

**Cumprir insistir** no fato de que **a resposta** que o TSE dá, **em tese**, a uma Consulta que lhe é dirigida **não se reveste** de caráter jurisdicional, dela **não** resultando **nem** a criação, **nem** a modificação, **nem**, ainda, **a extinção** de qualquer direito, **pois a resposta** a uma Consulta **não se qualifica** como ato de índole constitutiva.

**É por tal motivo** – **adverte** o magistério da doutrina (MARCOS RAMAYANA, “**Direito Eleitoral**”, p. 600, item n. 19.2.5, 2006, Impetus; TORQUATO JARDIM, “**Direito Eleitoral Positivo**”, p. 183/185, item n. 28, 2ª ed., 1998, Brasília Jurídica, v.g.) – que a atividade consultiva exercida **no âmbito** da Justiça Eleitoral, **particularmente** no do Tribunal Superior Eleitoral, **exatamente por não ser revestir** de natureza jurisdicional, **não tem** caráter vinculante, **não possui** conteúdo normativo e, por isso mesmo, **não provoca** qualquer modificação na esfera jurídica de terceiros **a propósito** da matéria objeto da apreciação, em tese, em sede de Consulta, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral.

**Foi por essa razão** que o eminente Ministro CÉLIO BORJA, desta Suprema Corte, **em voto** proferido no Tribunal Superior Eleitoral, **ao examinar** a natureza jurídica **da resposta** dada, **em sede** de Consulta, por essa Alta Corte eleitoral, **assim se manifestou**:

*“(...) a resposta a consulta não gera efeitos concretos, uma vez que não pode servir de título a ato de execução. Fonte de conhecimento, não de produção do Direito, ato de interpretação em tese, serve de orientação para o exercício do ato jurisdicional ou administrativo, que não pode ser substituído pela resposta à consulta, assim como, a instância não pode ser suprimida e o seu titular substituído pelo órgão hierarquicamente superior, ao qual, porém, apenas, devolve a decisão de recurso.”*

**(MS 1.263-AgR/MS, Rel. Min. CÉLIO BORJA - grifei)**

Esse **mesmo** entendimento **foi corroborado** pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento **do RMS 21.185/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 134/1109):

*“Mandado de segurança contra resposta do TRE a consulta em matéria eleitoral. Não cabimento.*

*– Resposta de Tribunal Regional Eleitoral a consulta em matéria eleitoral não tem natureza*

*jurisdicional, mas, no caso, é ato normativo em tese **sem** efeitos concretos **por se tratar** de orientação **sem** força executiva com referencia à situação jurídica de qualquer pessoa em particular.*

*Assim sendo, não é cabível mandado de segurança **para afastar** ato dessa natureza, **tendo em vista** o princípio que se extrai da Súmula 266: ‘Não cabe mandado de segurança contra lei em tese’.*

*Recurso ordinário **a que se nega** provimento.” (grifei)*

Vê-se, portanto, que as resoluções **emanadas** do TSE, **consubstanciadoras** de resposta, **em tese**, a uma simples consulta, **decorrem** da prática de uma competência materialmente administrativa, **de cujo exercício** resultam deliberações **desvestidas** de caráter vinculante.

**Daí porque o Plenário** do Supremo Tribunal Federal - **mesmo** tratando-se de **respostas** dadas, **em tese**, pelo Tribunal Superior Eleitoral, **a consultas** feitas, **com fundamento** no art. 23, XII, do Código Eleitoral, por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político - **firmou orientação** no sentido **de considerar insuscetível** de conhecimento **qualquer** ação direta de inconstitucionalidade **eventualmente** promovida contra tais resoluções, **notadamente** pelo fato de a compreensão revelada, “*in abstracto*”, pelo TSE, **em sede** de mera consulta, **não se revestir** de eficácia vinculante, **desqualificando-se**, em consequência,

**como objeto passível** de questionamento no âmbito do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

**Cabe referir**, neste ponto, por necessário, **dentre** outros precedentes (**RTJ 134/1109**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 2.346/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – **o julgamento unânime**, emanado **do Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **que prestigiou** esse entendimento:

*“(...) **Não-conhecimento** da ação direta de inconstitucionalidade, **no que concerne** às Resoluções referidas do TSE, **em respostas a consultas**, porque **não possuem** a natureza de atos normativos, **nem** caráter vinculativo.”*

*(**RTJ 188/448-450**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - grifei)*

**O que se pode depreender** desse entendimento é **que a resposta** do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/DF **constitui**, na presente ação mandamental, um **valiosíssimo** subsídio à tese sustentada pelo partido político ora impetrante.

**Torna-se claro**, desse modo, que, **mesmo que não existisse** tal resposta, **emanada** do TSE, **dada** em sede de Consulta, **ainda assim nada impediria** que o PSDB, **submetendo**, diretamente, a sua pretensão à Presidência da Câmara dos Deputados, **viesse**, na hipótese de recusa (**como ocorreu** na espécie), **a impetrar** o presente mandado de segurança, perante

esta Corte Suprema, **veiculando**, nele, o pleito ora em exame.

**Nem se diga** que o Tribunal Superior Eleitoral **estaria** impedido de responder, em tese, a temas de direito constitucional, **o que** – por haver ocorrido na espécie – **teria** o condão de fazer instaurar, no caso, situação de absoluta impossibilidade jurídica, **a descaracterizar**, por completo, **a admissibilidade** dessa ação mandamental.

**Não se pode desconhecer**, neste ponto, Senhora Presidente, **na linha** do magistério jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte, que os órgãos do Poder Judiciário, **inclusive** os que integram a estrutura da Justiça Eleitoral, **dispõem de competência** para exercer o controle incidental, pela via difusa, da constitucionalidade dos atos estatais em geral (**RTJ** 158/976, v.g.) **ou, como no caso**, em se tratando de procedimento de Consulta, **para examinar a tese** nela veiculada **em face** dos princípios e cláusulas da própria Constituição da República, **não se justificando**, portanto, **a alegação** dos já referidos litisconsortes passivos **de que só** ao Supremo Tribunal Federal **competiria** a apreciação da matéria objeto da Consulta nº 1.398/DF.

Desse modo, **rejeito**, também, essa questão prévia **concernente** à alegada impossibilidade jurídica da presente ação de mandado de segurança.

**É o meu voto.**



## 22 PETIÇÃO 4.625 – DF

**Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma – Exame de diversas questões, inclusive o afastamento da “imunidade soberana” dos Chefes de Estado e/ou de Governo e o problema do ato de “*surrender*” do brasileiro nato. [Pet 4.625/DF, decisão do Ministro Celso de Mello proferida no exercício eventual da Presidência do STF, DJE de 4-8-2009.]**

**EMENTA: ESTATUTO DE ROMA. INCORPORAÇÃO DESSA CONVENÇÃO MULTILATERAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 4.388/2002). INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. CARÁTER SUPRA-ESTATAL DESSE ORGANISMO JUDICIÁRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE (OU DA SUBSIDIARIEDADE) SOBRE O EXERCÍCIO, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, DE SUA JURISDIÇÃO. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO: OBRIGAÇÃO GERAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS PARTES DO ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 86). PEDIDO DE DETENÇÃO DE CHEFE DE ESTADO ESTRANGEIRO E DE SUA ULTERIOR ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, PARA SER JULGADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E DE GUERRA. SOLICITAÇÃO FORMALMENTE DIRIGIDA, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, AO GOVERNO BRASILEIRO. DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA ENTREGA (“SURRENDER”) E DA EXTRADIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICIAL PERTINENTE AO RECONHECIMENTO, OU NÃO, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXAMINAR ESTE PEDIDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS EM TORNO DA COMPATIBILIDADE DE**

**DETERMINADAS CLÁUSULAS DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O § 4º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, INTRODUZIDO PELA EC Nº 45/2004: CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ABERTA DESTINADA A LEGITIMAR, INTEGRALMENTE, O ESTATUTO DE ROMA? A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NA BUSCA DA SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS. A QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO CHEFE DE ESTADO EM FACE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: IRRELEVÂNCIA DA QUALIDADE OFICIAL, SEGUNDO O ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 27). MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. ALTA RELEVÂNCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE DIVERSAS QUESTÕES SUSCITADAS PELA APLICAÇÃO DOMÉSTICA DO ESTATUTO DE ROMA. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.**

**DESPACHO DO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Este despacho é por mim proferido em face da ausência eventual, nesta Suprema Corte, do eminente Ministro-Presidente e de seu substituto regimental (fls. 106), justificando-se, em consequência, a aplicação da norma inscrita no art. 37, I, do RISTF. Submete-se, ao Supremo Tribunal Federal, o exame de pedido de cooperação judiciária que

**objetiva a detenção – para ulterior entrega** ao Tribunal Penal Internacional – **de determinado** Chefe de Estado estrangeiro, **em pleno exercício** de suas funções **como Presidente da República** de um país africano.

**Trata-se de pedido de “cooperação internacional e auxílio judiciário” formulado** pelo Tribunal Penal Internacional, **instituído** pelo Estatuto de Roma, **cujo Artigo 89** confere, a esse Tribunal (com sede em Haia), **legitimação para dirigir**, “a qualquer Estado”, **pedido de detenção e entrega** de uma pessoa **a quem se haja imputado** a suposta prática **dos delitos** incluídos **na esfera de competência** de referido Tribunal, **que são aqueles** “de maior gravidade com alcance internacional”, **expressamente referidos** no Artigo 5º dessa **mesma** convenção multilateral: **(a)** o crime de genocídio, **(b)** os crimes contra a humanidade, **(c)** os crimes de guerra **e (d)** o crime de agressão.

**A matéria** veiculada **nesta** sede processual **suscita reflexões** em torno do Tribunal Penal Internacional **e** do Estatuto de Roma, **ainda mais** em face **das diversas objeções** que têm sido expostas por eminentes doutrinadores **e que assim foram resumidas** por MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA **e** CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO (“**Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional**”, “in” Boletim IBCCRIM, Ano 12, nº 139/2-3, jun/2004):

*“**No Brasil**, que assinou e ratificou o Estatuto, **as indagações têm se voltado para eventual inconstitucionalidade das regras** que dizem respeito principalmente: **i) às exceções** ao princípio da coisa julgada; **ii) à desconsideração** das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno; **iii) à imprescritibilidade** dos crimes internacionais; **iv) à possibilidade** de entrega de nacionais para julgamento **perante** o Tribunal Penal Internacional; **v) à previsão** de prisão perpétua; **vi) à ausência** de fixação de sanções penais para os crimes internacionais.” (grifei)*

**Cabe registrar**, preliminarmente, **que o Estatuto de Roma**, celebrado em 17/07/1998, **que instituiu** o Tribunal Penal Internacional, **acha-se formalmente incorporado** ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro **desde** a sua promulgação pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002.

**O Estatuto de Roma**, buscando **viabilizar** a sua integral aplicação **no âmbito interno** dos Estados nacionais **que hajam** subscrito **ou** aderido a essa convenção multilateral, **estabelece, em seu Artigo 88**, que os Estados Partes **deverão instituir**, no plano doméstico, “**procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas**” em referido Estatuto.

**Em consequência** dessa cláusula convencional, **o Senhor Presidente da República**, por meio da Mensagem n. 700, de 17/09/2008, **encaminhou**, ao Congresso Nacional, **Projeto de Lei** que “**Dispõe**

sobre o crime de genocídio, **define** os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, **institui** normas processuais específicas, **dispõe** sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, **e dá** outras providências”, **proposição legislativa** essa que presentemente **tramita**, na Câmara dos Deputados, **como PL n. 4.038/2008**.

O projeto de lei em questão **foi assim justificado** na Exposição de Motivos Interministerial nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU:

**“O Brasil assinou (...) o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.**

**2. Após a aprovação** de seu texto pelo Congresso Nacional, **por meio** do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, **o referido ato internacional** passou a vigorar, **para o Brasil**, em 1º de setembro de 2002. **Desde então, faz-se necessária a regulamentação** dos tipos penais **criados** pelo Estatuto de Roma **e ainda não previstos** em nosso ordenamento jurídico interno.

**3. Com exceção** do crime de genocídio, **já tipificado** em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade **ainda não são**

**previstos** em nossa legislação **e demandam** regulamentação legal.

**4. Desse modo**, com o intuito **de incorporar** o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, **e assim dar cumprimento** ao compromisso internacional **assumido** pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República **instituiu**, sob sua coordenação, **Grupo de Trabalho (GT) de que resultou** a elaboração do Projeto de Lei **que ‘dispõe** sobre o crime de genocídio, **define** os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, **institui** normas processuais específicas, **dispõe** sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional **e dá** outras providências’.

**5. Após quase quatro anos** de dedicação e afinho, **os membros do Grupo, composto** por renomados juristas **representantes** do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), **apresentam** como resultado **o referido** Projeto de Lei, **acompanhado** de uma exaustiva justificativa **que fazemos questão de incluir** como anexo **desta** Exposição de Motivos, **pelo seu valor** não só jurídico, **mas também acadêmico**.

**6. O presente** Projeto de Lei **tem como propósito** possibilitar o exercício **da jurisdição primária**

pelo Estado brasileiro **e viabilizar a cooperação** com o Tribunal Penal Internacional. **Assegura-se**, assim, que, **em nenhuma hipótese**, uma pessoa ou um crime internacional **sujeito** à jurisdição penal brasileira **renda ensejo** à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, **pois se dota o País** dos instrumentos jurídicos **necessários** ao cumprimento de suas obrigações internacionais.

**7. Por fim**, ressaltamos **a valiosa contribuição** recebida do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), **especialmente** no que diz respeito ao artigo 39 e ao parágrafo único do artigo 58, **permitindo** que o texto do Projeto de Lei **contemplasse**, de maneira mais abrangente, **dispositivos** previstos no direito humanitário internacional.” (grifei)

**O Tribunal Penal Internacional** constitui organismo judiciário de caráter permanente, **investido** de jurisdição penal **que lhe confere** poder para processar **e** julgar aqueles **que hajam** praticado (**ou tentado** praticar) delitos **impregnados** de extrema gravidade, com repercussão **e** transcendência internacionais, **como o são** os crimes de genocídio, de guerra, de agressão **e** contra a humanidade.

Essa Alta Corte judiciária, **dotada** de independência **e** de personalidade jurídica internacional (**o que lhe permite** celebrar acordos **e** assumir direitos e obrigações com **quaisquer** outros sujeitos de direito internacional público, **mesmo** com aqueles **que não sejam** partes do Estatuto de Roma), **qualifica-se**

como tribunal **revestido** de caráter supra-estatal (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**”, p. 141, item n. 85, 2006, RT, v.g.), **cujá competência penal** – vinculada, **materialmente**, aos crimes **referidos** no Artigo 5º desse **mesmo** Estatuto – **só pode** ser legitimamente exercida, **considerada** a jurisdição doméstica dos Estados nacionais, **com estrita observância** do postulado da complementaridade (**ou** da subsidiariedade).

**Daí a observação** de FLÁVIA PIOVESAN (“**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, p. 223/224, 9ª ed., 2008, Saraiva), que, **após acentuar** a responsabilidade **primária** dos Estados nacionais **quanto ao julgamento** de transgressões aos direitos humanos, **assinala** as condições **em que se legitima** o exercício, **sempre em caráter subsidiário**, da jurisdição **pelo Tribunal Penal Internacional**:

*“Surge o Tribunal Penal Internacional **como aparato complementar** às cortes nacionais, **com o objetivo de assegurar** o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, **as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação** ao julgamento de violações*

de direitos humanos, **tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.**” (grifei)

**Impende acentuar**, ainda, **tendo-se presente** a perspectiva **da autoria** dos crimes **submetidos** à competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, **que o Estatuto de Roma submete**, à jurisdição dessa Alta Corte judiciária, **qualquer** pessoa **que haja incidido** na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade **ou** de agressão, **independentemente** de sua qualidade oficial (Artigo 27).

**Na realidade**, o Estatuto de Roma, **ao assim dispor, proclama a absoluta irrelevância** da

qualidade oficial **do autor** dos crimes **submetidos**, por referida convenção multilateral, à esfera de jurisdição **e** competência do Tribunal Penal Internacional.

**Isso significa**, portanto, **em face** do que estabelece o Estatuto de Roma **em seu Artigo 27, que a condição política** de Chefe de Estado, **como sucede** no caso em exame, **não se qualifica** como causa **excludente** da responsabilidade penal do agente **nem** fator que legitime a redução da pena **cominada** aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra **e** de agressão.

**É de observar**, neste ponto, **que a cláusula** de “irrelevância da qualidade oficial” do autor de referidos delitos, **inscrita** no Artigo 27 do Estatuto de Roma, **põe em destaque** questão **das mais** expressivas, **considerado** o aspecto pertinente **à denominada** imunidade soberana **dos dignitários** dos Estados nacionais (**como** os Chefes de Estado **e** de Governo, os Ministros de Estado **e** os membros do Congresso Nacional).

**Vale relembrar**, quanto a essa matéria, **que a Corte Internacional de Justiça – principal** organismo judiciário do sistema das Nações Unidas (JOSÉ CRETELLA NETO, “**Teoria Geral das Organizações Internacionais**”, p. 188/189, item IV.1.6.2, 2ª ed., 2007, Saraiva; MARCELO PUPE BRAGA, “**Direito Internacional Público e Privado**”, p. 137, item n. 7.9, 2009, Método; HILDEBRANDO ACCIOLY, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA e PAULO BORBA CASELLA, “**Manual de Direito**

**Internacional Público**”, p. 401/402, item n. 3.1.1.3, 17ª ed., 2009, Saraiva, **v.g.**) – , **em julgamento** realizado em 14/02/2002, **concernente à decretação**, por um magistrado belga, **da prisão** do Ministro das Relações Exteriores congolês, **então** no pleno exercício de suas funções, **reafirmando velho dogma** do direito internacional consuetudinário, **decidiu** que essa ordem de prisão **e** a sua correspondente “*circulação internacional*” **constituíam violação** ao direito internacional, **por implicarem** desrespeito à inviolabilidade pessoal **e** à imunidade de jurisdição penal **de que dispunha** aquela autoridade estrangeira, **em face** da jurisdição **doméstica** do Judiciário do Reino da Bélgica.

**Ocorre**, no entanto, como **precedentemente** assinalado, que, **de acordo** com o Estatuto de Roma, **mostra-se irrelevante, para fins** de “*persecutio criminis*”, **a condição política** do agente, **que não poderá opor**, ao Tribunal Penal Internacional, **ainda que se cuide** de Chefe de Estado **ou** de Governo, **a denominada** “*sovereign immunity*” **ou** “*crown immunity*”, **tal como estipula**, expressamente, **o Artigo 27** dessa convenção multilateral, **que assim dispõe**:

#### **“Irrelevância da Qualidade Oficial**

**1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do**

*Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de ‘per se’ motivo de redução da pena.*

**2. As imunidades ou normas** de procedimento especiais **decorrentes** da qualidade oficial de uma pessoa, **nos termos** do direito interno **ou** do direito internacional, **não deverão obstar** a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (grifei)

**Não é** por outro motivo **que o Artigo 27** do Estatuto de Roma **tem ensejado** controvérsia, **notadamente** porque há aqueles que, **invocando** o *modelo de Westphalia*, **implementado** a partir de 1648, **sustentam** a tese **do caráter absoluto** da soberania estatal (**o que inviabilizaria** o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição), **em oposição** aos que **não só conferem** dimensão relativa **à noção** de soberania do Estado, **mas sobretudo justificam** referida cláusula convencional (**Artigo 27**) **a partir da idéia**, hoje **positivada** no art. 4º, **inciso II**, de nossa Constituição, da “*prevalência dos direitos humanos*”, **valendo mencionar**, no ponto, **as observações** de CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ (“**O Direito Penal Internacional**”, p. 115/116, item n. 4.3, 2009, Del Rey):

**“Note-se que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, de maneira geral, são cometidos por indivíduos que exercem**

determinada função estatal. **Desta forma, a regra do Artigo 27** do Estatuto de Roma **busca evitar** que aqueles se utilizem dos privilégios **e** das imunidades **que lhes são conferidos** pelos ordenamentos internos **como escudo para impedir a responsabilização** em face dos crimes internacionais. **Por fim**, entende-se **que o princípio da prevalência dos direitos humanos**, insculpido no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, **permite implicitamente que haja restrições às imunidades** usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em casos de violações a direitos humanos, **não colidindo**, por conseguinte, **com o artigo 27 do Estatuto de Roma**.” (grifei)

**Cabe registrar**, de outro lado, **que este** pedido de cooperação e auxílio judiciário **não se confunde** com a demanda extradicional, **consideradas** as notas **que distinguem** o instituto da entrega (“surrender”) ao Tribunal Penal Internacional **daquele referente** à extradição.

**Com efeito**, o próprio Estatuto de Roma **estabelece**, em seu texto, **clara distinção** entre os referidos institutos – **o da entrega** (“surrender”/“remise”) **e o da extradição** –, **fazendo-o**, de modo preciso, **nos seguintes termos**:

**“Artigo 102**

**Termos Usados**

**Para os fins do presente Estatuto:**

**a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal**, nos termos **do presente** Estatuto.

**b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado**, conforme **previsto** em um tratado, em uma convenção **ou no direito interno**.” (grifei)

**Vê-se**, daí, que, **embora a entrega** de determinada pessoa **constitua** resultado comum **a ambos** os institutos, **considerado o contexto** da cooperação internacional **na repressão** aos delitos, **há**, dentre outros, um elemento de relevo **que os diferencia** no plano conceitual, **eis** que a extradição **somente** pode ter por autor um Estado soberano, **e não** organismos internacionais, **ainda** que revestidos de personalidade jurídica de direito internacional público, **como** o Tribunal Penal Internacional (**Estatuto de Roma**, Artigo 4º, n. 1).

**Não custa ressaltar**, neste ponto, **na linha** da diretriz jurisprudencial **firmada** por **esta** Corte, **que o processo de extradição faz instaurar** uma relação de caráter **necessariamente** intergovernamental, **o que afasta** a possibilidade de terceiros, **desvestidos de estatalidade**, formularem pleitos de natureza extradicional (**RTJ 99/1003**, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – **Ext 313/Argentina**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – **PPE 607/República Italiana**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

**“Extradição. Pressuposto. Competência.**

**1. É pressuposto essencial da extradição que seja ela requerida por Governo de país estrangeiro.**

**2. Pedido não conhecido, visto que formulado por autoridade judiciária estrangeira.”**

(RTJ 64/22, Rel. Min. BILAC PINTO – grifei)

**“Extradição: inadmissibilidade da formulação do pedido por carta rogatória de juiz estrangeiro (...).**

**1. O processo de extradição passiva só se instaura mediante pedido de governo do Estado estrangeiro. (...).”**

(RTJ 184/674, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **Pleno** – grifei)

**“ – O Supremo Tribunal Federal, no sistema constitucional brasileiro, somente dispõe de competência originária para processar e julgar as extradições passivas, requeridas, ao Governo do Brasil, por Estados estrangeiros. (...).**

**– Os pedidos de extradição, por envolverem uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, somente podem ser formulados por Estados soberanos, falecendo legitimação, para tanto, a meros particulares. Doutrina. Precedentes.”**

(Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Não constitui demasia enfatizar que esse entendimento – o de que as extradições somente podem ser requeridas por Estados estrangeiros – reflete-se no magistério de autorizados doutrinadores, como resulta claro das lições de CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA (“**A Relação Extradicional no Direito Brasileiro**”, p. 130/131, item n. 2.2.1, 2001, Del Rey), ALEXANDRE DE MORAES (“**Constituição do Brasil Interpretada**”, p. 299, item n. 5.91, 7ª ed., 2007, Atlas), UADI LAMMÊGO BULOS (“**Constituição Federal Anotada**”, p. 277, 7ª ed., 2007, Saraiva), GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO (“**A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**”, p. 136, item n. 4, 3ª ed., 1981, RT), YUSSEF SAID CAHALI (“**Estatuto do Estrangeiro**”, p. 363, item n. 27, 1983, Saraiva), ÁLVARO MAYRINK DA COSTA (“**Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1/514-515, item n. 6, 7ª ed., 2005, Forense), e FRANCISCO REZEK (“**Direito Internacional Público – Curso Elementar**”, p. 197, item n. 117, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva), dentre outros.**

**A cláusula constitucional pertinente ao reconhecimento do direito de agir em sede extradicional, mediante formulação do concernente pedido de extradição (CF, art. 5º, inciso LI), confere legitimação, tão-somente, aos Estados soberanos, que poderão, na condição de sujeitos de Direito Internacional Público, deduzir os respectivos pleitos extradicionais.**

**O aspecto que venho de ressaltar, fundado na identificação do sujeito de direito internacional**

público **legitimado** para requerer **extradição** (**apenas** Estados soberanos) **ou para solicitar**, com apoio no Estatuto de Roma, **a entrega** ou “surrender” (**somente** o Tribunal Penal Internacional), **não só encontra suporte** no próprio Estatuto de Roma (Artigo 102, “a” e “b”), **como**, ainda, **tem o beneplácito** da doutrina (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, *in* “Tribunal Penal Internacional”, **organizado** por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, p. 270, item n. 5.2, 2000, RT; CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ, “O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal”, p. 209/215, item n. 5, 2004, Lumen Juris; DAVID AUGUSTO FERNANDES, “Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho”, p. 314/319, item n. 6.3, 2006, Renovar), **valendo referir**, a esse respeito, **a precisa lição** de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 848/849, item n. 6, 3ª ed., 2008, RT):

*“A ‘**entrega**’ de uma pessoa (qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja) ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico ‘sui generis’ nas relações internacionais contemporâneas, **em todos os seus termos distintos do instituto** já conhecido da ‘**extradição**’, que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando a repressão internacional de delitos. (...). (...)*

*Por este motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, **distingue**, claramente, o que entende por ‘**entrega**’ e por ‘**extradição**’. Nos termos do seu art. 102, alíneas ‘a’ e ‘b’, para os fins do Estatuto entende-se por ‘**entrega**’, o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal ‘nos termos do presente Estatuto’, e por ‘**extradição**’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado ‘conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno’ de determinado Estado. Portanto, se a entrega de uma pessoa, feita pelo Estado ao Tribunal, se der ‘nos termos do Estatuto de Roma’, tal ato caracteriza-se como ‘**entrega**’, mas, caso o ato seja concluído, por um Estado em relação a outro, com base no previsto ‘em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado’, neste caso trata-se de ‘**extradição**’.” (grifei)*

Esse entendimento – **que identifica** a entrega (“surrender”) **como forma autônoma** de cooperação judiciária internacional **no contexto** do Estatuto de Roma, **distinguindo-a**, por isso mesmo, do instituto da extradição – **é exposto** em precisa análise desenvolvida por PEDRO CAEIRO, ilustre Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (“O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”, *in* “O Tribunal Penal Internacional e a Ordem

*Jurídica Portuguesa*”, p. 69/157, 2004, Coimbra Editora), **que discorreu** sobre o instituto da “*entrega*” **em face** das limitações constitucionais que, **em Portugal (tanto quanto no Brasil), são impostas à extradição**.

**Por serem** institutos distintos (**o da extradição e o da entrega ou “surrender”**), **inconfundíveis** até mesmo **em face** do próprio Estatuto de Roma (**Artigo 102, “a” e “b”**), **inviável** seria a autuação, **na espécie**, como *Extradição*, **deste** pedido de *cooperação internacional e auxílio judiciário*, **justificando-se**, em consequência, **a classificação processual** como *Petição*, **prevista**, em caráter residual, **no art. 55, inciso XVIII, c/c o art. 56, inciso IX, ambos do RISTF**.

**Feitas as considerações** que me parecem relevantes, **passo a examinar** o pedido transmitido, ao Supremo Tribunal Federal, pelo Poder Executivo da União.

**Mediante** solicitação **dirigida** ao Governo brasileiro, **o Tribunal Penal Internacional pretende que o Brasil adote** medidas **destinadas** a viabilizar **a detenção e ulterior entrega** de Omar Hassan Ahmad Al Bashir **ou** Omar Al Bashir **ou** Omar Al-Bashir **ou** Omer Hassan Ahmed El Bashire **ou** Omar Al-Beshir **ou** Omar El-Bashir **ou** Omer Albasheer **ou** Omar Elbashir **ou** Omar Hassan Ahmad El-Béshir, **Presidente** da República do Sudão, **em razão** da suposta prática, **por referido Chefe de Estado**, de crimes de guerra **e** de crimes contra a humanidade **tipificados** nos Artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma.

**O Tribunal Penal Internacional, na fase preliminar** do procedimento penal **instaurado** contra o Presidente da República do Sudão, **por vislumbrar satisfeitos** os requisitos **e** as condições **a que se refere** o Artigo 58 do Estatuto de Roma, **fez expedir** ordem de detenção **e** entrega **de mencionado** Chefe de Estado, **encaminhando-a** a todos os “*Estados Partes do Estatuto de Roma*” (fls. 07) **e dirigindo-se**, para tal fim, ao Senhor Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos (fls. 06), **para solicitar**, ao Estado brasileiro, **a execução** do pedido de cooperação em causa.

**É de assinalar – considerado** o que dispõe o Artigo 13, “b”, do Estatuto de Roma – que os atos de perseguição penal **referentes ao conflito em Darfur/Sudão, objeto** do procedimento **instaurado** perante o Tribunal Penal Internacional, **resultaram de deliberação** do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, **consubstanciada** na Resolução nº 1.593, de 31/03/2005.

**O fato** de a pessoa ora reclamada **ostentar**, presentemente, a condição institucional **de Chefe de um Estado soberano não constituiria**, na perspectiva do Estatuto de Roma, **obstáculo** à execução, **pelo Governo do Brasil**, da detenção **e** ulterior entrega de referido Chefe de Estado ao Tribunal Penal Internacional, **desde** que essa pessoa **esteja ou venha a ingressar** em território brasileiro.

**Impende registrar que este é o primeiro** pedido de detenção e entrega de Presidente da República

**de outro** Estado soberano (a República do Sudão, no caso), **em pleno exercício** de seu mandato, **encaminhado** pelo Tribunal Penal Internacional ao Governo brasileiro, **a demonstrar** a alta relevância do tema **e** a necessidade de discussão, **por esta** Suprema Corte, **de diversas questões** que emanam da análise **concreta** deste pleito, **tais como**:

– **o reconhecimento**, ou não, **da competência originária** do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa;

– **a possibilidade de entrega** da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, **pelo Governo do Brasil, considerado** o modelo constitucional entre nós vigente (**CF**, art. 5º, XLVII, “b”), **nos casos em que admissível**, pelo Estatuto de Roma, **a imposição da pena de prisão perpétua** (Artigo 77, n. 1, “b”);

– **a imprescritibilidade de todos** os crimes previstos no Estatuto de Roma (Artigo 29);

– **a impossibilidade** de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição **em face** do Tribunal Penal Internacional (**Estatuto de Roma**, Artigo 27);

– **a questão pertinente às relações entre** o Estatuto de Roma (**que descreve** os denominados “core crimes”), **complementado** pelo Anexo referente aos “*Elements of Crimes*”, **adotado** em 09/09/2002, e **o postulado constitucional** da reserva de lei formal **em matéria** de definição

(**que há de ser prévia**) de tipos penais, **bem assim** das respectivas sanções, **notadamente** em face **da indeterminação** das penas **por parte** do Estatuto de Roma, **eis** que **não foram** por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal;

– **o reconhecimento**, ou não, **da recepção**, em sua integralidade, **do Estatuto de Roma** pela ordem constitucional brasileira, **considerado** o teor **do § 4º** do art. 5º da Constituição, **introduzido** pela EC nº 45/2004.

Quanto **a esse** último tópico, **cabe assinalar que se registram algumas dúvidas** em torno da **suficiência**, ou não, da cláusula **inscrita no § 4º** do art. 5º da Constituição, **para efeito** de se considerarem **integralmente recebidas**, por nosso sistema constitucional, **todas** as disposições **constantes** do Estatuto de Roma, **especialmente se se examinarem** tais dispositivos convencionais **em face** das cláusulas **que impõem** limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (**CF**, art. 60, **§ 4º**).

**É importante enfatizar**, neste ponto, **que as dúvidas** concernentes **às relações entre** o Estatuto de Roma, de um lado, **e** as regras da Constituição da República **protegidas** pelas cláusulas pétreas, de outro, **são explicitamente reconhecidas e apontadas por diversos autores** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Comentário Contextual à Constituição”, p. 181/182, 6ª ed., 2009, Malheiros; ANDRÉ DE

CARVALHO RAMOS, “Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, “in” “Tribunal Penal Internacional”, **organizado** por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, p. 267/274, item n. 5.2, 2000, RT; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 847/856, item n. 6, 3ª ed., 2008, RT; ANA LÚCIA SABADELL e DIMITRI DIMOULIS, “Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade”, “in” Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/241-259, 2003, UNIMEP; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Pena de Prisão Perpétua”, “in” “Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários”, nº 1, vol. 11/41-47, 1997; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, “Pena de Prisão Perpétua”, “in” “Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários”, nº 1, vol. 11/37-40, 1997; SYLVIA HELENA F. STEINER, “O Estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade”, “in” Boletim IBCCRIM, Ano 11, Edição Especial, p. 17/19, out/2003; DAVID AUGUSTO FERNANDES, “Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho”, p. 303/321, 2006, Renovar; ENEIDA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, “Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04 – Sistema Normativo Brasileiro”, p. 260/279, itens ns. 4.9 a 4.9.13, 2008, Juruá, v.g.), **não obstante alguns** desses ilustres doutrinadores **busquem soluções compatibilizadoras que viabilizem** a aplicação, **no plano doméstico**, dessa convenção

multilateral, **como sucede**, dentre outros, **com** CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ (“O Direito Penal Internacional”, p. 110/125, itens ns. 4 a 5.1.2, 2009, Del Rey), MÁRCIO MEDEIROS FURTADO (“Algumas Consignações Acerca do Tribunal Penal Internacional: Origem, Fundamento, Características, Competência, Controvérsias e Objetivos”, “in” Revista dos Tribunais, vol. 783/469-503) e SAULO JOSÉ CASALI BAHIA (“O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, “in” Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, vol. 9/64-75, 2001).

**Também em PORTUGAL** verificou-se **igual** controvérsia, **tanto** que a Assembléia da República, **quando** da Revisão Extraordinária de 2001, **optou pela adoção – como relata** VITAL MOREIRA (“O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, “in” “O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa”, p. 13/47, 2004, Coimbra Editora) – **de “uma cláusula de remissão global** para o Estatuto de Roma”, **a indicar** que “o programa normativo de vários preceitos da Constituição **passa a ter de comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do TPI (...)**” (grifei).

**Em consequência** de tal opção, o Parlamento português **acrescentou, ao Artigo 7º** da Constituição nacional, **o inciso 7** – verdadeira “cláusula constitucional aberta” – , **que possui** o seguinte conteúdo normativo:

**“Artigo 7º**

**(Relações Internacionais)**

(...)

**7. Portugal pode**, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, **aceitar a jurisdição** do Tribunal Penal Internacional, **nas condições** de complementaridade e demais termos estabelecidos **no Estatuto de Roma**.” (grifei)

**Vale referir**, neste ponto, **as observações** que J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em obra conjunta, **fizeram** a respeito dessa solução jurídico-constitucional **adotada** pela Assembleia da República (“**Constituição da República Portuguesa Anotada**”, vol. I/248-250, itens XVI a XIX, 4ª ed., 2007, Coimbra Editora):

**“XVI. O nº 7**, aditado pela revisão extraordinária de 2001, **constitui uma ‘cláusula genérica de recepção’** do Estatuto de Roma. **Esta cláusula transporta várias dimensões: (1) é uma ‘cláusula de remissão global’ para o Estatuto de Roma**, o que implica a constitucionalização de todas as soluções **consagradas** neste Estatuto, **embora discrepantes ou divergentes** com as normas da CRP; **(2) é uma ‘cláusula constitucional aberta’**, pois remete formalmente para o Estatuto de Roma e não para o concreto conteúdo material actual; **(3)**

**é uma ‘cláusula de garantia da complementaridade’** (subsidiariedade) **do TPI** em relação aos tribunais nacionais (...).

**XVII. A aceitação da jurisdição** do Tribunal Penal Internacional (**«Cláusula TPI»**) **fica sujeita ao ‘princípio da complementaridade’** que, de resto, está claramente **consagrado** no Estatuto de Roma (art. 17º-1/‘a’). **O Tribunal tem uma intervenção subsidiária, pois só actua** quando os Estados demonstrarem **não querer actuar ou forem genuinamente incapazes** de organizar e promover, eles próprios, a acção penal (...).

**XVIII. A constitucionalização expressa**, mediante revisão extraordinária, **da «cláusula TPI»**, **procurou dar guarida normativo-constitucional** a várias normas **conflitantes** com a CRP (**e, segundo alguns, com os limites materiais** de revisão): **(1) as normas de jurisdição do TPI**, em contradição com o princípio da soberania judicial do Estado consubstanciado na reserva de jurisdição dos tribunais portugueses (CRP, arts. 11º, 205º a 209º) **e na entrega** da investigação criminal às autoridades portuguesas; **(2) as normas de individualização das penas** do Estatuto de Roma **em que se consagra** a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua **em manifesta colisão** com as normas constitucionais proibitivas de tal espécie de pena; **(3) as normas do Estatuto de Roma ligadas à extradição e entrega** de nacionais **para julgamento fora do**

país, **em contradição** com as normas dos n<sup>os</sup> 1, 3 e 4 do art. 37<sup>o</sup> da Lei Fundamental portuguesa; **(4) as normas neutralizadoras da imunidade** de titulares de cargos políticos **e consagradoras** do ‘princípio da irrelevância da qualidade oficial’ (Estatuto de Roma, art. 27<sup>o</sup>), **em desconformidade** com as normas constitucionais **referentes** a imunidades **e prerrogativas penais dos titulares** de cargos políticos (cfr. CRP, arts. 130<sup>o</sup>, 157<sup>o</sup> e 196<sup>o</sup>).

**XIX. A realização de uma justiça internacional e a aceitação da jurisdição** do Tribunal Penal Internacional implicam, para Portugal, a assumpção **da obrigação de cooperação** relacionada com a realização das diligências de investigação, **com a detenção e entrega de pessoas**, com a execução das penas de prisão **e** com os efeitos internos das penas aplicadas pelo TPI. **As obrigações de cooperação implicam o ‘dever’** de os Estados **introduzirem** nos respectivos ordenamentos internos **os mecanismos possibilitadores** da cooperação (...).” (grifei)

**Iguais dificuldades** surgiram em países **como a FRANÇA, a BÉLGICA e a ALEMANHA**, em que se **registraram** situações de incompatibilidade **entre** o Estatuto de Roma **e** as respectivas Constituições nacionais, **tal como esclarecem**, em substancioso estudo sobre a matéria, ANA LÚCIA SABADELL e DIMITRI DIMOULIS (“**Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de**

**Constitucionalidade**”, “in” Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/255-256, 2003, UNIMEP):

“(...) **Com efeito**, já houve **em alguns países** declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. **O ‘Conseil Constitutionnel’ francês**, autoridade de natureza jurisdicional **que fiscaliza** a constitucionalidade de forma preventiva **e** concentrada, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do Estatuto de Roma (**decisão** n. 98-408 de 22.01.1999). **Considerou-se que o Estatuto de Roma**, assinado pela França, **violava** normas constitucionais **relativas** à imunidade do Presidente da República **e** à preservação da soberania nacional, **desrespeitando**, também, a legislação nacional sobre a prescrição **e** a anistia.

**Essa declaração de inconstitucionalidade impediu** a ratificação do Estatuto de Roma **até** que o poder constituinte reformador **acrescentasse** ao texto constitucional francês **o art. 53-2** que viabilizou o reconhecimento do TPI, **evitando** o conflito constitucional (**Lei constitucional** n. 99-568 de 08.07.1999).

**Uma decisão semelhante** no conteúdo, mas de natureza consultiva, **foi tomada na Bélgica**. **O ‘Conseil d’Etat’ belga considerou que algumas** previsões do Estatuto de Roma **eram incompatíveis** com a Constituição daquele país. **Em parecer publicado** em 21.04.1999, **o órgão considerou que**,

entre outros vícios constitucionais, o Estatuto violava as previsões sobre a imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais e restringia indevidamente os efeitos de exercício do direito de graça. Sugeriu-se, assim, que fosse realizada uma revisão constitucional para que o país pudesse honrar suas obrigações internacionais sem violar a Constituição. Contudo, as autoridades belgas negaram-se a realizar a reforma constitucional, e o poder legislativo ratificou o Estatuto de Roma, alegando, de forma paradoxal, que eventuais inconstitucionalidades poderiam ser sanadas em seguida.

Outros países optaram pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional. Esse é o caso da Alemanha, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000 que permitiu que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União européia ou de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito (art. 16, 2 da Lei Fundamental).

(...)

Não foi diferente a estratégia de compatibilização no Grão-Ducado de Luxemburgo. A Lei Constitucional de 8.8.2002 revisou o art. 118 da

*Constituição de 1868 no sentido de admitir a jurisdição do TPI.” (grifei)*

Em suma: essas são algumas das muitas questões que podem ser suscitadas em face da situação concreta veiculada nestes autos e que têm constituído – como ora acentuado – objeto de opiniões doutrinárias contrastantes.

Uma observação final: embora o Estatuto de Roma possibilite a formulação, pelo Tribunal Penal Internacional, de pedido “de detenção e entrega” de uma pessoa contra quem foi instaurado, perante esse organismo judiciário, procedimento penal por qualquer dos crimes referidos no Artigo 5º de mencionada convenção multilateral, impende advertir que esse pleito de cooperação internacional – considerado o que dispõe o Artigo 89, n. 1, desse mesmo Estatuto – há de ser dirigido ao Estado “*em cujo território essa pessoa possa se encontrar*” (grifei).

É fato notório que o Presidente da República do Sudão não se encontra em território brasileiro, nem se registra a possibilidade de que venha a nele ingressar, o que afastaria o requisito tão claramente enunciado no Artigo 89, n. 1, do Estatuto de Roma.

Por tais razões, entendo essencial a prévia manifestação da douta Procuradoria-Geral da República sobre as questões acima referidas, além de outras que o Ministério Público Federal entender pertinentes, eis que se impõe, ao Brasil, em sua

condição de Estado Parte do Estatuto de Roma, a “**Obrigação geral de cooperar**” com o Tribunal Penal Internacional (**Artigo 86**).

2. **Oficie-se** ao Senhor Ministro de Estado da Justiça **e** ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, **encaminhando-se-lhes cópia do presente** despacho.

3. **Registro**, por necessário, **que é de conhecimento geral** a existência, **contra** o Presidente da República do Sudão, de mandado de detenção **e** entrega **expedido** por ordem do Tribunal Penal Internacional.

**A notoriedade** desse fato **decorre** de sua **ampla** divulgação pelos meios de comunicação nacionais **e** internacionais, **que noticiaram**, também, **recentíssima declaração emanada** da União Africana, **que decidiu encerrar** a sua cooperação com o Tribunal Penal Internacional, precisamente **em razão** de referida ordem de captura.

**Cabe assinalar**, ainda, **que a publicidade** da expedição do mandado de detenção **e** entrega do Chefe de Estado em causa, **além de amplamente** disseminada (**como se vê** no próprio “*site*” oficial do Tribunal Penal Internacional), **foi reforçada** por **recentíssimo** noticiário **veiculado** pela imprensa mundial, **inclusive** em publicações *online* ([www.monitor.co.ug](http://www.monitor.co.ug), **p. ex.**), **concernente** à visita, a *Kampala* (Uganda), **do Procurador** Luis Moreno-Ocampo, principal representante do Ministério Público perante o Tribunal Penal Internacional, **que ali**

**buscava** a cooperação de referido país africano **na captura** de Omar Al Bashir.

**Por não haver**, desse modo, **qualquer** motivo **que justifique** a tramitação em sigilo **deste** pedido, **deixo de observar** o que prescreve, a respeito, **o Artigo 87, n. 3**, do Estatuto de Roma.

Publique-se.

**Brasília**, 17 de julho de 2009.

(**11º Aniversário da assinatura do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional**)

Ministro CELSO DE MELLO

Presidente, **em exercício**

(**RISTF**, art. 37, I)



## 23 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.023 – DF

**Liberdade de profissão – Exercício da atividade profissional de músico – Desnecessidade de registro na Ordem dos Músicos. [RE 635.023 ED/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 13-2-2012.]**

**EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**DF – DISTRITO FEDERAL**  
**RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO**  
**EMBTE.(S): ORDEM DOS MUSICOS DO BRASIL**  
**CONSELHO FEDERAL**  
**ADV.(A/S): IRAN AMARAL (8547/DF)**  
**EMBDO.(A/S): EDUARDO HENRIQUE SILVA DE SOUZA**  
**DV.(A/S): PAULO HENRIQUE FRANCO PALHARES**  
**(19336/DF)**

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO –  
**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS**  
COMO RECURSO DE AGRAVO – **CONSELHO**  
**PROFISSIONAL – ORDEM DOS MÚSICOS DO**  
**BRASIL – EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO PARA**  
**EFEITO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ARTÍS-**  
**TICA – INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA**  
**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LIBERDADES**  
**CONSTITUCIONAIS DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA**  
**(CF, ART. 5º, IX) E DE OFÍCIO OU PROFISSÃO**  
**(CF, ART. 5º, XIII) – SIGNIFICADO E ALCANCE**  
**DESSAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS – ARTE**  
**E CULTURA, QUE REPRESENTAM EXPRESSÕES**  
**FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE HUMANA E**  
**QUE CONSTITUEM DOMÍNIOS INTERDITADOS**  
**À INTERVENÇÃO, SEMPRE PERIGOSA E NOCIVA,**  
**DO ESTADO – A QUESTÃO DA LIBERDADE PRO-**  
**FISSIONAL E A REGULAÇÃO NORMATIVA DE**  
**SEU EXERCÍCIO – PARÂMETROS QUE DEVEM**  
**CONFORMAR A AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO**

**NO PLANO DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL: (a) NECESSIDADE DE GRAU ELEVADO DE**  
**CONHECIMENTO TÉCNICO OU CIENTÍFICO**  
**PARA O DESEMPENHO DA PROFISSÃO E (b)**  
**EXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL OU DE**  
**DANO EFETIVO COMO OCORRÊNCIAS QUE**  
**PODEM RESULTAR DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL**  
**FEDERAL QUE SE CONSOLIDARAM DESDE A**  
**CONSTITUIÇÃO DE 1891 – LIMITES À AÇÃO**  
**LEGISLATIVA DO ESTADO, NOTADAMENTE**  
**QUANDO IMPÕE RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO**  
**DE DIREITOS OU LIBERDADES OU, AINDA, NOS**  
**CASOS EM QUE A LEGISLAÇÃO SE MOSTRA**  
**DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE**  
**DE RAZOABILIDADE – MAGISTÉRIO DA DOU-**  
**TRINA – INCONSTITUCIONALIDADE DA EXI-**  
**GÊNCIA LEGAL DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS**  
**MÚSICOS DO BRASIL E DE PAGAMENTO DE**  
**ANUIDADE, PARA EFEITO DE ATUAÇÃO PROFIS-**  
**SIONAL DO MÚSICO – RECURSO IMPROVIDO.**

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Re-**  
**lator):** *Conheço, preliminarmente, dos presentes*  
embargos de declaração como recurso de agravo  
(RTJ 145/664 - RTJ 153/834 - AI 243.159-ED/DF, Rel.  
Min. NÉRI DA SILVEIRA - AI 243.832-ED/MG, Rel.

Min. MOREIRA ALVES – **Rcl 4.395-ED/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, *v.g.*).

**E**, *ao fazê-lo, reconheço não assistir* razão à parte ora recorrente, *notadamente* em face de recente julgamento plenário emanado desta Suprema Corte.

Com efeito, **a controvérsia jurídica** objeto deste processo **já foi dirimida** pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, que, **ao julgar o RE 414.426/SC**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **fixou entendimento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

**“DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.**

***Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.” (grifei)***

*Tal como ressaltado* na decisão ora recorrida, a **vigente** Constituição da República, **observando** tradição inaugurada com a Carta Política do Império

do Brasil (art. 179, n. 24), **que foi reafirmada** pelos sucessivos estatutos constitucionais (**CF/1891**, art. 72, § 24; **CF/1934**, art. 113, n. 13; **CF/1937**, art. 122, n. 8; **CF/1946**, art. 141, § 14; **CF/1967**, art. 150, § 23; **CF/1969**, art. 153, § 23), **proclama e assegura a liberdade de profissão, dispondo**, em seu art. 5º, inciso XIII, **ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”**.

**Tratando-se** de norma revestida de eficácia contida (*ou restringível*), **mostra-se constitucionalmente lícito**, ao Estado, **impor** exigências, que, **veiculando** requisitos **mínimos** de capacidade e **estabelecendo** o atendimento **de certas** qualificações profissionais, **condicionem o regular exercício** de determinado trabalho, ofício **ou** profissão.

**Essa competência constitucional, no entanto, não confere** ao Estado poder absoluto **para legislar** sobre o exercício *de qualquer* atividade profissional, **pois essa especial prerrogativa** de ordem jurídico-institucional *só se legitima quando* o Poder Público, **ao regulamentar** o desempenho **de certa** atividade profissional, **toma em consideração** parâmetros **fundados** em razões de interesse público, **como aquelas** que concernem *à segurança, à proteção e à saúde* das pessoas em geral.

**Vê-se, portanto, que apenas razões** de interesse público **podem** legitimar a regulação normativa, **por parte** do Estado, *de qualquer* ofício, trabalho ou profissão.

**Isso significa** que, se é certo que o cidadão é livre para escolher qualquer profissão, não é menos exato que essa escolha individual, para concretizar-se, **deve observar** as condições de capacidade técnica e os requisitos de qualificação profissional **ditados** por exigências **que objetivem** atender e proteger o interesse geral da coletividade.

**Torna-se evidente**, pois, que não é qualquer atividade profissional que poderá ser validamente submetida a restrições **impostas** pelo Estado, **eis que profissões**, empregos **ou** ofícios cujo exercício **não faça instaurar** situações **impregnadas de potencialidade lesiva** constituem atividades **insuscetíveis** de regulação normativa por parte do Poder Público, **porque desnecessário**, quanto a tais profissões, **o atendimento** de requisitos mínimos **de caráter** técnico-científico **ou** de determinadas condições de capacidade.

**Resulta claro** que a regulamentação, por lei, de atividades profissionais **implica, sempre, o estabelecimento** de restrições normativas **que interferem no plano da liberdade de ofício ou de profissão**. **É por tal motivo** que a intervenção normativa do Estado **na esfera** da liberdade profissional somente se legitima quando presentes razões impostas **pela necessidade social** de preservação e proteção do interesse público, **sob pena** de essa atividade do Congresso Nacional configurar abuso do poder de legislar, **que tem por consequência** o reconhecimento da inconstitucionalidade do próprio diploma legislativo.

**Vale rememorar**, no ponto, **no sentido** que venho de expor, **julgado** do Supremo Tribunal Federal **que reputou incompatível**, com o texto da Constituição, **a edição** de diploma legislativo **que restringia**, de modo indevido, **a liberdade constitucional** de profissão: “(...) **É inconstitucional** a lei **que atenta** contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, **regulamentando e**, conseqüentemente, **restringindo** o exercício de profissão **que não pressupõe** condições de capacidade” (RTJ 89/367, Rel. p/ o acórdão Min. DÉCIO MIRANDA – grifei).

**Impende advertir**, neste ponto, **que o Poder Público**, especialmente em sede de legislação **restritiva** de direitos e liberdades, não pode agir imoderadamente, **pois** a atividade estatal acha-se **essencialmente condicionada** pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, **a exigência** de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

**O exame** da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, **exatamente** por viabilizar o controle de sua **razoabilidade**, com fundamento **no art. 5º, LIV**, da Carta Política, **inclui-se**, por isso mesmo, **no âmbito** da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

**Esse entendimento** é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **que, por mais de uma vez, já advertiu** que o Legislativo **não pode**

**atuar** de maneira imoderada, **nem formular** regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente **divorciada** dos padrões de razoabilidade.

**Coloca-se em evidência**, neste ponto, **o tema** concernente ao **princípio da proporcionalidade**, que se qualifica - *enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais* (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - **como postulado básico de contenção** dos excessos do Poder Público.

**A validade** das manifestações do Estado, **analisadas** estas em função de seu conteúdo intrínseco - **especialmente** naquelas hipóteses *de imposições restritivas ou supressivas* incidentes sobre determinados valores básicos (**como** a liberdade) -, **passa a depender, essencialmente, da observância** de determinados requisitos que atuam como expressivas **limitações materiais** à ação normativa do Poder Legislativo, **como enfatiza**, *de maneira bastante clara, o magistério da doutrina* (RAQUEL DENIZE STUMM, “**Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Direitos Humanos Fundamentais**”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

**Isso significa**, portanto, *dentro da perspectiva* da extensão da teoria do desvio de poder **ao plano** das atividades legislativas do Estado, **que este não dispõe** de competência para legislar *ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável*, **gerando**, com o seu comportamento institucional, situações normativas **de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão** dos fins que regem o desempenho da função estatal.

*Daí a advertência* de CAIO TÁCITO (**RDP** 100/11-12), que, **ao relembrar** a lição pioneira de SANTI ROMANO, **destaca** que a figura do *desvio de poder legislativo* **impõe** o reconhecimento de que a atividade legislativa **deve desenvolver-se** em **estrita** relação de harmonia com padrões de razoabilidade.

**Essa cláusula tutelar** dos direitos, garantias e liberdades, **ao inibir** os efeitos prejudiciais decorrentes do *abuso de poder legislativo*, **ênfatiza** a noção de que **a prerrogativa de legislar** outorgada ao Estado **constitui** atribuição jurídica **essencialmente** limitada, **ainda** que o momento **de abstrata** instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, **como esta Corte** tem reiteradamente proclamado (**RTJ 176/578-579**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

*Na realidade, e tal como foi destacado* em importante precedente **firmado** pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 58/279-283**, Rel. Min. THOMPSON FLORES), **mesmo** nos casos em que se estabelecem condições de capacidade para o desempenho de atividade profissional, **a estipulação normativa** de

tais requisitos **não pode revelar-se** arbitrária **nem** discriminatória, **sob pena de injusta frustração** da liberdade de exercício de ofício, profissão ou emprego.

**Daí a advertência** de SAMPAIO DÓRIA (“**Comentários à Constituição de 1946**”, vol. 4/637, 1960, Max Limonad) **sobre os limites constitucionais** que incidem sobre o poder normativo do Estado **em tema** de liberdade profissional:

*“A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem tôdas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide.*

*Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica.*

*Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, pilotos de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos.*

*Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo*

*exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.” (grifei)*

**É importante salientar**, bem por isso, que esse entendimento *já fora anteriormente manifestado*, **sob a égide** da Carta Imperial de 1824, por JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, *Marquês de São Vicente* (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 391, itens ns. 550 e 551, 1978, Senado Federal/Editora UnB), **em passagem** na qual discorreu sobre a liberdade de escolha e de exercício de trabalho, indústria ou profissão, **haven-do expendido**, então, **as seguintes** (e pertinentes) **considerações**:

*“A livre escolha e exercício do trabalho, indústria ou profissão, sua livre mudança, ou substituição, a espontânea ocupação das faculdades do homem, tem por base não só o seu direito de liberdade, mas também o de sua propriedade.*

*(...)*

*Ele é o senhor exclusivo delas, assim como dos seus capitais que o trabalho anterior tem produzido e economizado; tem pois o livre arbítrio, o direito incontestável de empregar estas forças e recursos como julgar melhor, segundo sua inclinação ou aptidão. Impedir o livre uso desse direito, sua escolha espontânea ou querer forçá-lo a alguma ocupação industrial determinada, seria violar a mais sagrada das propriedades, o domínio de si próprio.*

(...)

**As únicas restrições** que o nosso artigo constitucional **estabelece são que o trabalho** ou indústria **não se oponha** aos costumes públicos, **ou** à segurança **ou** saúde dos cidadãos. (...).” (grifei)

**Torna-se possível extrair**, dos precedentes e lições doutrinárias anteriormente referidos, **a constatação**, **tantas vezes destacada e reafirmada** pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos **proferidos sob a égide** da Constituição de 1891 (art. 72, § 24), de que **“A liberdade profissional, garantida pela Constituição Federal, de nenhum modo significa que o nacional e o estrangeiro possam exercer profissões liberais para as quais não estejam habilitados de acordo com o que estatuir a lei ordinária” (HC 3.347/MG, Rel. Min. ENÉAS GALVÃO - grifei).**

É que, **segundo sempre acentuou esta** própria Suprema Corte, **traduziria** verdadeiro contra-senso “reputar inconstitucionais os atos do poder público **tendentes a conciliar** o interesse do profissional **com** o da sociedade, **protegendo**, eficazmente, **a vida, a saúde e a propriedade** dos habitantes do país” (HC 3.347/MG - grifei).

**Note-se, portanto, que o Estado só pode regular** (e, em consequência, **restringir**) o exercício de atividade profissional, **fixando-lhe** requisitos **mínimos** de capacidade e de qualificação, **se o desempenho de determinada** profissão **importar** em dano efetivo **ou** em risco potencial para a vida,

a saúde, a propriedade **ou** a segurança das pessoas em geral (IVES GANDRA MARTINS/CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), **a significar**, desse modo, que ofícios **ou** profissões cuja prática **não se revista de potencialidade lesiva** ao interesse coletivo **mostrar-se-ão insuscetíveis de qualquer** disciplinação normativa.

**Também se revela incompatível** com o texto da Constituição - **sob pena** de reeditar-se **a prática medieval das corporações de ofício, abolidas** pela Carta Imperial de 1824 (art. 179, XXV) - **a exigência** de que alguém, **para desempenhar, validamente**, atividade profissional, **tenha que se inscrever** em associação **ou** em sindicato **para poder exercer, sem qualquer restrição legal**, determinada profissão.

**Se se revisitar** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **firmada já sob a égide** da Constituição de 1891, **constatar-se-á** que, **embora possível** a regulamentação profissional, **não pode** o legislador, **contudo**, discipliná-la **com apoio em critérios arbitrários, destituídos** de razoabilidade **e evidenciadores, por isso mesmo**, de transgressão ao postulado do livre exercício de profissão ou ofício.

**Expressivo** dessa orientação **é o julgamento** que esta Corte **proferiu na Representação nº 930/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. RODRIGUES ALCKIMIN, **em decisão assim ementada:**

**“Lei nº 4.116, de 27.8.62. – Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão (C.F., art. 153, § 23).**

**É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe ‘condições de capacidade’.**

**Representação procedente** “in totum.” (grifei)

**Extremamente significativo**, por sua densidade e fundamentação, o voto então proferido pelo saudoso Ministro RODRIGUES ALCKIMIN, de que extraio o seguinte fragmento:

**“Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão.**

**Essa liberdade**, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

**Tanto assim é** que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

**Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições** que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

**Que adiantaria afirmar ‘livre’ o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?**  
(...)

**E ainda que**, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade.

(...)

**Quais os limites que se justificam**, nas restrições ao exercício de profissão?

**Primeiro, os limites decorrentes** da exigência de capacidade técnica. (...).

(...)

(...) **São legítimas**, conseqüentemente, **as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica**, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. (...).

(...)

**Tais condições** (de capacidade técnica, moral, física, ou outras) **hão de ser sempre exigidas** pelo interesse público, **jamaís pelos interesses** de grupos profissionais ou de determinados indivíduos. (...).

(...)

**No Brasil**, a Constituição do Império, **depois de assegurar** a liberdade de trabalho ‘**que não se oponha** aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos’, **declarou abolidas** ‘as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres’. E o princípio constitucional assegurador da liberdade do exercício de profissão foi mantido nas Constituições de 1891, de 1934, de 1946. (...).

(...)

O **direito constitucional brasileiro**, portanto, **assegura a liberdade do exercício profissional**, com o que exclui a existência de corporações monopolísticas ou de outorga de privilégios a sociedades ou grupos. Permite que se condicione o exercício profissional ao preenchimento de requisitos de capacidade (...), requisitos ditados pelo interesse público, unicamente. (...).

(...)

**Do exposto se pode concluir:**

**a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão.** O legislador ordinário **não pode** nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (...). **Pode somente limitar ou disciplinar** esse exercício **pela exigência** de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

**b) Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade,** cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

**c) A liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício,** que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades. Se não se impede a associação para defesa dos interesses dos grupos profissionais, a ninguém se pode exigir que ingresse em associação ou que se faça registrar em sindicato para poder exercer a profissão. (...).” (grifei)

Essa **mesma** diretriz **foi reafirmada, já agora sob a vigente Constituição, no julgamento plenário do RE 511.961/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, em decisão** que restou consubstanciada, **no ponto**, em acórdão assim ementado:

“(...) **A Constituição de 1988**, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), **segue um modelo de reserva legal qualificada** presente nas Constituições anteriores, **as quais prescreviam** à lei a definição das ‘condições de capacidade’ como condicionantes para o exercício profissional. **No**

**âmbito do modelo de reserva legal qualificada** presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, **paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas**, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. (...). **A reserva legal** estabelecida pelo art. 5º, XIII, **não confere** ao legislador **o poder de restringir** o exercício da liberdade profissional **a ponto** de atingir o seu próprio núcleo essencial.

(...)

(...) **A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei.** (...)” (grifei)

**Resulta claro, pois, da jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **consolidou em tema de liberdade constitucional de profissão, emprego ou ofício, que “Há profissões cujo exercício diz, diretamente, com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções, porque estaríamos mutilando o regime democrático**

da Constituição (...), dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter”, **tal como assinalou** JOSÉ DUARTE em preciso magistério sobre tão relevante direito fundamental (“**A Constituição Brasileira de 1946**”, vol. 3/33-34, 1947, Imprensa Nacional).

**Há, ainda, a desautorizar** a pretensão do Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil, **outra razão de ordem igualmente constitucional**.

**Refiro-me** ao fato **de que a exigência** de inscrição, **nos quadros** da Ordem dos Músicos do Brasil, **para efeito** de exercício da atividade profissional de músico, **conflita, de modo ostensivo, com a prerrogativa constitucional** que assegura, **a qualquer pessoa, o livre** exercício da atividade artística, **independentemente de qualquer** controle estatal.

**Com efeito**, a Constituição da República **proclama, de maneira enfática, ser** “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (CF, art. 5º, IX).

**A liberdade de expressão artística não se sujeita** a controles estatais, **pois** o espírito humano, **que há de ser permanentemente livre, não pode** expor-se, no processo de criação, a mecanismos burocráticos **que imprimam** restrições administrativas, **que estabeleçam** limitações ideológicas **ou que imponham** condicionamentos estéticos à exteriorização dos sentimentos que se produzem nas profundezas mais recônditas da alma de seu criador.

**Daí a observação** do notável ensaísta e escritor mexicano OCTAVIO PAZ (“**O Arco e a Lira**”) **no**

**sentido** de que nada se revela mais nocivo e estéril do que a intervenção do Estado **nos domínios** da cultura, da arte e do pensamento, **que representam expressões fundamentais** da própria liberdade humana.

**Isso significa**, no contexto de nosso sistema normativo, **que não se mostra constitucionalmente aceitável nem se revela juridicamente compatível** com o modelo consagrado em nosso estatuto fundamental **a imposição, pelo Poder Público, de indevidas** restrições ao processo de exteriorização das obras artísticas.

**Examinada a questão sob tal perspectiva (que revela** a existência de permanente estado de tensão dialética **entre** o exercício do poder e a prática da liberdade artística), **mostra-se de inteira procedência** a afirmação de BRUNO MONTEIRO DE CASTRO AMARAL (“**A Inexigibilidade de Filiação dos Músicos à Ordem dos Músicos do Brasil e a Ilegalidade da Nota Contratual Instituída pela Portaria nº 3.347/1986 do MTPS**”, “in” Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª Quinzena de Janeiro de 2010, vol. I/36-35):

“A Constituição **consagra**, entre os direitos e garantias fundamentais, **a liberdade de manifestação artística**: ‘Art. 5º, [...] IX - **é livre a expressão da** atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]’.

**Mais adiante**, a Carta **consagra** a liberdade de exercício profissional **nos seguintes termos**:

‘Art. 5º [...] XIII - **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**; [...]’.

**Por óbvio**, o exercício de atividade artística **não pode estar sujeito** a qualquer espécie de qualificação profissional estabelecida em lei. **A arte**, como atividade de criação, **independe** de prévios conhecimentos técnicos. **É perfeitamente plausível** que alguém que jamais tenha se submetido a qualquer espécie de curso ou treinamento **transforme-se**, por talento e dedicação próprios, **em um grande artista** - pintor, escultor, ator, músico. O Brasil é exemplo vivo desta realidade: grandes nomes da MPB jamais freqüentaram cursos e tiveram nenhuma ou pouquíssimas noções de teoria musical, embora não se questione a qualidade e a aceitação daquilo que produzem.

**Então, se a atividade artística prescinde de qualificação técnica** – não apenas pelo fato de o talento e a dedicação suprirem os estudos, **mas**, sobretudo, **porque o exercício** desta atividade **não gera qualquer risco de dano** a terceiros (ao contrário de áreas como medicina, advocacia, engenharia, etc.) -, **a única justificativa** para a existência da obrigatoriedade de vinculação a um conselho profissional **seria o repudiável** exercício da censura: uma vez negada a ‘licença’, o artista encontrar-se-ia **impedido** de exercer seu ofício. **Realmente**, esta foi uma **prática comum** nos tempos de Ditadura (...). **Mas não tem cabimento**

na atual ordem imposta pela Carta de 1988, **que é clara** ao permitir o exercício da atividade artística ‘independentemente de censura ou licença’.

**Portanto**, resta evidente, a Constituição de 1988 **não recepcionou** a Lei nº 3.857/1960 **na parte** em que esta **exige** prévia qualificação e inscrição no órgão profissional para o exercício da profissão. **Se é livre** a manifestação artística, **seria de todo descabido cogitar-se em habilitação e registro como condições** para o seu exercício.” (grifei)

**Presentes** as razões que venho de expor, **consta-ta-se** que a decisão ora recorrida **ajusta-se** à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** na matéria em questão.

**Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em conseqüência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora questionada.

**É o meu voto.**



**24 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.203.231 – SP e  
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.912 – RS**

**Coisa julgada material – Proteção – Relativização da coisa julgada – Inadmissibilidade.** [RE 1.203.231/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 11-2-2020; e RE 592.912 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 22-11-2012.]

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**RS – RIO GRANDE DO SUL**  
**RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO**  
**AGTE.(S): UNIÃO**  
**ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AGDO.(A/S): IMELDA ANNA HAAB E OUTRO(A/S)**  
**ADV.(A/S): ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS**  
**E OUTRO(A/S)**

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL** – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: **ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL** – **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA** – **EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS** – **VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – **CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – **A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO**

ART. 741 DO CPC – **MAGISTÉRIO DA DOCTRINA** – RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

– A sentença de mérito **transitada** em julgado **só pode** ser desconstituída **mediante** ajuizamento **de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta** na fluência do prazo decadencial **previsto** em lei, **pois**, com o exaurimento de referido lapso temporal, **estar-se-á** diante da *coisa soberanamente julgada*, **insuscetível** de ulterior modificação, **ainda** que o ato sentencial **encontre fundamento** em legislação que, **em momento posterior**, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade**.

– **A superveniência** de decisão do Supremo Tribunal Federal, **declaratória** de inconstitucionalidade de diploma normativo *utilizado como fundamento* do título judicial questionado, **ainda que impregnada** de eficácia “*ex tunc*” – **como sucede, ordinariamente**, com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 – **RTJ** 164/506-509 – **RTJ** 201/765) –, **não se revela apta**, só por si, a desconstituir *a autoridade da coisa julgada*, **que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, “*in abstracto*”, da Suprema Corte. **Doutrina. Precedentes**.

– O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.

**EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEAT”. CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC/73. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE NÃO CONHECIDO.**

– A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de

impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o esgotamento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

– A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 **RTJ** 164/506-509 **RTJ** 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. **Doutrina. Precedentes.**

**DECISÃO:** O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que, confirmado em sede de juízo de retratação pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO contra decisão que, em liquidação de precatório, indeferiu a

*exclusão dos juros durante o período da moratória do art. 78 do ADCT. Suspensão da eficácia do art. 2º da EC 30/2000, que instituiu o art. 78 do ADCT, em razão do deferimento pelo Pleno do STF de liminar nas ADI nº 2.356 e nº 2.362. Incidência dos juros estipulados no título judicial. Observância à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 17 do STF, diante da falta de pagamento do precatório no período constitucional (atual art. 100, § 5º, da CF). AGRAVO DESPROVIDO”.*

**Não há como acolher** o apelo extremo em questão, **eis que a parte recorrente**, na realidade, **busca rescindir** o julgado, **pretendendo**, em sede processualmente inadequada **e** de maneira absolutamente imprópria, **o reexame** do fundo da controvérsia, **que já constituiu** objeto de decisão “**tornada irre-corrível**” **proferida** no processo de conhecimento.

**É importante lembrar**, no ponto, **o alto significado** de que se reveste, em nosso sistema jurídico, **o instituto** da “*res judicata*”, **que constitui** atributo específico da jurisdição **e que se revela** pela dupla qualidade **que tipifica** os efeitos emergentes do ato sentencial: **a imutabilidade**, de um lado, **e a coercibilidade**, de outro.

**Esses atributos que caracterizam** a coisa julgada em sentido material, **notadamente** a imutabilidade dos efeitos inerentes ao comando sentencial, **recebem**, diretamente, **da própria** Constituição,

**especial proteção** destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos **emanados** dos Juízes e Tribunais, **criando**, desse modo, **situação** de certeza, de estabilidade **e** de segurança para as relações jurídicas.

**É por essa razão** que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“**Curso de Direito Processual Civil**”, vol. I/539-540, item n. 509, 51ª ed., 2010, Forense), **discorrendo** sobre o fundamento da autoridade da coisa julgada, **esclarece** que o legislador, **ao instituir** a “*res judicata*”, **objetivou atender**, tão somente, “*uma exigência de ordem prática (...), de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário*”, **expressando**, desse modo, **a verdadeira razão** de ser do instituto em questão: **preocupação em garantir** a segurança nas relações jurídicas **e em preservar** a paz no convívio social.

**Mostra-se tão intensa a intangibilidade** da coisa julgada, **considerada** a própria disciplina constitucional que a rege, **que nem mesmo** lei posterior – **que haja alterado** (**ou**, até mesmo, **revogado**) prescrições normativas que tenham sido aplicadas, **jurisdicionalmente**, na resolução do litígio – **tem o poder de afetar ou de desconstituir** a autoridade da coisa julgada.

**Daí o preciso magistério** de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Manual de Direito Processual Civil**”, vol. III/329, item n. 687, 2ª ed. /2ª tir., 2000, Millennium Editora) **em torno** das relações **entre** a coisa julgada **e** a Constituição:

“A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, **situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar** – é o que se infere do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior. **E sob esse aspecto** é que se pode qualificar a “res iudicata” **como garantia constitucional** de tutela a direito individual.

Por outro lado, essa garantia, outorgada na Constituição, dá mais ênfase e realce àquela da tutela jurisdicional, **constitucionalmente** consagrada, no art. 5º, XXXV, **para a defesa** de direito **atingido** por ato lesivo, **visto que a torna intangível** até mesmo em face de “lex posterior”, **depois** que o Judiciário **exaure** o exercício da referida tutela, **decidindo e compondo** a lide”. (grifei)

**Não custa enfatizar**, de outro lado, **na perspectiva** da eficácia preclusiva da “res iudicata”, que, **em sede de execução**, não mais se justifica **a renovação** do litígio que foi objeto de resolução no processo de conhecimento, **especialmente quando** a decisão que apreciou a controvérsia **apresenta-se revestida** da autoridade da coisa julgada, **hipótese em que**, nos termos **do art. 474** do CPC/73, “**reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor (...)** à rejeição do pedido” (grifei).

**Cabe ter presente**, neste ponto, **a advertência** da doutrina (NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, “**Código de Processo Civil**

Comentado”, p. 709, 10ª ed., 2007, RT), **cujo magistério** – em lição **plenamente** aplicável ao caso ora em exame – **assim analisa** o princípio do “*tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*”:

“**Transitada em julgado** a sentença de mérito, **as partes ficam impossibilitadas** de alegar **qualquer outra** questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma **reputa repelidas** todas as alegações que as partes **poderiam** ter feito na petição inicial **e** contestação a respeito da lide **e não o fizeram**. Isto quer significar **que não se admite** a propositura **de nova** demanda **para rediscutir** a lide, com base **em novas** alegações”. (grifei)

**Esse entendimento** – que sustenta a **extensão** da autoridade da coisa julgada em sentido material **tanto** ao que foi **efetivamente** arguido **quanto** ao que **poderia** ter sido alegado, mas não o foi, **desde** que tais alegações e defesas **se contenham** no objeto do processo – **também encontra apoio** no magistério doutrinário **de outros** eminentes autores, **tais como** HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“**Curso de Direito Processual Civil**”, vol. I/550-553, itens ns. 516/516-a, 51ª ed., 2010, Forense), VICENTE GRECO FILHO (“**Direito Processual Civil Brasileiro**”, vol. 2/267, item n. 57.2, 11ª ed., 1996, Saraiva), MOACYR AMARAL SANTOS (“**Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**”, vol. 3/56, item n. 754, 21ª ed., 2003,

Saraiva), EGAS MONIZ DE ARAGÃO (“**Sentença e Coisa Julgada**”, p. 324/328, itens ns. 224/227, 1992, Aide) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Manual de Direito Processual Civil**”, vol. III/332, item n. 689, 2ª ed., 2000, Millennium Editora).

**Lapidar**, sob tal aspecto, a **autorizadíssima** lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN (“**Eficácia e Autoridade da Sentença**”, p. 52/53, item n. 16, nota de rodapé, **tradução** de Alfredo Buzaid/Benvindo Aires, 1945, Forense), **que, ao referir-se** ao tema **dos limites objetivos** da coisa julgada, **acentua** que esta **abrange** “**tanto** as questões que foram discutidas **como** as que o poderiam ser”:

“(…) **se** uma questão **pudesse** ser discutida no processo, **mas de fato não o foi, também a ela se estende**, não obstante, **a coisa julgada**, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. **Por exemplo**, o réu **não opôs** uma série de deduções defensivas que **teria** podido opor, e foi condenado. **Não poderá ele** valer-se daquelas deduções **para contestar** a coisa julgada. A finalidade prática do instituto **exige** que a coisa julgada permaneça firme, **embora** a discussão das questões relevantes tenha sido **eventualmente** incompleta; **absorve ela**, desse modo, necessariamente, **tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser**”. (grifei)

**A necessária observância** da autoridade da coisa julgada **representa** expressivo consectário da ordem constitucional, **que consagra**, dentre os **vários** princípios que dela resultam, **aquele** concernente à segurança jurídica.

**É por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez, já fez consignar advertência** que põe em destaque **a essencialidade** do postulado da segurança jurídica **e a consequente imprescindibilidade** de amparo e tutela das relações jurídicas definidas por decisão **transitada** em julgado:

**“O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL.**

**A exigência de respeito incondicional** às decisões judiciais **transitadas** em julgado **traduz imposição constitucional justificada** pelo princípio da separação de poderes **e fundada** nos postulados **que informam**, em nosso sistema jurídico, **a própria concepção** de Estado Democrático de Direito.

**O dever de cumprir** as decisões **emanadas** do Poder Judiciário, **notadamente** nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário **o próprio** Poder Público, **muito mais** do que simples incumbência de ordem processual, **representa uma incontornável** obrigação institucional **a que não se pode subtrair** o aparelho de Estado, **sob**

pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de ‘impeachment’), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios)”.  
(RTJ 167/6-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O que se revela incontroverso, nesse contexto, é que a exigência de segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da “*res judicata*”.

Importante referir, no ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 250, 1998, Almedina):

“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estritamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ legislativo, executivo e judicial”. (grifei)

Nem se diga, ainda, para legitimar a pretensão jurídica da parte ora recorrente, que esta poderia invocar, em seu favor, a tese da “relativização” da autoridade da coisa julgada, em especial da (impropriamente) denominada “coisa julgada

*inconstitucional*”, **como sustentam** alguns autores (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, “in” Revista de Processo nº 103/9-36; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Relativizar a Coisa Julgada Material”, “in” Revista de Processo nº 109/9-38; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, Parágrafo Único)”, “in” Revista dos Tribunais, vol. 841/56/76, ano 94; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização”, 2003, RT; TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: Sentido e Alcance do Art. 741, Parágrafo Único, Do CPC”, “in” Revista de Processo, vol. 125/79-91, v.g.).

**Tenho para mim** que essa postulação, **se** admitida, **antagonizar-se-ia** com a proteção jurídica **que a ordem constitucional** dispensa, **em caráter tutelar**, à “*res judicata*”.

Na realidade, **a desconsideração** da “*auctoritas rei judicatae*” **implicaria** grave enfraquecimento de uma **importantíssima** garantia constitucional **que surgiu**, de modo expresse, **em nosso** ordenamento positivo, com a Constituição de 1934.

A pretendida “relativização” da coisa julgada **provocaria** consequências **altamente** lesivas à

estabilidade das relações intersubjetivas, à exigência de certeza e de segurança jurídicas e à preservação do equilíbrio social, **valendo destacar**, em face da absoluta **pertinência** de suas observações, **a advertência** de ARAKEN DE ASSIS (“Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional”, “in” Revista Jurídica nº 301/7-29, 12-13):

“**Aberta** a janela, **sob o pretexto** de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, **não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão** às iniciativas do vencido. **O vírus do relativismo contaminará**, fatalmente, **todo** o sistema judiciário. **Nenhum veto**, ‘a priori’, **barrará o vencido** de desafiar e afrontar o resultado precedente **de qualquer** processo, **invocando hipotética** ofensa deste **ou** daquele valor da Constituição. **A simples possibilidade** de êxito do intento revisionista, **sem** as peias da rescisória, **multiplicará os litígios**, nos quais o órgão judiciário de 1º grau **decidirá**, preliminarmente, **se** obedece, **ou** não, **ao pronunciamento transitado em julgado** do seu Tribunal **e até**, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. **Tudo**, naturalmente **justificado** pelo respeito obsequioso à Constituição **e baseado na volúvel** livre convicção do magistrado inferior.

**Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco** de se perder **qualquer** noção de segurança e de

hierarquia judiciária. **Ademais, os litígios jamais acabarão**, renovando-se, a todo instante, **sob o pretexto** de ofensa a este ou aquele princípio constitucional. **Para combater semelhante desserviço à Nação, urge** a intervenção do legislador, **com o fito de estabelecer, previamente**, as situações em que a eficácia de coisa julgada **não opera** na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retratá-la (...). **Este** é o caminho promissor **para banir** a insegurança do vencedor, a afoiteza **ou** falta de escrúpulos do vencido **e o arbítrio** e os casuísmos judiciais”. (grifei)

Esse **mesmo** entendimento **que rejeita** a “relativização” da coisa julgada em sentido material **foi exposto**, em lapidar abordagem do tema, por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, p. 715/717, itens ns. 28 e 30, e p. 1.132, item n. 14, 11ª ed., 2010, RT):

**“28. Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito.** A doutrina mundial **reconhece** o instituto da coisa julgada material **como ‘elemento de existência’** do Estado Democrático de Direito (...). **A ‘supremacia** da Constituição’ **está na própria** coisa julgada, **enquanto manifestação** do Estado Democrático de Direito, **fundamento** da República (CF 1.º ‘caput’), **não sendo princípio** que possa opor-se à coisa julgada **como se esta**

estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. **Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar** ao instituto tratamento jurídico inferior, **de mera figura** do processo civil, **regulada** por lei ordinária, **mas**, ao contrário, **impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja**, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, **que não pode ser apequenado** por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, **como é o caso** da sentença injusta, repelida como irrelevante (...) **ou** da sentença proferida contra a Constituição **ou** a lei, igualmente considerada pela doutrina (...), **sendo que**, nesta última hipótese, **pode ser desconstituída** pela ação rescisória (CPC 485 V). (...) **O risco político** de haver sentença injusta **ou** inconstitucional no caso concreto **parece ser menos grave** do que o risco político **de instaurar-se** a insegurança geral **com a relativização** (‘rectius’: desconsideração) da coisa julgada.

(...)

**30. Controle da constitucionalidade da sentença. Coisa julgada inconstitucional.** Os atos jurisdicionais do Poder Judiciário **ficam sujeitos** ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos de todos os poderes. **Para tanto**, o ‘due process of law’ desse controle tem de ser observado. **Há três formas** para fazer-se o controle interno,

jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: **a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação.** Na primeira hipótese, tendo sido proferida decisão **contra** a CF, **pode ser impugnada** por recurso ordinário (agravo, apelação, recurso ordinário constitucional etc.) **no qual** se pedirá a anulação ou a reforma da decisão inconstitucional. O **segundo** caso é de decisão de única ou última instância **que ofenda** a CF, **que poderá ser impugnada** por RE para o STF (CF 102 III “a”). A **terceira e última** oportunidade **para controlar-se a constitucionalidade** dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário **ocorre** quando a decisão de mérito **já tiver transitado** em julgado, **situação em que poderá ser impugnada por ação rescisória** (CPC 485 V) ou **revisão criminal** (Rel. Min. CEZAR PELUSO 621). **Passado** o prazo de dois anos **que a lei estipula** (CPC 495) **para exercer-se** o direito de rescisão de decisão de mérito **transitada** em julgado (CPC 485), **não é mais possível fazer-se** o controle judicial da constitucionalidade de sentença **transitada** em julgado. **No século XXI não mais se justifica** prestigiar e dar-se aplicação a institutos como os da ‘querela nullitatis insanabilis e da praescriptio immemorialis’. **Não se permite** a reabertura, a **qualquer tempo, da discussão** de lide **acobertada** por sentença **transitada** em julgado, **ainda que sob pretexto** de que a sentença **seria** inconstitucional.

**O controle da constitucionalidade** dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário **existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal.** (...)

**14. Inconstitucionalidade material do CPC 741 par. ún. Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada.** Esse título judicial **goza** de proteção constitucional, **que emana** diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’), **além de possuir** dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º XXXVI). **Decisão ‘posterior’,** ainda que do STF, **não poderá atingir** a coisa julgada **que já havia sido formada e dado origem** àquele título executivo judicial. **A decisão** do STF **que declara inconstitucional** lei ou ato normativo **tem eficácia retroativa ‘ex tunc’, para atingir** situações **que estejam se desenvolvendo** com fundamento nessa lei. **Essa retroatividade tem como limite a ‘coisa julgada’** (Canotilho. ‘Dir. Const.’, p. 1013/1014). **Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes,** sobre as quais **pesa** a ‘auctoritas rei iudicatae’, **manifestação** do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) **e garantia constitucional fundamental** (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). **A esse respeito, ressaltando a coisa julgada** dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, **embora** nem precisasse fazê-lo, **é expressa** a CF portuguesa (art. 282, n. 3,

1ª parte). **Caso se admita** a retroação prevista na norma ora comentada como possível, **isso caracterizaria ofensa direta** a dois dispositivos constitucionais: **CF 1º ‘caput’** (Estado Democrático de Direito, **do qual a coisa julgada é manifestação**) e 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). **A norma**, instituída pela L 11232/05, é, portanto, **materialmente inconstitucional**. **Não se trata** de privilegiar o instituto da coisa julgada **sobrepondo-o** ao princípio da supremacia da Constituição (...). **A coisa julgada é a própria Constituição Federal, vale dizer, manifestação, dentro do Poder Judiciário, do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’), fundamento da República**”. (grifei)

**Absolutamente correto**, pois, **o magistério** de autores – **como** JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“Considerações Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material” *in* Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 62/43-69); ROSEMIRO PEREIRA LEAL (“Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas”, p. 3/22, 2005, Del Rey); SÉRGIO GILBERTO PORTO (“Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada” *in* Revista Jurídica nº 304/23-31) e LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (“Código de Processo Civil”, p. 716/717, item n. 9, 2ª ed., 2010, RT) – **que repudiam a tese segundo a qual** mostrar-se-ia

viável a *relativização* da autoridade da coisa julgada, **independentemente** da utilização ordinária da ação rescisória, **valendo lembrar**, no ponto, **a advertência** de LEONARDO GRECO (“Eficácia da Declaração ‘Erga Omnes’ de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior” *in* “Relativização da Coisa Julgada”, p. 251/261, 2ª ed./2ª tir., 2008, JusPODIVM), **para quem se revelam conflitantes**, com a garantia constitucional da “*res judicata*”, **as regras legais que autorizam a desconsideração** da coisa julgada material **em face** de declaração de inconstitucionalidade (**ou** de uma nova interpretação constitucional) **emanada** do Supremo Tribunal Federal, **à semelhança** do que prescreviam, p. ex., o art. 475-L, § 1º, e o art. 741, parágrafo único, **ambos** do Código de Processo Civil/73:

**“2. Para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído entre nós a partir da Constituição de 1988, considero necessário assentar uma segunda premissa, ou seja, se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou,**

*se, ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infra-constitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais.*

(...)

*Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no ‘caput’ do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.*

(...)

*A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.*

(...)

*A coisa julgada é, assim, uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.*

*Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo, recordei que, na jurisdição de*

*conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da Constituição) também dos demais cidadãos, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, pois todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.*

(...)

*5. Com essas premissas, parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional.*

*A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do*

**julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível** para essa anulação, **quanto** aos efeitos **já produzidos** pela sentença **transitada** em julgado, **é a ação rescisória, se ainda subsistir** o prazo para a sua propositura.

(...)

**Uma última palavra** deve ser reservada à disposição **constante** da Medida Provisória 2.180/01, **mantida** em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, **que ampliou a vulnerabilidade** da coisa julgada **através** dos embargos à execução, **com a introdução** de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, **tornando inexigível** a dívida **se** o título judicial **se fundar** em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal **ou** em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. **Nela se nota a clara intenção de transpor** para o Direito brasileiro **a hipótese da parte final** do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, **que preserva os efeitos pretéritos** da coisa julgada, **mas impede** a execução futura. **Entretanto, o ilegítimo legislador governamental**, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, **ou seja**, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido

recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.

**Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros** da decisão proferida no controle concentrado, **parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo** na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, **salvo** quanto a relações jurídicas continuativas, **pois**, quanto a estas, **modificando-se** no futuro os fatos **ou** o direito, e no caso da declaração ‘erga omnes’ pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, **cessará** a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 741 do CPC.

**6. Em síntese, a segurança jurídica**, como direito fundamental, **assegurada** pela coisa julgada, **não permite**, como regra, **a propositura** de ação de revisão da coisa julgada **como consequência** da declaração de constitucionalidade **ou** de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”. (grifei)

**Cabe ter presente**, neste ponto, **o que a própria** jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **vinha proclamando**, já há quatro (4) décadas, **a respeito da invulnerabilidade** da coisa julgada em sentido material, **ênfatizando**, em tom de grave advertência, que sentenças **transitadas** em julgado, ainda que inconstitucionais, **somente** poderão ser invalidadas **mediante** utilização de

meio instrumental adequado, **que é**, no domínio processual civil, **a ação rescisória**.

**Com efeito**, esta Suprema Corte, **já em 1968**, quando do julgamento **do RMS 17.976/SP**, Rel. Min. AMARAL SANTOS (**RTJ 55/744**), **proferiu** decisão **na qual reconheceu** a impossibilidade jurídico-processual **de válida** desconstituição da autoridade da coisa julgada, **mesmo** na hipótese de a sentença **transitada** em julgado **haver resolvido** o litígio **com fundamento em lei declarada inconstitucional**:

*“A suspensão da vigência da lei **por inconstitucionalidade** torna sem efeito todos os atos praticados **sob o império** da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...).”* (grifei)

**Posteriormente**, em 1977, o Supremo Tribunal Federal, **reafirmando** essa **corretíssima** orientação jurisprudencial, **fez consignar a inadmissibilidade** de embargos à execução **naqueles casos** em que a sentença **passada** em julgado **apoiou-se**, para compor a lide, **em lei declarada inconstitucional** por esta Corte Suprema:

*“Recurso Extraordinário. Embargos à execução de sentença **porque baseada**, a decisão **trânsita** em julgado, **em lei posteriormente declarada***

***inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via da ação rescisória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (...).”***

(**RE 86.056/SP**, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN – grifei)

**Vê-se, a partir** das considerações que venho de expor, **que não se revela** processualmente ortodoxo **nem** juridicamente adequado, **muito menos** constitucionalmente lícito, **pretender-se** o reconhecimento **da inexigibilidade** de título judicial, **sob pretexto** de que a sentença **transitada** em julgado **fundamentou-se em lei declarada inconstitucional** pelo Supremo Tribunal Federal.

**É que**, em ocorrendo tal situação, a sentença de mérito **tornada** irrecorrível **em face** do trânsito em julgado **só pode** ser desconstituída **mediante** ajuizamento de uma **específica** ação autônoma de impugnação (**ação rescisória**), **desde** que utilizada, pelo interessado, **no prazo decadencial** definido em lei, **pois**, esgotado referido lapso temporal, **estar-se-á** diante da coisa *soberanamente* julgada, **que se revela, a partir** de então, **insuscetível** de modificação ulterior, **ainda que haja sobrevindo julgamento** do Supremo Tribunal Federal **declaratório** de inconstitucionalidade da própria lei **em que baseado** o título judicial exequendo, **como observa** JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Manual de Direito Processual Civil**”, vol. III/344, item n. 698, 2ª ed./2ª tir., 2000, Millennium Editora):

***“Passando em julgado a sentença ou acórdão, há um julgamento com força de lei entre as partes, a que estas se encontram vinculadas imutavelmente.***

***Permitido está, no entanto, que se ataque a ‘res iudicata’ (...), principalmente através de ação rescisória. (...).***

***Esse prazo é de decadência e seu ‘dies a quo’ se situa na data em que ocorreu a ‘res iudicata’ formal. (...).***

***Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa ‘soberanamente’ julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória”. (grifei)***

**Em suma: a decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o ato sentencial transitado em julgado, ainda que impregnada de eficácia *‘ex tunc’*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 – **RTJ** 164/506-509 – **RTJ** 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, *“in abstracto”*, da Suprema Corte.**

**Impõe-se registrar, finalmente, no que concerne à própria controvérsia suscitada nesta causa, que o entendimento exposto na presente decisão tem**

**sido observado em julgamentos, monocráticos ou colegiados, proferidos no Supremo Tribunal Federal (**AI 723.357/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RE 593.160/RN**, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):**

***“Desapropriação: recurso do INCRA contra decisão proferida em execução, onde se alega impossibilidade do pagamento de benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório: rejeição: preservação da coisa julgada.***

***Malgrado o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado, por duas vezes, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam o pagamento das benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório (ADIn 1.187-MC, 09.02.1995, Ilmar; RE 247.866, Ilmar, RTJ 176/976), a decisão recorrida, exarada em processo de execução, tem por fundamento a fidelidade evida à sentença proferida na ação de desapropriação, que está protegida pela coisa julgada a respeito”.***

**(RE 431.014-AgR/RN, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)**

***“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. BENFEITORIAS. PAGAMENTO EM ESPÉCIE. DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.***

**É certo** que esta Suprema Corte **declarou a inconstitucionalidade** de dispositivos que autorizam o pagamento, em espécie, de benfeitorias fora da regra do precatório. Isso não obstante, **no caso dos autos, esse pagamento foi determinado por título executivo que está protegido pelo manto da coisa julgada, cuja desconstituição não é possível** em sede de recurso extraordinário **interposto** contra acórdão **proferido** em processo **de embargos à execução**.

**Precedente:** RE 443.356-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Agravo regimental **desprovido**”.

(**RE 473.715-AgR/CE**, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

**“EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.**

**Precatório. Incidência** de juros de mora **entre** a expedição **e** o pagamento no prazo constitucional. **Previsão em sentença transitada em julgado. Exigibilidade. Garantia da coisa julgada material. Jurisprudência assentada.** Recurso extraordinário inadmissível. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. **Sob pretexto** de contrariar a jurisprudência, **não pode** ser descumprida sentença **recoberta** por coisa julgada material”.

(**RE 486.579-AgR-AgR/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

**“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. AGRAVO IMPROVIDO.**

**I – Não obstante** a jurisprudência pacífica desta Corte ser **no sentido** de que, **não havendo** atraso na satisfação do débito, **não incidem** juros moratórios **entre** a data da expedição **e** a data do efetivo pagamento do precatório, **transitou em julgado** a sentença, **proferida** no processo de conhecimento, **que estipulou** a incidência de juros moratórios **até** o depósito da integralidade da dívida.

**II – Agravo regimental a que se nega** provimento”.

(**RE 504.197-AgR/RS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

**“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.**

1. São admissíveis os embargos de divergência quando demonstrado o dissídio jurisprudencial,

mediante o cotejo analítico entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é infraconstitucional o debate acerca dos limites objetivos da coisa julgada, revelando-se a ofensa à Constituição meramente reflexa.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento”.

(**RE 540.857-AgR-ED-EDv/RS**, Rel. Min. EDSON FACHIN)

**“COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEAT”. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A**

**QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.**

– A sentença de mérito **transitada** em julgado **só pode** ser desconstituída **mediante** ajuizamento **de específica** ação autônoma de impugnação (ação rescisória) **que haja sido proposta** na fluência do prazo decadencial **previsto** em lei, **pois**, com o esaurimento de referido lapso temporal, **estar-se-á** diante da coisa soberanamente julgada, **insuscetível** de ulterior modificação, **ainda** que o ato sentencial **encontre fundamento** em legislação que, **em momento posterior**, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **quer** em sede de controle abstrato, **quer** no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

– **A decisão** do Supremo Tribunal Federal **que haja declarado inconstitucional** determinado diploma legislativo **em que se apoie** o título judicial, **ainda** que impregnada de eficácia ‘ex tunc’, **como sucede** com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (**RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765**), **detém-se** ante a autoridade da coisa julgada, **que traduz**, nesse contexto, **limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, ‘in abstracto’, da Suprema Corte. **Doutrina. Precedentes”.**

(**RE 592.912/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **não conheço** do recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (**CPC**, art. 932, III).

**Não incide**, neste caso, o que prescreve o art. 85, § 11, do **CPC/15**, **por tratar-se** de recurso deduzido contra decisão publicada *sob a égide do CPC/73*.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2019.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator



## 25 AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA 8.279 – REPÚBLICA ARGENTINA

**Carta rogatória – Mercosul - Protocolo de Ouro Preto/MG** - Possibilidade de adoção de medidas cautelares – **Inaplicabilidade** pelo fato de não se haver completado, no que concerne ao Brasil, o ciclo de incorporação ao direito interno nacional – **Procedimento constitucional de incorporação de atos de Direito Internacional Público (Protocolo de Ouro Preto) ao direito interno brasileiro** – **A questão** do efeito direto e da aplicabilidade imediata das Convenções Internacionais. **Doutrina. Precedentes.** [CR 8.279 AgR/República Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10-8-2000.]

Inteiro teor do acórdão



AG.REG. NA CARTA ROGATÓRIA

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.: COAGULANTES ARGENTINOS S/A

ADVDS.: DANIELA ROCHA BESSONE CORRÊA E  
OUTROS

E M E N T A: **MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGACÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

**A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

- A **recepção** de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL **está sujeita** à mesma **disciplina constitucional** que rege o processo de **incorporação**, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. **É**, pois, **na Constituição da República**, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do **iter** procedimental pertinente à **transposição**, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - **inclusive** daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. **Precedente: ADI 1.480-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

- Embora **desejável** a adoção de mecanismos constitucionais **diferenciados**, cuja instituição **privilegie** o processo de **recepção** dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que **depende**, essencialmente, quanto à sua solução, de **reforma** do texto da Constituição brasileira, **reclamando**, em consequência, modificações **de jure constituendo**. Enquanto **não** sobrevier essa **necessária** reforma constitucional, a questão da **vigência doméstica** dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL **continuará** sujeita ao **mesmo** tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral.

**PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES**

## **INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL).**

- A **recepção** dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL **depende**, para efeito de sua ulterior **execução no plano interno**, de uma **sucessão** causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: **(a) aprovação**, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; **(b) ratificação** desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; **(c) promulgação** de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, **essenciais** à sua vigência doméstica: **(1) publicação** oficial do texto do tratado e **(2) executoriedade** do ato de direito internacional público, que passa, então - **e somente então** - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. **Precedentes.**

### **O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.**

- A Constituição brasileira **não consagrou**, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, **nem** o princípio do efeito direto, **nem** o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, **de jure constituto**, que, **enquanto não se concluir** o ciclo de sua transposição, **para o direito interno**, os tratados internacionais e os acordos de integração, **além de não poderem** ser invocados, **desde logo**, pelos particulares, **no que se refere** aos direitos e obrigações neles fundados (**princípio** do efeito direto), **também não poderão ser aplicados**, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (**postulado** da aplicabilidade imediata).

- O **princípio do efeito direto** (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o **postulado da aplicabilidade imediata** (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) **traduzem** diretrizes que **não se acham** consagradas **e nem positivadas** no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios **não podem ser** invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de **qualquer** convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, **enquanto** não se concluírem os **diversos** ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da **doutrina**.

- **Sob a égide** do modelo constitucional brasileiro, **mesmo** cuidando-se de tratados de integração, **ainda** subsistem os **clássicos** mecanismos institucionais de **recepção** das convenções internacionais

em geral, **não bastando**, para afastá-los, a existência da norma inscrita **no art. 4º, parágrafo único**, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido **não torna dispensável** a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, **para a ordem jurídica doméstica**, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Trata-se de recurso de agravo interposto contra ato decisório que negou **exequatur** a carta rogatória expedida pela Justiça Federal da República Argentina, com a finalidade de viabilizar, **em território brasileiro**, a efetivação de atos de caráter executório.

Proferi decisão a fls. 55/63, entendendo **incabível** a concessão de **exequatur** na espécie, eis que as diligências rogadas pela Justiça argentina revestem-se de **nítido caráter executório**.

Essa particular característica da medida judicial solicitada na carta rogatória **bastaria**, por si só, para **inviabilizar** a pretendida concessão de **exequatur**, no que concerne à efetivação dos atos de índole executória.

É que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **em tema de cartas rogatórias passivas**, tem, invariavelmente, **repelido** a possibilidade

jurídica de concessão do **exequatur** para efeito de realização, **em território brasileiro**, de diligências de **natureza executória**:

*"Sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil. É preciso notar, porém, que o caráter executório de uma rogatória se há de aferir, não pela natureza da demanda que lhe dá origem, mas pela finalidade que a anima, traduzida na realização, no Brasil, de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada."*

(RTJ 72/659-667, 664, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO – **trecho do voto do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE – grifei**)

*"(...) constitui **princípio fundamental** do direito brasileiro sobre **rogatórias** o de que nestas **não se pode pleitear medida executória** de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil."*

(RTJ 93/517, 519, Rel. Min. ANTONIO NEDER – **grifei**)

*"A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação, intimação, notificação, inquirição, exames, etc...Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se*

*acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isto já vem do Aviso nº 1, de 1º de outubro de 1847, **contanto que fosse desprovida de caráter executivo (...).***

*(...)*

*(...) Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder **exequatur** à Carta Rogatória de intimação, **porque ela não requer a prática de qualquer ato de execução.***

**(RTJ 103/536, 541, Rel. p/ o acórdão Min. ALFREDO BUZAID – grifei)**

Essa orientação jurisprudencial – **reiterada** em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal (**CR 5.715 – CR 6.958**) – **encontra** apoio em autorizado magistério doutrinário, que, na análise do tema, e na perspectiva do sistema jurídico brasileiro, adverte que **as cartas rogatórias passivas não podem revestir-se de eficácia executória** (HERMES MARCELO HUCK, "**Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria**", p. 35/39, item n. 6, 1994, Saraiva; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, "**Tratado de Direito Internacional Privado**", vol. II/408-409, 2ª ed., 1977, RT; AMILCAR DE CASTRO, "**Direito Internacional Privado**", p. 585-586, item n. 334, 4ª ed., 1987, Forense; AGUSTINHO FERNANDES DIAS DA SILVA, "**Direito Processual Internacional**", p. 170, item n. 179, 1971, Rio de Janeiro; HAROLDO VALLADÃO, "**Direito Internacional Privado**", vol. III/176, 1978, Freitas Bastos; OSCAR TENÓRIO,

"**Direito Internacional Privado**", vol. II/370, item n. 1.216, 11ª ed., 1976, Freitas Bastos; MARIA HELENA DINIZ, "**Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**", p. 304, item n. 6, 1994, Saraiva, v.g.).

**Vê-se**, portanto, que constitui nota característica, peculiar ao sistema normativo brasileiro, a **pré-exclusão de qualquer** atividade de índole executória, **em sede de cartas rogatórias passivas** (vale dizer, aquelas expedidas por Tribunais estrangeiros e dirigidas ao Supremo Tribunal Federal), pois, **em tal hipótese**, impor-se-á a necessária e prévia **homologação** da respectiva decisão estrangeira, a efetivar-se em procedimento específico a ser instaurado, no âmbito desta Corte, nos termos do **Código de Processo Civil** (arts. 483 e 484) e do **RISTF** (arts. 215 a 224).

**Cabe lembrar**, neste ponto, que, **em princípio** – e ressalvado o que dispuserem, em sentido contrário, tratados ou convenções internacionais – , as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira **somente** deverão ter por objeto a prática de simples atos de **informação** ou de **comunicação processual**, ausente, desse procedimento, por isso mesmo, qualquer conotação de índole executória.

Daí a **plena** admissibilidade, **em sede de rogatórias passivas**, da realização, **no Brasil**, de medidas científicas em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente enfatizado

pelo magistério jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (**RTJ** 52/299 – **RTJ** 87/402 – **RTJ** 95/38 – **RTJ** 95/518 – **RTJ** 98/47 – **RTJ** 103/536 – **RTJ** 110/55).

Desse modo, não constitui demasia ressaltar que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **firmou** orientação no sentido de considerar **insuscetíveis** de cumprimento, **no Brasil**, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, **ressalvadas**, unicamente, como precedentemente destacado, aquelas expedidas com fundamento em atos ou em convenções internacionais de cooperação interjurisdicional (**CR 7.618-República Argentina (AgRg)**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **CR 7.899-República Argentina**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **CR 7.914-República do Peru**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **CR 8.168-República Francesa**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

**No caso ora em análise**, impende observar que as diligências solicitadas pela Justiça rogante **revestem-se** de caráter executório.

Sendo **insuscetível** de cumprimento, em nosso País, **mediante simples procedimento rogatório**, a diligência em questão, **revela-se inviável**, no caso, a concessão do pretendido **exequatur**.

**Nem se alegue**, para justificar a pretendida concessão de **exequatur**, que as diligências rogadas – embora de caráter executório – **encontrariam** fundamento em convenção internacional consubstanciada no **Protocolo de Medidas Cautelares**

aprovado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994.

É que esse ato de direito internacional público, **muito embora aprovado** pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), **não se achava formalmente incorporado** ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, quando da recusa da concessão de **exequatur** pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, **a despeito de já ratificado** (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), o **Protocolo** em questão, em **04/5/98** (data da decisão **ora** agravada – fls. 55/63), **ainda não** havia sido **promulgado**, mediante decreto, pelo Presidente da República.

Na realidade, o **Protocolo de Medidas Cautelares** (MERCOSUL) – que se qualifica como típica convenção internacional de âmbito multilateral – **não havia sido incorporado**, definitivamente, à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, **quando** da prolação da decisão ora agravada, eis que, nesse momento, ainda **não se achava concluído** o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo nacional.

A questão da **executoriedade** dos tratados internacionais no âmbito do direito interno – analisado esse tema **na perspectiva do sistema constitucional brasileiro**, tal como resultou debatido no julgamento da **ADI nº 1.480-DF**, Rel. Min. CELSO DE

MELLO – **supõe** a **prévia** incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica.

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do **monismo** e do **dualismo**, no plano do direito internacional público, tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU ("**Droit International Public Approfondi**", p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), como mera "*discussion d'école*", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de **recepção**, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional **não dispõe**, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade **imediatas** no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, **depende**, essencialmente, de um processo de integração normativa **que se acha delineado**, em seus aspectos básicos, **na própria Constituição da República**.

Daí a **precisa** observação de JOÃO GRANDINO RODAS ("**Tratados Internacionais**", p. 17, item n. 8, 1991, RT):

*"É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, **embora já existentes no plano internacional**, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de*

*qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação.*

*Grande parte dos Estados, **seguindo a concepção dualista nesse pormenor**, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação." (grifei)*

**Não obstante tais considerações**, impende destacar que o tema concernente à **definição do momento** a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno **excede**, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois **cabe** à Constituição da República – **e a esta, somente** – disciplinar a questão pertinente à **vigência doméstica** dos tratados internacionais.

**Sob tal perspectiva**, o sistema constitucional brasileiro – que **não exige** a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (**visão dualista extremada**) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de **iter** procedimental que **compreende** a aprovação congressional **e** a promulgação executiva do texto convencional (**visão dualista moderada**).

Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável, sob a égide de **nosso** modelo constitucional: a **ratificação** – que se qualifica como típico ato de direito internacional público – **não basta**, por si só,

para promover a **automática** incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. **É que**, para esse específico efeito, **impõe-se** a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais – embora necessárias – não se revelam suficientes, para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte JOSÉ FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público**", p. 69, item n. 34, 5ª ed., 1995, Saraiva).

**Desse modo**, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em **nosso** sistema normativo, **é na Constituição da República** – e nesta, apenas – que se deve buscar a **solução normativa** para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a **sedes materiae** que se mostra essencial à **identificação** do procedimento estatal concernente à **definição** do momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais **passam a vigorar**, com força executória, no plano do sistema jurídico **nacional**.

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a **execução** dos tratados internacionais e a sua **incorporação** à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da **conjugação** de duas vontades homogêneas: **a do Congresso Nacional**, que resolve, definitivamente,

**mediante decreto legislativo**, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), **e a do Presidente da República**, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), **também** dispõe – **enquanto Chefe de Estado que é** – da competência para promulgá-los **mediante decreto**.

A própria **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão pertinente à **inserção** dos atos internacionais no âmbito do direito positivo interno brasileiro, **destacou** – na perspectiva da **disciplina constitucional** que rege esse processo de recepção – que, "**Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna**" (RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO – grifei).

Esse entendimento jurisprudencial veio a ser **confirmado** e **reiterado** no julgamento da ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ocasião em que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal enfatizou, **uma vez mais**, que o decreto presidencial, que **sucede** à aprovação congressional do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, **especialmente** se considerados os **três efeitos básicos** que lhe são pertinentes: (a) a **promulgação** do tratado internacional; (b)

a **publicação** oficial de seu texto; e (c) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular **e** a obrigar no plano do direito positivo interno.

Lapidar, **sob essa perspectiva**, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, **bem apreciando** a questão da **integração** dos tratados internacionais ao nosso direito interno – e **refletindo** o próprio magistério da doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 2/21, 1992, Saraiva) –, acentuou:

*"...No direito brasileiro, dá a Constituição Federal competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais **ad referendum** do Congresso Nacional (...). Por outro lado, tem o Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (...). Assim, **celebrado** o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, **aprovado** pelo Congresso Nacional e **promulgado** pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial, **tem-se como integrada** a norma da convenção internacional no direito interno." (grifei)*

*(Revista de Jurisprudência do TJRS, vol. 4/193, Rel. Des. PAULO BOECKEL VELLOSO)*

O eminente Ministro FRANCISCO REZEK, **hoje** Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, ao discorrer sobre esse tema em valiosíssima obra monográfica ("**Direito dos Tratados**", p. 384/386, itens ns. 321 e 322, 1984, Forense), ressalta a **imprescindibilidade** da promulgação **e** da publicação, **por ordem presidencial**, dos tratados celebrados pelo Brasil (**desde que** já definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional), **sob pena** de absoluta ineficácia jurídica desses atos internacionais, **no plano doméstico**:

*"O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído **depende** dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.*

*(...)*

*No Brasil se **promulgam**, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional.*

*(...)*

*Cuida-se de um **decreto**, unicamente porque os atos do Chefe de Estado costumam ter esse nome. (...). Vale aquele como ato de **publicidade** da existência do tratado, norma jurídica de vigência*

*atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado – cujo texto completo vai em anexo – se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio." (grifei)*

Vê-se, portanto, que a **aprovação** congressional, de um lado, e a **promulgação** executiva, de outro, atuam, **nessa condição**, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, **no plano normativo interno**, da convenção internacional celebrada pelo Brasil (CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "Curso de Direito Internacional Público", vol. 1/125, itens 89 e 90, 4ª ed., 1974, Freitas Bastos; HILDEBRANDO ACCIOLY, "Tratado de Direito Internacional Público", vol. I/577 e 601-603, itens 904 e 933-935, 2ª ed., 1956, RJ).

Desse modo, torna-se evidente que o **Protocolo de Medidas Cautelares**, celebrado no âmbito do MERCOSUL, ainda **não se achava** incorporado, formal e definitivamente, ao sistema de direito positivo interno do Brasil, quando, **em 04/5/98** (data da decisão **ora** agravada), foi por mim **legitimamente** recusada, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, a pretendida concessão de **exequatur** solicitada pela Justiça Federal da República Argentina.

Por essa **específica** razão, **nada** podia justificar a aplicação, **no plano doméstico**, do Protocolo de Medidas Cautelares em questão.

**Nem se alegue**, finalmente, que o procedimento

de incorporação de atos internacionais **não se aplicaria** às convenções, tratados ou acordos de **integração** celebrados no âmbito do MERCOSUL.

A **questão da aplicabilidade** das normas internacionais, no âmbito do direito interno brasileiro, está necessariamente sujeita aos condicionamentos estabelecidos no texto da Constituição da República.

**Não se pode** perder de perspectiva, **neste ponto**, que a Constituição brasileira – **ao contrário** do que prescreve, **por exemplo**, a Carta Política de **Portugal** (art. 8º, n. 3) – **não consagrou**, em tema de convenções internacionais **ou** de tratados de integração, de âmbito comunitário, **nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata**.

Isso significa, **de jure constituto**, que, **enquanto não se concluir** o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos comunitários, **além de não** poderem ser invocados, **desde logo**, pelos particulares, **no que se refere** aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), **também não poderão ser aplicados**, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata).

**Especialmente** no que concerne ao princípio da aplicabilidade imediata, cabe insistir, por necessário, na asserção de que o ordenamento constitucional brasileiro **não acolheu** esse postulado, segundo o qual as normas de direito internacional **passam** a aplicar-se, **desde logo**, no território do Estado-membro que as subscreveu, **sem** necessidade de

sua **prévia** incorporação, ao ordenamento positivo interno, mediante processos constitucionais específicos, **como ocorre** com os tratados internacionais **de feição clássica**.

Esse princípio – peculiar aos sistemas de integração comunitária – **viabiliza** a aplicabilidade **imediata** das normas de direito internacional, tornando **prescindível**, para esse efeito, a adoção de **qualquer** mecanismo formal destinado a promover a incorporação, ao ordenamento positivo de cada Estado nacional, das cláusulas constantes dos tratados internacionais.

**Impende esclarecer**, neste ponto, que o postulado da aplicabilidade imediata **não se confunde** com o princípio do efeito direto. **É que tais princípios** possuem conteúdo próprio e encerram noções conceituais autônomas. Por tal razão, **adverte** JOÃO MOTA DE CAMPOS ("**Direito Comunitário**", vol. II/173, item n. 751, 3ª ed., 1990, Fundação Calouste Gulbenkian), "**a aplicabilidade directa** ou o **efeito directo** de uma norma não implica, necessariamente, a sua **aplicabilidade imediata**".

**É certo** que há autores, como o próprio Professor JOÃO MOTA DE CAMPOS ("**As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisão Constitucional de 1982**", p. 277 e 283, 1985, Lisboa, ISCSP), que, embora reconhecendo essa distinção conceitual, **culminam por aceitar** que a noção de **aplicabilidade directa** – tal como

consagrada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Acórdão Van Gend en Loos – Acórdão Simmenthal II) – **possa ser assimilada** ao conceito de **efeito direto**.

**De qualquer maneira**, no entanto, **e mesmo** que se possa reconhecer autonomia conceitual ao **princípio do efeito direto** (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e ao **postulado da aplicabilidade imediata** (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna), **o fato irrecusável** é que tais diretrizes **não se acham** consagradas **e nem positivadas** no texto da Constituição da República, motivo pelo qual – tal como enfatizei na decisão ora agravada – **não podem ser** invocadas para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, **enquanto** não se concluírem os **diversos** ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil.

**Reconheço** que, tratando-se de **princípios** que compõem o direito de integração, e que regem as **relações** entre o direito nacional dos Estados-membros **e** a ordem jurídica comunitária, **qualificam-se ambos** – o princípio do efeito direto **e** o princípio da aplicabilidade imediata – como diretrizes essenciais à própria configuração institucional do espaço comunitário, pois tais postulados, em

última análise, visam a tornar as regras comunitárias **imediatamente** invocáveis, em matéria de direitos e obrigações, pelos particulares, além de aplicáveis, **desde logo**, sem **qualquer** intermediação formal, no âmbito doméstico dos Estados nacionais, tornando-as parte integrante de um sistema normativo que deverá incidir, **notadamente** pela atuação do juiz nacional (**que é o juiz comunitário de direito comum**), no território de cada um dos Estados-membros.

Essa percepção – que **reconhece**, nas normas de direito comunitário, **aptidão** para, **desde logo**, atribuírem direitos ou imporem obrigações a particulares, que poderão invocá-las, **diretamente**, perante os Tribunais nacionais, **independentemente** de qualquer procedimento estatal de incorporação prévia (FAUSTO DE QUADROS, "**Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público**", p. 415, item n. 11, "b", 1991, Lisboa) – **reflete-se** em autorizado magistério doutrinário, cuja análise do tema **ressalta** que o sentido inerente ao princípio do efeito direto **representa** um claro e radical afastamento dos padrões clássicos segundo os quais as regras de direito internacional público, além de destinadas, exclusivamente, às soberanias estatais, somente seriam aplicáveis aos particulares "*através da mediação do Estado*" (MARIA TERESA CÁRCOMO LOBO, "**Ordenamento Jurídico Comunitário**", p. 50, item n. 3.3, 1997, Del Rey; ROBERTO LUIZ SILVA,

"**Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário**", p. 190, item n. 2.3, 1995, Del Rey; MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, "**Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano**", p. 68/70, 1994, Depalma, Buenos Aires; JOÃO MOTA DE CAMPOS, "**Direito Comunitário**", vol. II/171-178 e 225-246, 3ª ed., 1990, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa; P. S. F. R. MATHIJSEN, "**Introdução ao Direito Comunitário**", p. 410-414, 1991, Coimbra Editora, v.g.).

Isso **significa**, portanto, em tema de **aplicabilidade** dos atos internacionais, que, **sob a égide do modelo constitucional brasileiro**, e mesmo cuidando-se de pactos de índole comunitária **ou** de tratados de integração, **ainda** subsistem os **clássicos** mecanismos institucionais de **recepção** dos tratados internacionais em geral, **não bastando**, para afastá-los, a existência da norma inscrita **no art. 4º, parágrafo único**, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido **não torna dispensável** a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, **para a ordem jurídica doméstica**, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

**Embora altamente desejável** a modificação do sistema de direito constitucional positivo brasileiro, para **ajustá-lo** às novas exigências que emergem da experiência comunitária, **não se pode desconhecer** que, **enquanto** não sobrevier a **reforma** de nossa

Carta Política, **no ponto em exame**, tornar-se-á **inviável** pretender que as convenções celebradas pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL **revistam-se** de eficácia direta e de aplicabilidade imediata, **prescindindo**, em consequência, do mecanismo tradicional de incorporação.

**Impõe-se** considerar, ainda, um outro aspecto, de inquestionável relevo jurídico, que diz respeito à própria **natureza** das regras consubstanciadas nos instrumentos e nos atos celebrados no âmbito do MERCOSUL.

É que há autores – como JOSÉ FRANCISCO REZEK (Conferência, in "**Direito Comunitário do Mercosul**", p. 55-56, 1997, Livraria do Advogado Editora) – que sustentam, na perspectiva de uma análise de caráter estritamente técnico-jurídico, que, no MERCOSUL, **ainda não existe** um **verdadeiro** direito comunitário, posto que as convenções celebradas sob a égide do Mercado Comum do Sul qualificam-se, no **presente** estágio de seu desenvolvimento institucional, como instrumentos regionais **de direito internacional público**, sujeitos, por tal **específica** razão, ao procedimento formal da **prévia** recepção estatal:

*"A mecânica, entretanto, de incorporação do direito do Mercosul aos direitos nacionais, **foi sempre e continua sendo** hoje a mecânica clássica. São tratados internacionais que os governos negociam, os Congressos nacionais examinam*

*e aprovam. **Mediante** aprovação parlamentar, os governos **ratificam**, ocupando-se, em seguida, **de promulgar**, com o que se **incorpora** a norma do Mercosul ao direito nacional de cada um de seus integrantes. **É o típico e clássico e conhecido fenômeno da recepção.***

*(...) A marca do direito comunitário **seria a desnecessidade** da recepção, como ponderou o professor Barav, para o caso europeu. Por ser comunitário, de elaboração comunitária, e congenitamente incorporado aos direitos nacionais, este direito **prescinde** do mecanismo tradicional de incorporação.*

***Quando** não há ainda, e tal é o nosso caso, de estrito ponto de vista técnico, **tal como sucede no Mercosul**, um direito comunitário, **mas há direito internacional público, regional, integracionista, há necessidade da recepção** e esta recepção se passa ainda nos quatro países fundadores, **à luz do figurino clássico.**" (grifei)*

**Em suma:** resulta claro, do exame da controvérsia suscitada na presente causa, que a **institucionalização** das bases jurídicas **essenciais** à positivação de um verdadeiro **direito da integração**, de índole comunitária, supõe, **na perspectiva** do ordenamento positivo brasileiro, a instauração de um **necessário** processo de reforma constitucional. **Enquanto tal não se verificar**, revelar-se-á constitucionalmente **inviável**, entre nós, e no que concerne aos acordos e

tratados de integração celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, a aplicação do princípio do efeito direto e do postulado da aplicabilidade imediata.

O fato irrecusável é um só: o ordenamento constitucional brasileiro ainda **não consagra** qualquer solução que permita a **recepção plena e automática** das normas de direito internacional, **mesmo daquelas** que, elaboradas no contexto da experiência de integração regional, representam a expressão formal de um verdadeiro direito comunitário.

A **inexistência** de uma cláusula geral de recepção plena **torna inviável**, no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, a **aplicabilidade imediata** das normas convencionais, **inclusive** daquelas consubstanciadas em atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados no âmbito do MERCOSUL, razão pela qual – como precedentemente enfatizado – **não se revelam** invocáveis, na prática jurídica brasileira, **nem** o princípio do efeito direto, **nem** o postulado da aplicabilidade imediata dos pactos internacionais.

**Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, eis que, **na data** em que proferida a decisão ora recorrida (04/5/98 – fls. 63), ainda **não** se achavam concluídos os **diversos** ciclos que compõem o procedimento de incorporação, ao sistema normativo brasileiro, dos atos de direito internacional público em geral.

**É o meu voto.**



## 26 RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 117.076 – PR

**Júri – Quesito genérico de absolvição – Legitimidade da absolvição por clemência.** [RHC 117.076/PR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 5-8-2019.]

**EMENTA:** Recurso ordinário em *habeas corpus*. **Tribunal do Júri.** Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, **e respectivo § 2º**, do CPP). **Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação** previsto no art. 593, inciso III, **alínea d**, do CPP. **Descabimento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso ordinário provido.**

A **previsão normativa** do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), **formulada com o objetivo de conferir preeminência** à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença **e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados**, **legitima a possibilidade** de os jurados que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita absolverem o réu **segundo razões** de índole eminentemente subjetiva **ou** de natureza destacadamente metajurídica, **como**, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório **produzido** ao longo do processo penal de conhecimento, **inclusive** à prova testemunhal realizada **perante** o próprio plenário do júri. **Doutrina e jurisprudência.**

**Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público**, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, **d**), caso admitida fosse, **implicaria frontal transgressão aos princípios**

**constitucionais da soberania dos veredictos** do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, **que não estão obrigados** ao contrário **do que se impõe** aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) **a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado**, como expressiva **garantia** de ordem constitucional, o sigilo das votações (CF, art. 5º, XXXVIII, **b**), **daí resultando a incognoscibilidade** da apelação interposta pelo Parquet. **Magistério doutrinário e jurisprudencial.**

**DECISÃO:** O presente recurso ordinário em *habeas corpus* **insurge-se** contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão **assim** ementado:

**"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO, HOMICÍDIO QUALIFICADO E CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ARTIGO 121, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II; ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 32 DA LEI 9.605/1998). ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DE APELAÇÃO MINISTERIAL. VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. PROVIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR E AO PRINCÍPIO DA**

**ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.**

**1. Não há violação ao princípio da soberania dos veredictos, inserto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, nos casos em que, com espeque na alínea d do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, o Tribunal de origem, procedendo a exame dos elementos contidos no feito, entende que a decisão dos jurados não se coaduna com a prova produzida no caderno processual.**

**2. Não há como esta Corte Superior de Justiça avaliar se as provas indicadas pelo acórdão objurgado são aptas a absolver o paciente, porquanto a verificação do conteúdo dos testemunhos prestados em Juízo implicaria o aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. Precedentes.**

**3. Ordem denegada."**

**(HC 235.651/PR, Rel. Min. JORGE MUSSI – grifei)**

**Consta dos autos** que o Ministério Público do Estado do Paraná **ofereceu denúncia** contra o ora recorrente **pela suposta prática** dos crimes *de homicídio tentado* (CP, art. 121, caput, c/c art. 14, II), *de homicídio qualificado* (CP, art. 121, § 2º, IV) e *de lesão em animal doméstico* (Lei nº 9.605/98, art. 32, caput).

**A peça acusatória** oferecida pelo Parquet

estadual **expôs**, de modo claro e preciso, o **comportamento atribuído** ao recorrente, **fazendo-o**, em síntese, **nos seguintes termos**:

**1º Fato:**

**Consta, que no dia 03 de setembro de 2006** (03/09/2006), por volta da 01:00h, a ora vítima Thiago Henrique da Silva encontrava-se no Bar Tartaruga, situado na Avenida Dr. Alexandre Rasgulaeff, ao lado da oficina de motos Motos Shows quando acabou discutindo com o ora denunciado Etoe Santo Sacon vulgo Ovelha, por causa de um problema relacionado à venda e à documentação de uma motocicleta. **Então, o ora denunciado, com vontade livre e consciente, desferiu duas (2) facadas na vítima, com inequívoca intenção de matá-la, só não consumando esse seu intento assassino por circunstâncias alheias à sua vontade, posto que a vítima foi prontamente socorrida e encaminhada ao Hospital Universitário de Maringá, onde submeteu-se à intervenção cirúrgica e tratamento médico eficaz.**

**2º Fato:**

**Em continuidade, dando sequência ao seu propósito criminoso de ceifar a vida da referida vítima, no dia 08 de setembro de 2006** (08/09/06), por volta de 01h45min., o denunciado Etoe Santo Sacon vulgo Ovelha se dirigiu até a residência da vítima, situada na Rua Dona Leonor de Held, nº

108, Jardim Alvorada, nesta cidade e comarca, com o intuito de concluir o seu intento. Em lá chegando, sem o consentimento de quem de direito, **invadiu o interior da habitação e adentrou no quarto onde a vítima Thiago Henrique da Silva dormia, efetuando três (3) disparos contra ela, a curta distância, praticamente a queima roupa, atingindo-lhe a lateral esquerda da face e a região parieto-occipital à esquerda, causando-lhe a morte instantânea** (Laudo de Necropsia de fls. 60 e vº), compreendendo fuga a pé e tomando rumo ignorado.

**A vítima não teve a mínima possibilidade de se defender ou de reagir** ao ataque repentino, seja porque se encontrava deitada sobre a cama, onde recuperava-se da mencionada cirurgia ou porque sequer conseguiu levantar-se, sendo este repentino ataque mortal praticamente uma mera continuação daquela tentativa, dadas as mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

### **3º Fato:**

Consta, finalmente, que quando o ora denunciado Ettore Santo Sacon vulgo Ovelha invadiu a residência da vítima e se dirigiu ao quarto onde ela se encontrava convalescida, veio a se deparar com um cachorro doméstico, da família, que estava sob a mesa da cozinha. Então, **atuando com vontade livre e consciente, sem o menor sentimento de piedade, efetuou um disparo na direção do**

**animal, atingindo-lhe uma das patas, vindo a feri-lo. (grifei)**

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri da comarca de Maringá/PR, **convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria (CPP, art. 413, caput), pronunciou** o ora recorrente **nos exatos termos** constantes da peça acusatória.

**O júri** da comarca, *por seu Conselho de Sentença*, **desclassificou**, para o crime de *lesão corporal leve*, **o delito de homicídio simples** em sua forma tentada, **vindo a absolver** o réu *com base no quesito genérico previsto no art. 483, III, do CPP quanto às demais acusações* que lhe foram feitas (**crimes de homicídio qualificado e de crueldade contra animais**), **o que motivou a interposição**, pelo Ministério Público estadual, **do recurso** de apelação, **no qual** o Parquet, **além de haver suscitado** a ocorrência de nulidades processuais **após** a pronúncia, **também alegou que a deliberação dos jurados mostrava-se manifestamente contrária à prova dos autos.**

**Ao apreciar** o recurso criminal em causa, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná **deu-lhe** provimento, **para determinar a submissão** do acusado **a novo** julgamento pelo Tribunal do Júri:

**JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO – TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA ACOLHIDA – DECISÃO**

**MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – CASSAÇÃO (ART. 593-III d, CPP) – SUBMISSÃO DO ACUSADO A NOVO JULGAMENTO.**

*Contraria manifestamente a prova dos autos o veredicto do Conselho de Sentença que, distante de elementos fáticos capazes de configurar situação tão excepcional que não permita outra opção ao agente senão ceifar a vida da vítima, vem a recepcionar a tese de inexigibilidade de conduta diversa para absolvê-lo.*

**RECURSO PROVIDO. (grifei)**

Inconformada com essa decisão, a parte ora recorrente **impetrou** *habeas corpus* **perante** o E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 235.651/PR), **o qual foi denegado** por aquela Alta Corte judiciária, **que reconheceu a idoneidade jurídico-processual** do recurso de apelação **interposto**, nos termos do art. 593, III, **d**, do CPP, **contra** a absolvição penal do paciente.

**Insurge-se** a parte ora recorrente **contra** a decisão em referência, **sustentando**, em síntese, **para justificar** sua pretensão, **o que se segue**:

*(...) os recorrentes ousam sugerir que a presente causa reúne os elementos necessários a que seu julgamento seja aproveitado para se **atualizar a interpretação que o disposto no art. 593, III, d e seu § 3º merecem**, a partir de uma rigorosa hermenêutica constitucional. **Cogita-se**, assim, de*

*uma interpretação em conformidade com o **plexo normativo constitucional** que dilate o âmbito de proteção das disposições legais sob enfoque, de modo que apenas os julgamentos pelo Júri que neguem a evidência da materialidade do fato e de sua autoria é que admitiriam o juízo de cassação que o Tribunal de segundo grau realiza.*

*(...)*

*As recentes reformas realizadas no Código de Processo Penal, ainda, **vieram para reforçar ainda mais a soberania dos veredicta**. É por isso que, por ocasião do Recurso Extraordinário aviado, a defesa fez questão de aludir à atual redação do art. 483, caput, III e seu § 2º. **Mencionado preceito**, ao definir a obrigatoriedade e até mesmo a redação (O jurado absolve o acusado?) do principal quesito a ser respondido, **eximiu os jurados da compreensão das intrincadas teses jurídicas**. Doravante se pergunta aos jurados apenas se absolvem ou não, desimportando as razões pelas quais o fazem. Dessa forma, **além de juridicamente impossível, fica também improvável, no campo fenomenológico, que o Tribunal tenha condições de sindicarem se a deliberação do Júri está em conformidade ou não com o material probatório constante dos autos**. Parece cuidar-se de uma **impossibilidade meditada pelo legislador**, apontando, quiçá, para reconhecer razão aos que enxergavam ser impossível censurar a*

decisão do Júri. Pois **a soberania**, mesmo que não absolutizada, **não deve contas à interpretação mais ou menos elaborada, consentânea ou não com o que a dogmática jurídica, por exemplo, tem compreendido.**

Nesse sentido, **reconhecer**, como fez o Tribunal a quo, **que a tese da inexigibilidade de conduta diversa não encontra eco nos autos, é algo que beira a irrelevância.** Pois se eventual contraste entre o material de convicção encartado e a deliberação do Júri pode até ser observado e, nesse sentido, censurado, **tal não se afigura possível em relação às teses jurídicas debatidas. Em suma, com toda sinceridade, a derrogação do art. 593, III, d, pelo art. 483, caput, III e seu § 2º não está descartada.** (grifei)

**Busca-se**, desse modo, nesta sede recursal, **a concessão da ordem de habeas corpus para determinar** a anulação do acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (**Apelação Criminal** nº 614.652-5), **bem assim para restabelecer** a sentença de absolvição penal **emanada** do Tribunal do Júri da comarca de Maringá/PR (**Processo-crime** nº 2006.0003364-6).

**Por entender presentes**, cumulativamente, **os requisitos** concernentes à plausibilidade jurídica **e ao periculum in mora**, **deferiu** o pedido de medida liminar **formulado** nestes autos **para suspender**, na origem, **o curso** do processo penal em questão.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **manifestou-se contrário** à pretensão **deduzida** nesta sede recursal.

**Sendo** esse o contexto, **passo a apreciar** o pleito em causa. **E**, ao fazê-lo, **entendo assistir plena razão** ao ora recorrente, **no ponto em que sustenta**, corretamente, **com base** no art. 483, III e respectivo § 2º, do Código de Processo Penal, **na redação** dada pela Lei nº 11.689/2008, **que não mais se revela viável a utilização**, pelo órgão da acusação, **do recurso de apelação** (CPP, art. 593, III, d) **como meio** de impugnação às decisões **absolutórias** proferidas pelo Tribunal do Júri **com apoio na resposta** dada pelo Conselho de Sentença **ao quesito genérico de absolvição penal** (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º).

**Como se sabe**, o Código de Processo Penal, **ao dispor** sobre a formulação do questionário **a ser submetido** à deliberação dos membros do Conselho de Sentença, **introduziu quesito inovador contendo indagação** sobre **se o acusado deve ser absolvido** (art. 483, III, **na redação dada** pela Lei nº 11.689/2008).

**O quesito** em questão, **tal como determinado** pelo art. 483, § 2º, do CPP, **será formulado** com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

**Se** a resposta de **pelo menos** 04 (quatro) jurados **for afirmativa**, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri **dará por encerrada** a votação **em virtude** de

tal resultado **importar na absolvição penal** do acusado.

**Vê-se, portanto, que, em razão da superveniência** da Lei nº 11.689/2008 que, **ao alterar** o Código de Processo Penal **no ponto concernente** à elaboração do questionário, **neste** introduziu **o quesito genérico da absolvição** (art. 483, III), **os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia** na formulação **de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja** às teses suscitadas em plenário pela defesa, **seja** a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica.

**Disso resulta que a decisão dos jurados, quando indagados, de modo genérico, sobre a inocência** do réu, **tem por fundamento a sua íntima convicção, o que valoriza, nesse tema específico, o princípio** do livre convencimento, **em que o membro** do Conselho de Sentença **possui inteira discricção, protegido, constitucionalmente, pelo sigilo da votação (CF, art. 5º, XXXVIII, b), para absolver** o acusado **por razões, até mesmo, de clemência**, tal como tem sido decidido *por alguns* Tribunais judiciais (**Apelação Criminal nº 0085323-62.2004.807.0001**, Red. p/ o acórdão Des. JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, **TJDFT Apelação Criminal nº 0010601 - -67.2010.8.13.0393**, Rel. Des. CÁSSIO SALOMÉ, **TJMG Apelação Criminal nº 5391587-21.2009.8.13.0024**, Rel. Des. EDUARDO BRUM, **TJMG Apelação Criminal nº**

**0035542-91.2011.8.13.0443**, Rel. Des. EDUARDO BRUM, **TJMG Apelação Criminal nº 0008366-51.2007.8.26.0400**, Rel. Des. NEWTON NEVES, **TJSP Apelação Criminal nº 0227792-86.2010.8.21.7000**, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, **TJRS Apelação Criminal nº 0272761-26.2009.8.21.7000**, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, **TJRS Apelação Criminal nº 0236172 - -64.2011.8.21.7000**, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, **TJRS Apelação Criminal nº 0504741-65.2013.8.21.7000**, Rel. Des. OSNILDA PISA, **TJRS Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0306181 - -17.2012.8.21.7000**, Red. p/ o acórdão Des. MARCEL ESQUIVEL HOPPE, **TJRS**):

**APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES JÚRI – ALEGAÇÃO DE DECISÃO DOS JURADOS CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – QUESITAÇÃO ALTERADA APÓS A LEI Nº 11.689/08 – ABSOLVIÇÃO SEM ESTAR ADSTRITA ÀS TESES DEFENSIVAS DO PLENÁRIO – POSSIBILIDADE RECURSO NÃO PROVIDO.**

**I - A partir da nova redação do art. 483 do CPP, após a Lei nº 11.689/08, é admitida a absolvição do réu por motivos desconhecidos e até mesmo por clemência.**

**II - Se a nova formulação dos quesitos alargou as possibilidades de absolvição, fica, de fato, ao alvedrio dos jurados decidir pela não condenação**

do réu **por motivos até alheios à sustentação defensiva.**

III - **Na antiga sistemática**, as possibilidades de absolvição **eram limitadas** pelas teses apresentadas pela defesa, **o que mitigava**, de certa forma, **a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção. A partir da reforma, não há nenhum limite.**

IV - **Recurso não provido.**

(**Apelação Criminal nº 1.0024.00.092182-5/002**, Rel. Des. EDUARDO BRUM, TJMG - grifei)

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. RESPOSTA POSITIVA AO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO LÓGICA. ÍNTIMA CONVICÇÃO DO JURADO E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconheça a autoria e a materialidade do crime, e independentemente das teses sustentadas pela defesa. 2. A reforma processual promovida pela Lei 11.689 / 08, ao estabelecer quesito genérico de absolvição, consubstanciado na pergunta O jurado absolve o acusado?, mais do que atender a uma finalidade clara de simplificação da**

**elaboração dos quesitos, prestigiou o sistema da íntima convicção**, vigente na Instituição do Júri, **conferindo a cada integrante do Conselho de Sentença liberdade para absolver o réu para além das balizas fixadas pelas teses defensivas sustentadas em Plenário, inclusive com base em critérios não positivados. 3. Recurso conhecido e desprovido.**

(**Apelação Criminal nº 0004246-17.2012.8.07.0012**, Rel. Des. JESUÍNO RISSATO, TJDF - grifei)

**A inovação** em referência, **que resultou da Reforma Processual Penal de 2008, notadamente** da Lei nº 11.689/2008, **provocou dúvida relevante sobre a possibilidade**, ou não, de o Ministério Público, **mediante** interposição de apelação criminal **com suporte** no art. 593, III, d, do CPP, **insurgir-se** contra a **decisão absolutória** do Conselho de Sentença **fundada** na resposta dos jurados **ao quesito genérico** (e obrigatório) **de absolvição formulado** com apoio no art. 483, III, do estatuto processual penal.

**O eminente** Professor AURY LOPES JR., **ao examinar** essa questão em artigo **publicado**, em 18/08/2017, na revista eletrônica **CONJUR** (**Tribunal do Júri: A Problemática Apelação do Artigo 593, III, do CPP**), **assim resumiu o estado da controvérsia:**

**Com a nova sistemática do tribunal do júri inserida na reforma de 2008 e ainda sendo**

assimilada, foi inserido o famoso quesito genérico da absolvição (obrigatório), estabelecendo-se um novo problema: será que ainda tem cabimento a apelação por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, d) quando o réu é absolvido ou condenado com base na votação do quesito o jurado absolve o acusado?

Já que está autorizado que o jurado absolva por qualquer motivo, por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos, será que ainda cabe esse recurso ? A resposta sempre nos pareceu negativa, não cabendo mais esse recurso por parte do Ministério Público quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário dos dois primeiros (materialidade e autoria), que seguem exigindo ancoragem probatória pela própria determinação com que são formulados. O réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a clemência e aqueles de caráter humanitário.

Obviamente, o recurso com base na letra d segue sendo admitido contra a decisão condenatória, pois não existe um quesito genérico para condenação. Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à

prova dos autos, de modo que a condenação manifestamente contrária à prova dos autos pode e deve ser impugnada com base no artigo 593, III, d. É regra elementar do devido processo penal. Sublinhe-se: o que a reforma de 2008 inseriu foi um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar. Portanto, a sentença condenatória somente pode ser admitida quando amparada pela prova. (grifei)

Não se desconhece que o E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar essa mesma controvérsia, uniformizou, por sua colenda Terceira Seção, a orientação jurisprudencial dessa Alta Corte judiciária, fazendo-o no julgamento do HC 313.251/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, em decisão que, proferida por exígua maioria (5x4), restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

**"HABEAS CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA. ART. 593, III, D, DO CPP. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. O JUÍZO ABSOLUTÓRIO PREVISO NO ART. 483, III, DO CPP NÃO É ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DE DECISÃO**

**MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS PRESERVADA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

**1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio**, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

**2. As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem**, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar **a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida**, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

**3. A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar**

**demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário.** Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP.

**4. O Tribunal de Justiça local, eximindo-se de emitir qualquer juízo de valor quanto ao mérito da acusação, demonstrou a existência de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos amparado por depoimento de testemunha e exame de corpo de delito.** Verifica-se que a decisão do conselho de sentença foi cassada, com fundamento de que as provas dos autos não deram respaldo para a absolvição, ante a inexistência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, não prevalecendo, a tese defensiva da accidentalidade, tendo em vista a demonstração de que o acusado continuou a desferir golpes à vítima já caída ao chão, sendo a causa da sua morte, traumatismos no crânio, pescoço e tórax.

**5. Havendo o acórdão impugnado afirmado, com base em elementos concretos demonstrados**

*nos autos, que a decisão dos jurados proferida em primeiro julgamento encontra-se manifestamente contrária à prova dos autos, é defeso a esta Corte Superior manifestar-se de forma diversa, sob pena de proceder indevido revolvimento fático-probatório, incabível na via estreita do writ.*

**Habeas corpus não conhecido. (grifei)**

Cabe destacar, no ponto, os votos da corrente minoritária, formada pelos eminentes Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, REYNALDO SOARES DA FONSECA, RIBEIRO DANTAS e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, cujas posições bem apreciaram o sentido e corretamente identificaram a razão da norma legal institutiva do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri.

É interessante observar, ainda, que o eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, que não votou por ocasião do julgamento do HC 313.251/RJ, em virtude de vedação regimental (RISTJ, art. 24, I), por achar-se presidindo a colenda Terceira Seção do E. STJ, perfilha o entendimento que venho expondo na presente decisão:

À luz dessas considerações, entendo pela inviabilidade de se cassar a decisão soberana dos jurados de absolver o réu (por clemência), por contrariedade manifesta à prova dos autos.

Tal solução implicaria, a meu sentir, violação da soberania dos jurados, característica

ínsita à secular instituição do Tribunal do Júri, conforme assentado na Constituição da República em seu art. 5º, XXXVIII, cuja dicção bem explicita o propósito de ilidir normas de natureza infraconstitucional que se oponham a tal compreensão.

Se o constituinte continuou a consagrar essa instituição, inserindo-a no capítulo dos direitos e das garantias fundamentais e assegurando-lhe, expressamente, a soberania do veredito dos julgadores populares, e se o legislador superveniente, ao promover mudança no questionário dos jurados, fez constar quesito genérico sobre dever ou não o réu ser absolvido, é de se respeitarem a mens constitutionis e a mens legis, para assumir que, ao menos no tocante à absolvição do réu, a decisão dos jurados é soberana e não pode ser sindicada por juízes togados em recurso da acusação.

**(REsp 1.677.866/MG, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ - grifei)**

Registro, por necessário, que tenho adotado essa mesma orientação, no sentido de também considerar inadmissível quando não incongruente em face da reforma introduzida no procedimento penal do júri o controle judicial, em sede recursal (CPP, art. 593, III, d), das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com suporte no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato, juridicamente relevante, de

que os fundamentos **efetivamente acolhidos** pelo Conselho de Sentença **para absolver** o réu (CPP, art. 483, III) **permanecem desconhecidos** (em razão da cláusula constitucional **do sigilo das votações** prevista no art. 5º, XXXVII, **b**, da Constituição), **quer** pelo fato, *não menos importante*, de que a motivação **adotada** pelos jurados **pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica**.

**Essa visão** em torno do tema em exame **vale registrar tem sido perfilhada** por alguns autores em sede doutrinária (IORIO SIQUEIRA DALESSANDRI FORTI, **O Tribunal do Júri como Garantia Fundamental, e não como Mera Regra de Competência: Uma Proposta de Reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República**, in Revista Eletrônica de Direito Processual REDP, Ano 3, vol. 3, 2009; RONALDO LEITE PEDROSA, **Decisão Manifestamente Contrária à Prova dos Autos: Recurso Exclusivo da Defesa**, in Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, nº 21, 2012), **valendo destacar**, em face da pertinência de que se reveste, **o magistério** de ADEL EL TASSE e de LUIZ FLÁVIO GOMES (**Processo Penal IV: Júri**, p. 161/165, item n. 1.d., 2012, Saraiva):

*"A Lei n. 11.689/2008, ao regulamentar o modelo de quesitação que atualmente deve ser adotado, produziu reflexo direto na matéria da apelação das decisões do Tribunal do Júri, não sendo mais aceita a continuidade no emprego da*

*vetusta interpretação da matéria, que passa a representar evidente ausência de lógica do sistema.*

*Parece indiscutível, sendo qualquer resistência em verificar esta situação totalmente desprovida de sentido técnico mínimo, que, com a alteração não só dos procedimentos, mas verdadeiramente da estrutura do Tribunal do Júri brasileiro, produzida em 2008, pela entrada em vigor da Lei n. 11.689, a apelação com base na manifesta contrariedade às provas dos autos passou a ser recurso exclusivo da defesa.*

*O atual modelo de quesitação existente, pelo qual o Conselho de Sentença decide sobre a absolvição com total distanciamento de questionamentos técnico-jurídicos, mas atuando em acordo com o livre convencimento íntimo de forma plena, respondendo a quesito geral sobre se o acusado deve ser absolvido ou condenado, faz com que a decisão absolutória não seja passível de qualquer tipo de controle recursal pela acusação, pois insuscetível de análise quanto aos seus fundamentos, que podem, inclusive, decorrer do perdão social pelo fato praticado.*

*Em outras palavras, não há qualquer suporte lógico para que possa a acusação recorrer para atacar o veredicto absolutório, argumentando que este ocorreu em contrariedade à prova dos autos, pois a absolvição deve atender a um único critério, qual seja, a livre convicção plena do juiz de fato, formada com imparcialidade após*

a apresentação das provas e dos debates pelas partes.

**O dado essencial é que a estrutura democrática do Tribunal do Júri garante que os jurados possam atuar para absolver além dos limites impostos pela lei ao juiz togado**, não havendo dúvidas de que este aspecto democrático encontra-se, no caso brasileiro, expressamente refletido no modelo de quesitação adotado.

(...)

**A quesitação hoje existente**, em que uma única pergunta sobre se o réu deve ser absolvido resolve a causa, **garante ao jurado a possibilidade de absolver com base no mais amplo juízo de íntima convicção e, por via de consequência, tacitamente revogou em parte o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, pois passou a ser absolutamente carente de lógica sistêmica debater em grau de apelação quais os critérios de absolvição do cidadão jurado**, vedando-se, assim, o recurso de apelação pela acusação com base no fundamento de que o julgamento foi manifestamente contrário às provas dos autos.

(...)

**Dessa forma, a atual redação do Código de Processo Penal**, na disciplina do Tribunal do Júri, **fixando a viabilidade absolutória com base na livre convicção íntima** de forma plena, **impede a utilização** do recurso de apelação **com base** no art. 593, III, d, **contra a decisão absolutória**,

**sendo este recurso**, em consequência, **exclusivo da defesa para atacar decisão condenatória**." (grifei)

**Impende registrar**, no mesmo sentido, **a valiosa lição** de ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO e NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO, **que ao analisarem**, com propriedade, **o teor** do art. 593, III, d, do CPP, **após a Reforma Processual Penal de 2008 concluíram pela impossibilidade** de a acusação, **c om fundamento na contrariedade à prova dos autos, recorrer de veredicto que absolve o réu por clemência**, com apoio no art. 483, III, do CPP (**Íntima Convicção, Veredictos dos Jurados e o Recurso de Apelação com Base na Contrariedade à Prova dos Autos: Necessidade de Compatibilidade com um Processo de Base Garantista**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 116/09-11, item n. 3, 2015):

**"Pode-se concluir, então, que a exegese do art. 593, III, d, do CPP (LGL\1941\8), que prevê o cabimento de apelação quando o veredicto for manifestamente contrário à prova dos autos, de acordo com o texto constitucional e a minirreforma processual penal de 2008, que consagram a íntima convicção dos jurados como ratio decidendi, é no sentido de que tal recurso, se fundado em inconformidade contra decisão advinda da resposta ao terceiro quesito, é de uso exclusivo**

**da defesa, pois a íntima convicção não poderia ser utilizada para legitimar condenações sem provas, cedendo em face de direitos de liberdade prementes.**

**Ora, a possibilidade de os jurados desprezarem a prova e decidirem de acordo com seu sentimento íntimo do que é ou não justo decorre das próprias regras do jogo, preestabelecidas e de conhecimento prévio do Ministério Público, o qual possui, então um duplo ônus quando se fala em julgamento pelo tribunal popular: o de se liberar das cargas probatórias, convencendo os jurados a respeito da materialidade, da autoria, e da improcedência das teses defensivas, e, agora, também o de convencer os juízes leigos da necessidade (justiça) da imposição de uma sanção, evitando a absolvição piedosa. A absolvição por clemência é uma possibilidade, decorrente das regras preestabelecidas, que resulta da perda de chance(s) pelo órgão acusador, quando não se libera a contento de seus ônus.**

(...)

**Como regra preestabelecida do jogo processual, ter-se-ia a possibilidade de os jurados prolatarem seus veredictos de acordo com a íntima convicção, com suas consciências, isto é, seu sentimento íntimo de justiça, podendo, inclusive, desprezar a prova dos autos. Tal decorre do sigilo e da soberania dos veredictos, princípios expressos no texto constitucional, que**

**excetuem a necessidade de fundamentação da decisão dos jurados, não permitindo a aferição das razões que levam a uma absolvição decorrente de resposta ao quesito genérico previsto no art. 483, III e § 2º, do CPP (LGL\1941\8).**

**Assim, não seria dado ao Ministério Público recorrer, com base no art. 593, III, d, do CPP, de tais veredictos absolutórios, pois um julgamento fundado na íntima convicção, sem atrelamento a uma tese específica, não é passível de ser manifestamente contrário à prova dos autos. O referido recurso seria, pois, de uso exclusivo da defesa, assim como a revisão criminal e os embargos infringentes e de nulidade, por não poder subsistir, ante o plexo de direitos de liberdade existentes, uma condenação sem provas. É de dizer: a soberania dos veredictos e a íntima convicção dos jurados só haveria de ceder em prol de direitos fundamentais que visam a resguardar o jus libertatis, tomando-se como base o garantismo processual, cujos fundamentos já foram expostos. De tal sorte, ao Ministério Público caberia um duplo ônus para que este se liberasse de suas cargas probatórias e aumentasse a chance de obter veredicto condenatório: o de provar a acusação e, igualmente, o de convencer os jurados da necessidade ou justiça da aflição de uma pena ao imputado." (grifei)**

**Assinalo, por relevante, que igual orientação é perfilhada pela saudosa Dra. ELIETE COSTA SILVA**

JARDIM, **eminente** Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro (**Tribunal do Júri Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade**, in revista EMERJ, vol. 18, n. 67, p. 13/31, 2015):

**"Como (...) se admitir um recurso que tem como fundamento a manifesta contrariedade da decisão à prova se a decisão atacada não se vincula à prova ?**

Para que o órgão jurisdicional ad quem pudesse analisar o mérito recursal e decidir, com convicção, que a decisão do Conselho de Sentença afrontou a prova, **necessário seria indagar dos jurados os motivos que os levaram a adotar tal decisum. Nesta toada, se tivessem sido motivados por fatos, o recurso mereceria provimento ; se por razões outras, o recurso deveria ser improvido. Por óbvio, tal possibilidade inexistente, diante do sistema da íntima convicção.** Ademais, **nada impede que cada um dos sete jurados profira seu voto por uma razão diferente**, sendo, portanto, a decisão final a aglutinação de fatores diversos que conduzem ao resultado absolutório.

**É, por conseguinte, manifesta a insindiciabilidade da decisão absolutória resultante da votação do quesito genérico obrigatório. A conclusão consubstancia mesmo questão de lógica, uma vez que não é possível afirmar que um veredicto contrariou algo que sequer se sabe**

**se foi considerado na decisão.** Seria o equivalente a dizer, v.g., que o juiz recebeu uma apelação em manifesta contrariedade à prova produzida nos autos. Ora, a decisão que julga admissível ou não um recurso não guarda qualquer relação com a prova, mas tão somente com requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. **Destarte, não há como dizer que uma decisão contraria algo que lhe é desinfluyente.**" (grifei)

**Impõe-se destacar, ainda, que o eminente Advogado GUILHERME MADI REZENDE (Júri: Decisão Absolutória e Recurso da Acusação por Manifesta Contrariedade à Prova dos Autos Descabimento, in Boletim IBCCRIM, Ano 17, nº 207, 2010), em precisa abordagem da controvérsia ora em julgamento, definiu, de modo inteiramente correto e adequado, o próprio sentido da norma inscrita no art. 483, III, do CPP, como se deduz de sua consistente análise do tema:**

**"Uma das alterações trazidas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.689/2008 diz com a formulação obrigatória de quesito redigido nos seguintes termos: o jurado absolve o acusado ? . É o que se extrai da leitura do artigo 483 do mencionado diploma.**

**Esse quesito de formulação obrigatória, repita-se tem dupla natureza: serve tanto para**

que nele sejam condensadas as teses defensivas, como, por exemplo, a legítima defesa, sem que sejam necessários quesitos relativos a cada um dos elementos que a compõem, como se fazia anteriormente; como também serve para que o jurado possa absolver por qualquer razão, ainda que não jurídica, sustentada ou não pela defesa, como clemência, por exemplo.

Sobre essa natureza do chamado terceiro quesito, vale a transcrição de trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que bem a ilustra: não se atrela o questionamento a esta ou àquela tese adrede debatida durante o julgamento da causa. É quesito obrigatório e ponto. Disso resulta, então, que quer se queira ou não, até por clemência, por piedade, por bondade ou algo semelhante, os Senhores jurados estão aptos para o exercício da absolvição. Na atualidade, para os fins absolutórios, não se lhes exige, por consequência, qualquer vinculação temática com esta ou aquela proposição da defesa técnica, resultante dos debates em Plenário de julgamento, como era feito no passado recente.

Importa notar que a nova redação do artigo 483 do diploma processual alterou, num ponto específico, a sistemática das decisões dos jurados. Na sistemática antiga os jurados eram indagados apenas sobre a matéria de fato. As respostas sim e não eram dadas a questões objetivas

relacionadas aos fatos, tais como se o réu, no dia tal, em tal lugar, desferiu os tiros.

(...)

Porém, como já dito linhas acima, a sistemática mudou. Já não são mais formulados quesitos apenas relativos aos fatos.

Com efeito, o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto.

A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos.

Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos.

Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra.

Assim, a decisão dos jurados que, ao votarem o terceiro quesito, entendem por absolver o

acusado não é passível de recurso da acusação com base no artigo 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal.

Não há decisão absolutória calcada no terceiro quesito que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um quesito de fato, mas reflete a vontade livre dos jurados, vontade essa que foi, por expressa disposição de lei, desvinculada da prova dos autos.

Nada há de teratológico nisso na medida em que a instituição do júri, insculpida na Constituição no capítulo destinado às garantias e direitos fundamentais, visa a ser uma instituição que se preste a garantir ainda mais o jus libertatis, cumprindo, destarte, sua função ao permitir que os jurados, como representantes da sociedade, de forma soberana decidam pela absolvição do acusado.

Por tudo isso, não cabe recurso da acusação, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal, quando a decisão absolutória dos jurados estiver calcada no terceiro quesito, isso é, quando os jurados, de forma livre, soberana e imotivada, responderem sim ao quesito o jurado absolve o acusado?." (grifei)

Cabe ter presente, finalmente, que referida compreensão da matéria ora em exame tem sido

acolhida em vários julgamentos monocráticos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da mesma questão ora suscitada nestes autos (HC 143.595-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO RHC 168.796-MC/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN RE 982.162/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES), cabendo destacar, no ponto, por relevante, expressivo fragmento de decisão que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO proferiu, em outra causa, sobre a tese em análise:

2. Surge relevante o pedido de implemento de liminar. Os jurados reconheceram, por maioria, a autoria e a materialidade delitivas. Na sequência, questionados se absolviam o paciente, nos termos do que dispõe o artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: o jurado absolve o acusado ?, responderam afirmativamente.

O quesito versado no dispositivo tem natureza genérica, não guardando compromisso com a prova obtida no processo. Decorre da essência do Júri, segundo a qual o jurado pode absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais."

(HC 146.672-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

**O eminente** Ministro GILMAR MENDES, por sua vez, **enfrentando** idêntica questão no julgamento final de determinado recurso extraordinário, **assim expôs** as razões **que o levaram, com apoio em parecer favorável da douta Procuradoria-Geral da República, a concluir** no **mesmo sentido** ora sustentado **nesta** decisão:

**"Ademais, extraio do parecer da Procuradoria-Geral da República minhas razões de decidir:**

Pois bem, **o quesito genérico quanto à absolvição passou a ser obrigatório desde a edição da Lei 11.689/2008, que trouxe a atual redação do § 2º e do inc. III do caput, ambos do art. 483 do CPP.** Somente não é feita a indagação em tela se o quesito quanto à materialidade ou o quanto à autoria/participação forem respondidos negativamente, na forma do § 1º do referido art. 483 e do § único do art. 490 do Codex processual penal. **E esse quesito engloba tudo quanto alegado em favor do réu pela defesa,** nos debates que antecedem a votação pelos jurados, **sem que seja necessário quesitação técnica** quanto aos componentes de eventuais excludentes alegadas.

**Tal é a abrangência desse quesito, que, mesmo que os jurados respondam**

**positivamente** quanto à autoria/participação e a negativa de autoria seja a única tese alegada pela defesa, **ainda assim não se mostra contraditório responderem positivamente quanto ao quesito da absolvição. Os jurados sempre podem absolver por clemência aquele que consideraram com participação no fato. A clemência compõe juízo possível dentro da soberania do Júri, ainda que dissociada das teses de defesa.** (...).

(...)

**Ante o exposto, nego seguimento** ao recurso (...), **mas concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a soberania do veredicto e determinar a absolvição do recorrente.**

(RE 982.162/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

**Em suma: entendo não se revelar viável a utilização, pelo órgão da acusação, do recurso de apelação** a que alude o art. 593, III, **d**, do CPP, **como meio** de impugnação às decisões **absolutórias** proferidas pelo Conselho de Sentença (Júri) **com apoio** no art. 483, III e § 2º, do Código de Processo Penal, **na redação** dada pela Lei nº 11.689/2008.

**É que, segundo penso, revela-se juridicamente possível a formulação, pelos jurados, com base em sua íntima convicção, de juízo de clemência ou de equidade, sem** qualquer vinculação a critério de

legalidade estrita, **considerados**, para tanto, **como vetores** de tal pronunciamento, **o sigilo** da votação, **a soberania** do veredicto do júri **e o caráter abrangente do quesito genérico e obrigatório de absolvição** (CPP, art. 483, III), **circunstâncias essas que inviabilizam** o controle recursal da manifestação absolutória dos integrantes do Conselho de Sentença, **tornando insuscetível**, como efeito consequencial, **a utilização**, pelo Ministério Público, **da apelação fundada** no art. 593, III, **d**, do CPP.

#### **Concluindo:**

**(1) A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri** (CPP, art. 483, III, **e respectivo § 2º**), **formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento,**

**inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri.; e**

**(2) Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, **d**), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, o sigilo das votações (CF, art. 5º, XXXVIII, **b**), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo "Parquet".**

**Sendo assim, e em face das razões expostas, dou provimento ao presente recurso ordinário, para invalidar o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Apelação Criminal nº 614652 – -5), restabelecendo-se, em consequência, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que absolveu o ora recorrente com base no art. 483, III, do CPP (Ação Penal nº 2006.0003364-6 Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri da comarca de Maringá/PR).**

**Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 235.651/PR), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (**Apelação Criminal** nº 614652-5) e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri da comarca de Maringá/PR (**Ação Penal** nº 2006.0003364-6).

2. **Devolvam-se** estes autos ao E. Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Brasília, 1º de agosto de 2019.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator



## 27 MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA 32.494 – DF

**TCU – A competência institucional e a doutrina dos poderes implícitos – Desconsideração da personalidade jurídica.** [MS 32.494 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 13-11-2003.]

**EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DESCONSIDERAÇÃO *EXPANSIVA* DA PERSONALIDADE JURÍDICA. *DISREGARD DOCTRINE* E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE** DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *MEDIANTE ATO PRÓPRIO*, **AGINDO PRO DOMO SUA, DESCONSIDERAR** A PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, **EM ORDEM A COIBIR** SITUAÇÕES CONFIGURADORAS *DE ABUSO DE DIREITO OU DE FRAUDE*. **A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL** DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO **E A DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSIBILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA** DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA **EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO** NA DOUTRINA TRADICIONAL ? **O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VA LOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO** DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, **CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE** DOS ATOS ESTATAIS. **O ADVENTO** DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, e, **E** ART. 14), **AINDA** EM PERÍODO DE *VACATIO LEGIS*. **DESCONSIDERAÇÃO** DA PERSONALIDADE JURÍDICA **E O POS-TULADO DA INTRANSCENDÊNCIA** DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS **E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS** DE DIREITOS. **MAGISTÉRIO** DA DOUTRINA. **JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA**

DA PRETENSÃO CAUTELAR **E CONFIGURAÇÃO** DO *PERICULUM IN MORA*. **MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.**

**DECISÃO:** Trata-se de **mandado de segurança**, com pedido de medida liminar, **impetrado** com o objetivo **de questionar a validade jurídica** de deliberação que, **emanada** do E. Tribunal de Contas da União (Processo **TC** – 000.723/2013-4), **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

**"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALECS/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. NULIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA PARALISAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. OITIVA DE TODOS OS PARTICIPANTES DO PROCESSO. REVOGAÇÃO DO PREGÃO PELA VALEC, POSTERIORMENTE À DEMONSTRAÇÃO PELO TCU DAS NULIDADES. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM UMA ÚNICA POSSIBILIDADE DE FORNECEDOR, DADA A MAGNITUDE DO OBJETO. INEQUÍVOCO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS COM ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SIMULAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA**

**PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.**

(...)

– **A aplicação da sanção** prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 **que institui o pregão** como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns **impede a participação do licitante** em procedimentos licitatórios **e a celebração de contratos com todas** as entidades do respectivo ente estatal, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, **implicando seu descredenciamento** dos sistemas de cadastramento de fornecedores, **pelo prazo** de até cinco anos, **com extensão** a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.

– **A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador**, no sentido de efetivamente punir as empresas **que cometam** ilícitos administrativos, **não somente** na restritíssima esfera da entidade **que promoveu** a licitação **e sofreu** os efeitos da conduta lesiva da licitante, **mas de aliá-la de todas as licitações promovidas** nas respectivas esferas federal, estadual, do DF e municipal, **por até 5 anos, sem prejuízo das multas** e das demais cominações legais, **constituindo sanção gravíssima** que materializa a jurisprudência do STJ **em relação** a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva.

– **Também por imposição dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração Pública pode desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender os efeitos da sanção administrativa, em vista de suas peculiares circunstâncias e relações com a empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração.**

– **Por múltiplos fundamentos**, o caso concreto **ostenta** nítido conteúdo **de nulidades insanáveis**, tratando-se de hipótese de declaração de nulidade de todo o procedimento e não de revogação, ocorrente apenas por razões de interesse público."

(**Acórdão nº 2593/2013**, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES - grifei)

**A parte ora impetrante sustenta** que essa deliberação, **além de transgredir** os diplomas normativos que dispõem **sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica**, **também ofendeu** o texto da Constituição da República, **notadamente** os seus arts. 1º, inciso IV, 5º, inciso XLV, e 71, **assinalando** que o E. Tribunal de Contas da União **teria atuado além dos limites** de sua competência institucional, **apoiando-se**, os autores do presente writ, **nas seguintes alegações**:

*"(...) o Acórdão nº 2.593/2013 TCU, inovando em relação ao objeto inicial do processo, julgou procedente a representação para estender à Impetrante uma sanção administrativa (de suspensão do direito de licitar) que fora aplicada pela ECT a outra pessoa jurídica, a empresa Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda.*

*Essa questão surgiu nos autos do processo administrativo por iniciativa da área técnica do TCU. Ao opinar pelo deferimento da medida cautelar, o auditor da Corte de Contas alegou que a Impetrante teria os mesmos sócios, o mesmo endereço e mesmo fornecedor de trilhos da empresa Dismaf, o que, segundo entendeu, permitiria concluir que a PNG (Impetrante) integra o mesmo grupo da Dismaf.*

*(...)*

*4.2. Em 26.8.2013, após a Impetrante refutar as acusações de que se confundiria com a empresa Dismaf, a área técnica manifestou-se novamente, nessa ocasião sugerindo que o próprio TCU estendesse a penalidade da outra pessoa jurídica à Impetrante (doc. 09).*

*5. Em seguida, o processo foi julgado pelo Plenário do E. TCU, prevalecendo o voto do d. Ministro Relator, que acolheu integralmente o segundo parecer da área técnica e concluiu por estender à empresa Impetrante penalidade à qual está submetida outra pessoa jurídica, a empresa Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda.*

*(doc. 10). Esse é o ato coator combatido pelo presente writ.*

*6. A deliberação do E. TCU, com todo o respeito, é flagrantemente ilegal e viola direito líquido e certo dos Impetrantes.*

*6.1. Primeiro, a Corte de Contas não dispõe de competência constitucional ou legal para estender ou ampliar a abrangência de sanções administrativas aplicadas por outros entes públicos.*

*6.2. Depois, o ato coator partiu de premissas equivocadas (com respeito) ao se valer da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que não encontra no caso concreto os pressupostos elementares indispensáveis à sua aplicação. A prova documental reunida pelo TCU conduz ao resultado oposto ao do ato ora impugnado.*

*6.3. Por fim, é inequívoco que o ato coator viola o direito à livre iniciativa dos Impetrantes, pessoas físicas e jurídica autônomas e distintas da empresa Dismaf e dos seus respectivos sócios." (grifei)*

*Busca-se, na presente sede cautelar, a concessão de provimento liminar, para determinar a imediata suspensão do item 9.4. do Acórdão nº 2.593/2013 TCU Plenário, que sancionou ilegalmente a empresa Impetrante (grifei).*

*Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação cautelar deduzida pela parte ora impetrante. E, ao fazê-lo, entendo relevante destacar, desde logo, aspectos significativos da*

presente controvérsia mandamental, **tais como as questões** pertinentes **(a) à competência institucional** do Tribunal de Contas da União, **(b) à teoria da desconsideração** da personalidade jurídica, **(c) à possibilidade**, ou não, de ser ela aplicável *em sede administrativa* e **(d) à compatibilidade** da *desconsideração expansiva* da personalidade jurídica **com os princípios da legalidade e da intranscendência** das sanções administrativas e das medidas restritivas de ordem jurídica.

O E. Tribunal de Contas da União, **ao proferir** o acórdão objeto **do presente** mandado de segurança, **assim se pronunciou** sobre o tema **concernente à doutrina da desconsideração expansiva da personalidade jurídica**:

**"75. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso indevido da pessoa jurídica, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica contrária a sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, a autonomia patrimonial para chegar à responsabilização dos sócios da pessoa jurídica e / ou para coibir os efeitos de fraude ou ilicitude comprovada. (...).**

**76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram** que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e

*provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco (...).*

**77. Com a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, é possível estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios ocultos** para responsabilizar aquele indivíduo que coloca sua empresa em nome de um terceiro **ou para alcançar empresas de um mesmo grupo econômico** (...).

**80. No âmbito administrativo, a doutrina e a jurisprudência vêm firmando entendimento de ser viável a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a extensão de seus efeitos para afastar a possibilidade de uma empresa que tenha sido suspensa ou impedida de participar de licitação** ou contratar com a Administração Pública, ou ainda, declarada inidônea, possa ter seus sócios integrando, direta ou indiretamente, outra pessoa jurídica que participe de licitação com o Poder Público." (grifei)

**Tenho para mim, em juízo de mera delibação** (em afirmação compatível, portanto, com esta fase de incompleta cognição), **que o E. Tribunal de Contas da União, ao exercer o controle de legalidade** sobre os procedimentos licitatórios **sujeitos** à sua jurisdição, **possuiria atribuição para estender**

a outra pessoa **ou** entidade **envolvida** em prática **comprovadamente** fraudulenta **ou** cometida em colusão com terceiros a **sanção administrativa** que impôs, *em momento anterior*, a **outro** licitante (**ou** contratante), **desde** que reconheça, *em cada situação que se apresente*, a **ocorrência** dos pressupostos **necessários** à aplicação *da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, **pois** essa prerrogativa **também comporia** a esfera de atribuições institucionais **daquela** E. Corte de Contas, **que se acha instrumentalmente** vocacionada **a tornar efetivo** o exercício das **múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas **pelo próprio texto** da Constituição da República.

**Isso significa** que a atribuição **de poderes explícitos** ao Tribunal de Contas, **como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, *ainda que por implicitude*, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção **de medidas** vocacionadas *a conferir real efetividade* às suas deliberações finais, **permitindo**, *assim*, **que se neutralizem** situações de lesividade, *atual ou iminente*, ao erário **e** ao ordenamento positivo.

**Impende** considerar, *no ponto*, **em ordem a legitimar** esse entendimento, **a formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos**, cuja doutrina, **construída** pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH vs. MARYLAND (1819), **ênfatiza** que a outorga **de**

**competência expressa** a determinado órgão estatal *importa em deferimento implícito*, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

**Cabe assinalar**, ante a sua extrema pertinência, **o autorizado magistério** de MARCELLO CAETANO (**Direito Constitucional**, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cujas observações**, *no tema*, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** que, **Em relação aos poderes** dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, **admite-se**, *por exemplo*, a interpretação extensiva, **sobretudo** pela determinação dos poderes **que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos** (grifei).

A Suprema Corte, **ao exercer o seu poder de indagação constitucional** **consoante adverte** CASTRO NUNES (**Teoria e Prática do Poder Judiciário**, p. 641/650, 1943, Forense), **deve ter presente**, *sempre*, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, *através dela*, **conferir eficácia real** ao conteúdo **e** ao exercício de dada competência constitucional, **como a de que ora se cuida**, **consideradas** as atribuições do Tribunal de Contas da União, como **expressamente** relacionadas **no art. 71** da Constituição da República.

**Essa compreensão do tema tem sido manifesta-**  
**da** pelo Supremo Tribunal Federal **em julgamentos**,  
**colegiados e monocráticos** (**MS 24.510/DF**, Rel. Min.

ELLEN GRACIE **MS 26.094/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI **MS 26.547-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **nos quais** esta Corte, **apoiando-se, precisamente, na doutrina** dos poderes implícitos, **reconhece** que a Alta Corte de Contas **dispõe dos meios necessários** à plena concretização de suas atribuições constitucionais, **ainda que não referidos, explicitamente**, no texto da Lei Fundamental.

**É por isso** que, em juízo de sumária cognição, *parece-me revestir-se* de legitimidade constitucional **a possibilidade teórica** de aplicação da *disregard doctrine*, **que permitiria ao Tribunal de Contas da União adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais **e** ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, *diretamente*, pela própria Constituição da República.

**Registro** que a posição dos que entendem **possível** a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica *por ato de índole administrativa* **foi acolhida** pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

**"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA**

**PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.**

– **A constituição** de nova sociedade, **com o mesmo** objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, **em substituição** a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, **com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude** à Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/93, **de modo a possibilitar** a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica **para estenderem-se** os efeitos da sanção administrativa **à nova** sociedade constituída.

**A Administração Pública pode**, em observância ao princípio da moralidade administrativa **e** da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, **desconsiderar a personalidade jurídica** de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, **desde que facultados** ao administrador o contraditório **e** a ampla defesa em processo administrativo regular.

– **Recurso a que se nega** provimento."

(**RMS 15.166/BA**, Rel. Min. CASTRO MEIRA – grifei)

De outro lado, **e a despeito** de o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica **soamente** haver sido objeto de regulação legislativa *em*

*tempos mais recentes, como se verifica* do Código Civil (art. 50) **e dos diversos *microssistemas legais, como aqueles resultantes*** do Código de Defesa do Consumidor (**art. 28**), da Lei nº 9.615/98 (*Lei Pelé*, **art. 27**), da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98, **art. 4º**) **e** da Lei nº 12.529/2011 (**art. 34**), *entre outros instrumentos normativos, parece-me que a ausência* de autorização legal **outorgando** ao Tribunal de Contas da União competência expressa **para** promover *the lifting of the corporate veil* **não violaria**, *aparentemente*, o postulado da legalidade, **eis que a aplicação, em nosso sistema jurídico, da disregard doctrine, como sabemos, precedeu**, em muitos anos, **a própria edição** dos diplomas legislativos anteriormente referidos, **como resulta de decisões** proferidas por nossos Tribunais judiciais (**RT 511/199 RT 560/109 RT 568/108 RT 654/182-183 RT 657/86 RT 657/120 RT 660/181 RT 673/160**) **e reconhece o magistério da doutrina** (RUBENS REQUIÃO, **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**, RT 410/1-12; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, **Direito Processual Civil e Direito Privado Ensaio e Pareceres**, p. 162/164, item n. 5, 1989, Saraiva, v.g.).

**Não constitui demasia lembrar**, neste ponto, **na linha de pioneiro estudo** realizado, *em 1969*, pelo saudoso Professor RUBENS REQUIÃO (**Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**, RT 410/1-12), **a lição definitiva** de FÁBIO ULHOA COELHO (**Curso de Direito Comercial**

**Direito de Empresa**, vol. 2/60, item n. 2, 16ª ed., 2012, Saraiva) **a respeito** da matéria ora em análise, **na qual enfatiza a desnecessidade de legislação específica para viabilizar** a aplicação, **em nosso sistema jurídico, da disregard doctrine**:

*"Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como superação do conflito ente as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a disregard doctrine pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude."* (grifei)

**É importante acentuar** que a aplicação do instituto da desconsideração (*disregard doctrine*), **por parte** do Tribunal de Contas da União, **encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa** um dos vetores **que devem conformar e orientar** a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, caput), **em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.**

**Cumprе ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica constitui meio, embora de caráter extraordinário** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Da Desconsideração da Pessoa Jurídica Aspectos de Direito Material e Processual**, in Revista Forense, vol. 371/3-15, 7 ; ARRUDA ALVIM, **Desconsideração da Personalidade Jurídica**, in Direito Comercial Estudos e Pareceres, p. 63/80, 67 ; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, **Direito Societário**, p. 33, 1997, Freitas Bastos, v.g.), **destinado a coibir o abuso de direito e a inibir a prática de fraude mediante indevida manipulação do instituto da personalidade civil.**

**Torna-se relevante observar que a denominada disregard doctrine representa** um importante contributo teórico **que permite** ao Estado, **agindo na perspectiva de uma dada situação concreta, afastar, hic et nunc, de modo pontual, a**

personalidade jurídica de determinada entidade, **em ordem a neutralizar** a ocorrência de confusão patrimonial, de desvio de finalidade, de práticas abusivas e desleais **ou** de cometimento de atos ilícitos, **além de, no plano das relações jurídicas com a Pública Administração, também prevenir** ofensa ao postulado da moralidade **e de resguardar** a incolumidade do erário.

**Cabe enfatizar** que a *desconsideração da personalidade jurídica*, **quer** seja analisada **sob a égide da teoria maior, quer** seja discutida **sob a perspectiva da teoria menor** (REsp 279.273/SP, Rel. p/ o acórdão. Min. NANCY ANDRIGHI), **não implica** extinção da personalidade civil **nem afeta** a liberdade de iniciativa, **pois** as sociedades personificadas (*simples ou empresárias*) **preservam tanto** a sua autonomia jurídico-institucional, **quanto** a sua autonomia patrimonial *em relação a terceiros*.

**É por essa razão** que os autores **advertem**, ao versarem o tema da desconsideração da personalidade jurídica, **que a aplicação** dessa doutrina permite, **como observa** FÁBIO ULHOA COELHO (**Desconsideração da Personalidade Jurídica**, p. 54, 1989, RT), **a superação pontual, transitória e episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, desde que se torne possível verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito**".

**Resta indagar, neste ponto, se se mostra lícito** à Administração Pública **valer-se** da teoria da

desconsideração da personalidade jurídica **para proteger**, em sede **estritamente** administrativa, o interesse público primário, **invocando**, para tanto, **muito mais** do que autorização legislativa, **a própria autoridade** que emana, *diretamente*, **dos princípios constitucionais** que regem, *em nosso sistema jurídico*, a atividade administrativa.

**Trata-se** de questão que, **examinada** em passagem anterior **desta** decisão, **põe em evidência** o tema da atuação administrativa do Estado **em face** do princípio da legalidade.

**Ninguém desconhece**, quanto a referido tópico, **que a atividade** da Administração Pública, **segundo** o magistério tradicional (HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 89, item n. 2.3.1, 37ª ed., 2011, Malheiros, *v.g.*), **constitui** atividade *ex lege*, **a significar** *considerada tal perspectiva* **que o aparelho administrativo** do Estado **apenas** poderá agir **segundo** o que dispuser a lei, **eis que**, na Administração Pública, *só é permitido fazer o que a lei autoriza.*"

**É certo**, no entanto, **que essa concepção tem sido criticada por diversos doutrinadores** (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 29/30, item n. 1, e p. 64/65, item n. 3.3.1, 25ª ed., 2012, Atlas, *v.g.*) **em razão do processo de constitucionalização do Direito Administrativo**, cujo reconhecimento **permite asserir**, *consoante observa* GUSTAVO BINENBOJM (**Temas de Direito Administrativo e Constitucional**, p. 6, item n. II, 2008, Renovar),

**que (...) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne** da vinculação administrativa à juridicidade (grifei).

**Vê-se**, daí, **que a compreensão do tema** da *disregard doctrine*, **examinado** sob o ângulo **dos poderes** da Administração Pública, *tal seja a posição que se vê-nha a adotar*, **pode importar na superação do paradigma teórico que nega** aos órgãos administrativos, *na visão da doutrina tradicional*, a possibilidade de manifestarem *vontade autônoma* **naqueles casos em que inexistir** legislação específica.

**Essa discussão** da matéria, *por isso mesmo*, **deverá considerar** a tendência **que hoje postula** a revisão dos paradigmas teóricos do Direito Administrativo.

**Daí a observação** de RICARDO WATANABE ("**Desconsideração da Personalidade Jurídica no Âmbito das Licitações**"), **cujo magistério** sobre o tema, **orientando-se** no sentido que postula a revisão desse paradigma teórico, vai a seguir reproduzido:

**"A atuação administrativa deve se pautar pela observância dos princípios constitucionais**, explícitos ou implícitos, **deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade** do ato administrativo praticado. **O art. 37** da Constituição Federal **prevê expressamente** que 'a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência’.

***Daí a indagação: com base no princípio da legalidade, aplica-se a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, apesar de não haver norma específica prevendo tal conduta da Administração Pública?***

***Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o princípio da legalidade obriga a administração pública a somente agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei. A Administração Pública não possui vontade pessoal.***

***No entanto, além do princípio da legalidade, existem outros aplicáveis especificamente às licitações, quais sejam: isonomia; publicidade; impessoalidade; moralidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório e adjudicação compulsória (Lei nº 8.666/93).***

***No caso de fraude no procedimento licitatório, há evidente ofensa ao princípio da moralidade. Uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, que venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta os princípios de direito administrativo.***

(...)

***Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconconsideração da personalidade jurídica não pode impor à Administração que permita atos que afrontem a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos.(...). Daí porque aplica-se, com uma maior flexibilidade, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.***

***Ora, até com base no próprio princípio da legalidade, não parece razoável permitir o abuso de direitos e a validade de ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei. (grifei)***

***É preciso ressaltar que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.***

***Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos em que se funda a ordem positiva do Estado.***

***É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o***

*Estado na condição* de licitantes ou contratados **e que transgridam** os valores éticos **que devem** pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.

**Impõe-se registrar**, *por necessário*, **ainda** que esta afirmação *não envolva* **qualquer** manifestação conclusiva sobre a presente controvérsia mandamental, **que a possibilidade de aplicação** da desconsideração da personalidade jurídica *por órgãos administrativos*, **desde** que utilizada como meio de coibir o abuso de direito **e o desrespeito** aos princípios que condicionam a atividade do Estado, **tem sido reconhecida por autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, **Manual de Direito Administrativo**, p. 969, item n. 7.5, 25ª ed., 2012, Atlas; MARIANNA MONTEBELLO **Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine** ; FLAVIA ALBERTIN DE MORAES **A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Processo Administrativo Punitivo**, in *RDA* 252/45-55; SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, **A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: aplicação no direito administrativo** ; JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR e MARINÊS RESTELATTO DOTTI, **A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais** ; MARIANA ROCHA CORRÊA, **A Eficácia da Desconsideração Expansiva da Personalidade**

**Jurídica no Sistema Jurídico Brasileiro**, 2011, EMERJ, v.g.), **valendo referir**, *em face de sua precisa análise*, **fragmento da obra** de MARÇAL JUSTEN FILHO (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 955/956, item n. 6, 15ª ed., 2012, Dialética):

**"6) Desconsideração da pessoa jurídica**

**Tema que tem merecido pequena atenção no âmbito da contratação administrativa é o da desconsideração da pessoa jurídica**, que já foi referido de passagem acima, nos comentários ao art. 9º. **Trata-se** de doutrina desenvolvida **no âmbito** do direito comparado, **destinada a reprimir a utilização fraudulenta** de pessoas jurídicas. **Não se trata de ignorar distinção** entre a pessoa da sociedade **e a de seus sócios**, **que era formalmente consagrada** pelo art. 20 do Código Civil/1916. **Quando a pessoa jurídica** for a via para realização da fraude, **admite-se a possibilidade** de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. **Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo**, **desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas**. **Não se admite que se pretenda ignorar** a barreira da personalidade jurídica **sempre que tal se revele inconveniente** para a Administração. **A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização**

*ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. **E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados. (grifei)***

**É importante reconhecer** que a pessoa jurídica **não pode ser manipulada**, *com o ilícito objetivo* de **viabilizar** o abuso de direito e a prática de fraude, *principalmente no que concerne* aos procedimentos licitatórios, **pois essas são ideias** que se revelam frontalmente **contrárias** ao dever de moralidade e de probidade, **que constituem deveres** que se impõem à observância da Administração Pública e dos participantes. **O licitante de má-fé**, *por isso mesmo*, **deve** ter a sua conduta *sumariamente repelida* pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, **que não podem tolerar** o abuso de direito e a fraude *como práticas descharacterizadoras* da essência ética do processo licitatório.

**Vale referir**, neste ponto, **a edição** de importante instrumento normativo, **qual seja a Lei nº 12.846**, publicada em 1º de agosto de 2013, **ainda** em período de *vacatio legis*, **que dispõe** sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (...), **e que disciplina**, entre outros dispositivos, **a matéria que se vem analisando:**

**"Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas** mencionadas no parágrafo único do art. 1º, **que atentem** contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, **contra princípios** da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

**III** comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

**IV no tocante a licitações e contratos:**

(...)

**e) criar**, de modo fraudulento ou irregular, **pessoa jurídica** para participar de licitação pública **ou** celebrar contrato administrativo ;

(...)

**Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo entendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa." (grifei)**

**É preciso reconhecer**, presente esse contexto, **que a desconsideração** da personalidade jurídica, como **anteriormente** assinalado, **configura** prática excepcional, cuja efetivação **impõe** ao Estado **a necessária** observância de postulados básicos **como a garantia** do due process of law, **que representa** indisponível prerrogativa de índole constitucional **assegurada** à generalidade das pessoas.

**No que se refere** à alegada violação ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, **não se desconhece** que o postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica **superem a dimensão estritamente pessoal** do infrator.

Na realidade, **essa tem sido** a percepção do tema **no âmbito** da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**AC 266-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **AC 1.033-AgR-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **AC 1.761/AP**, Rel. Min. EROS GRAU **AC 1.936/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI **AC 2.228/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO **AC 2.270/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO **AC 2.317-MC-REF/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **ACO 925-MC-REF/RN**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **ACO 970-TA/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), **cujos pronunciamentos põem em evidência** o fato de que medidas restritivas de ordem jurídica não podem transcender a esfera subjetiva daquele **que incidiu** em práticas reputadas ilícitas pela Administração Pública.

**Cabe lembrar**, no entanto, por oportuno, **a esclarecedora lição** de MARÇAL JUSTEN FILHO (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 1.014, item n. 1.5, 15ª ed., 2012, Dialética), **ao comentar essa matéria, especificamente** no que se refere ao procedimento licitatório:

***"É usual submeter essa discussão à figura da desconsideração da pessoa jurídica. O tema foi versado em várias passagens anteriormente. Tem-se reputado cabível a extensão do sancionamento à pessoa física ou a terceiros na medida em que se evidencie a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica. Isso não equivale a estabelecer que toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação da prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos."*** (grifei)

**Todas as considerações** que venho de fazer, **ainda** que expostas **em sede de sumária cognição e fundadas em juízo meramente precário** (**sem qualquer manifestação conclusiva**, portanto, **em torno** da postulação mandamental), **levar-me-iam a denegar** o pleito cautelar ora deduzido **na presente** causa.

**Ocorre**, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante **impõem** que se outorgue, *na espécie*, **a pretendida** tutela cautelar, **seja porque** esta Suprema Corte *ainda não se pronunciou* sobre a validade da aplicação da *disregard doctrine* **no âmbito** dos procedimentos administrativos, **seja porque** há eminentes doutrinadores, **apoiados** na cláusula constitucional da *reserva de jurisdição*, **que entendem imprescindível** a existência *de ato jurisdicional* **para legitimar** a desconsideração da personalidade jurídica (o **que tornaria inadmissível** a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), **seja porque** se mostra relevante examinar o tema **da desconsideração expansiva** da personalidade civil **em face do princípio da intranscendência** das sanções administrativas **e** das medidas restritivas de direitos, **seja, ainda, porque** assume significativa importância o debate **em torno** da possibilidade de utilização da *disregard doctrine*, **pela própria** Administração Pública, **agindo pro domo sua, examinada essa específica questão na perspectiva** do princípio da legalidade.

**Sendo assim**, em sede *de estrita* delibação, *e sem prejuízo* de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente causa, **defiro** o pedido de medida liminar, **para suspender**, cautelarmente, **a eficácia do item 9.4** do Acórdão nº 2.593/2013 **do Plenário** do E. Tribunal de Contas da União.

**Comunique-se**, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão à Presidência do E. Tribunal de Contas da União.

2. **Requistem-se** informações ao E. Tribunal de Contas da União, *órgão apontado como coator*.

3. **Dê-se** ciência ao eminente Senhor Advogado-Geral da União (**Lei Complementar** nº 73/93, art. 4º, III, **e** art. 38, **c/c** o art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009 **e** o art. 6º, *caput*, da Lei nº 9.028/95).

Publique-se.

Brasília, 11 de novembro de 2013.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator



## 28 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 748.206 2º JULG. – SC

**Meio ambiente – Dever estatal de proteção – Competência legislativa do município – Possibilidade – A questão dos conflitos intergeracionais** – Legitimidade da proibição municipal do uso, no plano local, de determinado herbicida **à base de 2.4 d** – **Agente altamente nocivo** à saúde e ao patrimônio ambiental – **Princípio da precaução e postulado da prevenção – Distinção conceitual – Relações *entre economia e ecologia*** – Princípio do desenvolvimento sustentável – **Precedência** da preservação do direito ao meio ambiente sobre os direitos de exploração econômica – **"In dubio pro natura"**. [ARE 748.206 AgR-2ºjulg/SC, Rel. Min. Celso de Mello, acórdão pendente de publicação.]

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator):** Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame.

Com efeito, o recurso extraordinário foi interposto por Dow Agrosiences Industrial Ltda. contra acórdão que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado (fls. 540):

**"APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMBIENTAL. LEI MUNICIPAL N. 1.382/2000. IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO AO USO DO HERBICIDA À BASE DE 2.4 D. COMPETÊNCIA MUNICIPAL SUPLETIVA PARA LEGISLAR. INTERESSE LOCAL CONFIGURADO. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 30, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 11 DA LEI N. 7.802/89. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. PRODUTO NOCIVO À SAÚDE DO SER HUMANO E AO MEIO AMBIENTE. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

**Nos termos** do art. 30, I e II da Constituição da República, **é da competência municipal legislar** sobre matérias de interesse local, **bem como**

**suplementar** normas federais e estaduais. Ao editar a Lei n. 1.382/2000, o Município de Saudades implementou restrições ao uso do herbicida a base de 2.4 D, visando proteger determinadas culturas desenvolvidas na cidade (interesse local), bem como prevenir contra danos ambientais futuros. Não há qualquer vício ou inconstitucionalidade nesse propósito." (grifei)

A parte recorrente, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal "*a quo*" **teria transgredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

Cumpre ressaltar, desde logo, que a verificação da procedência, ou não, **das alegações** deduzidas pela parte ora recorrente implicará necessário reexame dos fatos e das provas existentes nos autos, **circunstância esta que impede o conhecimento** do apelo extremo, **nos termos da Súmula 279/STF**.

A mera análise do acórdão recorrido demonstra que o E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, **no julgamento** da apelação, **sustentou** as suas conclusões **em aspectos fático-probatórios** a seguir destacados (fls. 543/544):

**"No caso da Lei 1.382/2000, entendo haver interesse local passível de tutela por meio de norma municipal, na medida em que, como é consabido, a utilização de agrotóxicos, por vezes, pode ser prejudicial tanto ao ser humano, como,**

a longo prazo, **ao próprio solo**, na medida em que impede o cultivo de determinadas culturas.

**A par disso, o próprio** Sindicato dos Trabalhadores na Agricultura Familiar de Pinhalzinho e Região (que compreende o Município de Saudades) **emitiu parecer favorável à proibição dos agrotóxicos**, que contém em sua fórmula o agente 2.4 D. Isso porque a aplicação do produto pode, por muitas vezes, levar a contaminação e destruição de plantações vizinhas, pela dispersão do produto. Aliado a isso, a permanência do herbicida no solo por mais de 10 anos, impede o desenvolvimento de algumas culturas, bem como a contaminação de outras (fls. 342). **No mesmo sentido, é o parecer técnico do engenheiro agrônomo**, André Schwerz, **contratado** pela Prefeitura Municipal de Saudades (fl. 343):

"As propriedades rurais no município de Saudades, caracterizam-se como pequenas, com módulo rural segundo INCRA de 20 hectares. Tipicamente de agricultura familiar e com produção agrícola diversificada, tendo como principais culturas o milho, soja, fumo, feijão e fruticultura.

[...]

O relevo acidentado do interior de Saudades, o tamanho pequeno de propriedades, onde culturas sensíveis ficam próximas, não permite o seguro isolamento de uma

propriedade de outra. A deriva do herbicida 2,4 D pode acontecer, colocando em risco culturas de interesse econômico de terceiros.

Por existir esse risco a terceiros, é que não recomendamos a aplicação do herbicida hormonal com base no 2,4 D, nas propriedades rurais de Saudades. Muitas culturas importantes podem ser prejudicadas.'

Diante do exposto, resta clarividente o interesse local em restringir o uso do produto, visto que o prejuízo com sua utilização pode ser de grande monta a diversas culturas importantes economicamente para a região.

Por outro lado, **denota-se que a edição da Lei Municipal não representou afronta** à legislação pertinente **ao tema** no âmbito federal (Lei n. 7.802/89) e estadual (Lei n. 11.069/98). **Até mesmo porque**, na dicção das mencionadas normas, **resta expressamente consignado: Cabe ao município legislar** supletivamente sobre o uso e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins (...). **Não havendo**, nas leis superiores, **qualquer** disposição acerca do uso do herbicida 2.4 D, **poderia**, para o fim de atender o interesse local, **exercer sua competência suplementar** para legislar em matéria ambiental." (grifei)

**O exame** da presente causa **evidencia** que o apelo extremo **revela-se** incognoscível, **valendo observar**,

ainda, **no ponto** em que se busca a verificação de conformidade da Lei municipal nº 1.382/2000 com a Lei estadual nº 11.069/98 e a Lei Federal nº 7.802/89, **que a suposta ofensa** ao texto constitucional, **caso existente**, **apresentar-se-ia por via reflexa**, **eis que** a sua constatação reclamaria a formulação **de juízo prévio de legalidade**, **fundado** na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. **Não se tratando** de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, **como exigido** pela jurisprudência da Corte (**RTJ 120/912**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **RTJ 132/455**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **torna-se inviável** o trânsito do recurso extraordinário, cujo processamento **foi corretamente denegado** na origem.

**Impõe-se registrar**, **no que concerne** a essa específica questão (**confronto** entre a legislação municipal, *de um lado*, **e** a legislação estadual e federal, *de outro*), que o entendimento exposto na **presente** decisão **tem sido observado** em julgamentos proferidos no âmbito desta Suprema Corte **que versaram matéria idêntica** à veiculada no caso em exame, **nos quais** o Supremo Tribunal Federal **apreciou** o tema **pertinente** à vedação do uso **do mesmo** herbicida, **em virtude** de proibição **fundada** em legislação municipal (**AI 636.139/PR**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **ARE 821.390/PR**, Rel. Min. ROSA WEBER, *v.g.*), **precisamente** a situação que se verifica **nesta** causa:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL: PRECEDENTES. LEI MUNICIPAL: ALEGADA EXTRAPOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL: CONFLITO DE LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."**

(**RE 836.579-AgR/RS**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

**Impende advertir**, *por necessário*, **que o precedente invocado** pela parte recorrente, *na presente sede recursal*, **que legitimaria** o seu pleito (**RE 930.407/SC**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), **difere** do caso ora em exame, **pois** a legislação municipal questionada naquele caso **não se revestia** dos elementos necessários **ao reconhecimento** de sua compatibilidade com o texto da Constituição, **eis que** a vedação nela contida **não tinha** suporte legitimador **que refletisse** "*peculiaridade específica, isto é, interesse eminentemente local e particular àquela municipalidade*".

**Tal situação**, *contudo*, **não ocorre** no presente caso, **tanto** que o acórdão **objeto** do recurso extraordinário em questão, **apoiando-se** nas provas **produzidas** nos autos, **reconheceu**, *soberanamente*, **com suporte em referidos elementos probatórios**, **a**

**configuração de interesse local apto a justificar o exercício, pelo Município de Saudades/SC, de sua competência** para estabelecer a proibição de uso do questionado herbicida:

*"**Ora**, como já dito, **com vistas a atender interesse local**, a municipalidade **optou por editar norma que visa proteger** o meio ambiente e o desenvolvimento da agricultura na região, **a fim de evitar problemas futuros** que inviabilizem o plantio de algumas espécies de culturas. **O dano ao meio ambiente com a utilização do herbicida 2.4 – D seria certamente muito maior** do que aquele ocasionado pela cessação da utilização do agrotóxico." (grifei)*

**Cabe assinalar**, Senhor Presidente, que, **mesmo** que se pudesse julgar o fundo **da presente** controvérsia jurídica, **ainda assim revelar-se-ia legítima a edição, pelo Município de Saudades/SC, da Lei nº 1.382/2000, que veda o uso, naquela localidade, de herbicida hormonal que contém**, em sua fórmula, **o agente 2.4 D**.

**O diploma legislativo local, ao assim dispor, resultou** do exercício de competência que, **fundada** na defesa **e** na proteção da saúde, **de um lado, e** na tutela da integridade do meio ambiente, **de outro, qualifica-se como providência inteiramente revestida de validade constitucional**.

*Com efeito, **ao julgar a ADI 3.540-MC/DF, de que fui Relator, tive o ensejo de salientar** que os preceitos inscritos **no art. 225** da Carta Política **traduzem**, na concreção de seu alcance, **a consagração constitucional**, em nosso sistema de direito positivo, **de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas**.*

***Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste** no reconhecimento **de que todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

***Trata-se**, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (**RTJ 158/205-206**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **com apoio** em douta lição expendida por CELSO LAFER ("**A reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), **de um típico direito de terceira geração** (ou de **novíssima** dimensão), **que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano**, circunstância essa que justifica **a especial obrigação – que incumbe** ao Estado **e** à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 121/123, item n. 3.1, 13ª ed., 2005, Malheiros) – de defendê-lo **e** de preservá-lo **em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais** marcados **pelo desrespeito** ao dever de solidariedade **na proteção** da integridade*

*desse bem essencial de uso comum de todos* quantos compõem o grupo social.

**A preocupação** com a preservação do meio ambiente – **que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras** (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 123/124, item n. 3.2, 13ª ed., 2005, Malheiros) – **tem constituído**, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas que, **ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada** Estado soberano, **projetam-se** no plano das **declarações internacionais**, que refletem, em sua expressão concreta, **o compromisso** das Nações **com o indeclinável respeito** a esse direito fundamental que assiste **a toda** a Humanidade.

**A questão do meio ambiente**, hoje, **especialmente** em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e *das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento* (Rio/92), **passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional** (GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "Direito Ambiental Internacional", 2ª ed., 2002, Thex Editora), **particularmente** no ponto em que se reconheceu *ao gênero humano o direito fundamental* à liberdade, à igualdade e *ao gozo de condições de vida adequada*, em ambiente que lhe permita desenvolver **todas** as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.

**Extremamente valioso**, sob o aspecto ora referido, **o douto magistério** expendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Direito Ambiental Constitucional", p. 69/70, item n. 7, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros):

*"A 'Declaração de Estocolmo' abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um 'direito fundamental' entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de 'direitos a serem realizados' e 'direitos a não serem perturbados.*

(...)

*O que é importante (...) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: 'a qualidade da vida.' (grifei)*

*Dentro desse contexto*, Senhor Presidente, **emerge**, com nitidez, **a ideia** de que o meio ambiente **constitui** patrimônio público *a ser necessariamente assegurado e protegido* pelos organismos sociais e pelas instituições estatais (**pelos Municípios, inclusive**), **qualificando-se** como encargo irrenunciável que se impõe – **sempre em benefício das presentes e das futuras gerações** – **tanto** ao Poder Público **quanto** à coletividade em si mesma considerada (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Polícia do Meio Ambiente", "in" *Revista Forense* 317/179, 181; LUÍS ROBERTO BARROSO, "A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira", "in" *Revista Forense* 317/161, 167-168, v.g.).

Na realidade, Senhor Presidente, **o direito à integridade** do meio ambiente **constitui** prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, **refletindo**, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, **a expressão significativa** de um poder deferido **não ao indivíduo** identificado em sua singularidade, **mas**, em um sentido verdadeiramente mais abrangente, **atribuído** à própria coletividade social.

**O reconhecimento** desse direito de titularidade coletiva, **tal como se qualifica** o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **constitui**, portanto, **uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis**, como *precedentemente enfatizado*, os ordenamentos positivos **consagrados** pelos sistemas jurídicos nacionais **e** as formulações normativas proclamadas no plano internacional, **como enfatizado**

por autores eminentes (JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito Internacional Público", p. 223/224, item n. 132, 1989, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 46/57 e 58/70, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros, v.g.).

**O Supremo Tribunal Federal**, *no precedente que venho de mencionar* (**ADI 3.540-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **firmou entendimento revestido da maior importância jurídico-social, como se vê do seguinte fragmento** inscrito na ementa de referido julgado:

"– **Todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Trata-se** de um típico direito **de terceira** geração (**ou de novíssima** dimensão), que assiste **a todo** o gênero humano (**RTJ** 158/205-206). **Incumbe** ao Estado **e** à própria coletividade **a especial obrigação** de defender **e** preservar, **em benefício** das presentes **e** futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva **e** de caráter transindividual (**RTJ** 164/158-161). **O adimplemento** desse encargo, que é irrenunciável, **representa** a garantia **de que não se instaurarão**, no seio da coletividade, **os graves conflitos intergeracionais** marcados **pelo desrespeito** ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, **na proteção desse bem essencial** de uso comum das pessoas em geral. **Doutrina** (...)."

(**ADI 3.540-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

A **controvérsia** suscitada na presente causa **consiste** em saber **se** os Municípios **podem**, ou não, **legislar**, *no plano local*, **sobre medidas** *destinadas à proteção e à defesa do meio ambiente e da saúde* das pessoas que neles vivem.

**Entendo que sim**, considerando, *essencialmente*, **que os limites** de atuação normativa e administrativa das pessoas políticas **que compõem** a estrutura institucional da Federação brasileira (CF, art. 18, "caput") **acham-se predeterminados** *no próprio texto da Constituição da República*, **que define, mediante a técnica dos poderes enumerados e residuais**, **a esfera** de atribuições **de cada uma** das unidades **integrantes** do Estado Federal, **como resulta claro** do que dispõem os arts. 21 a 24 da Lei Fundamental.

Nesse contexto, **cabe** à União Federal, *considerada a maior abrangência dos interesses* por cuja defesa deve velar, **o desempenho** de um papel **de alto relevo** no plano da proteção ambiental e da utilização dos mecanismos **inerentes** ao fiel adimplemento de tal encargo constitucional.

**Expressivo**, *sob tal aspecto*, **o douto magistério** de JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Direito Ambiental Constitucional**", p. 76, item n. 10, 5ª ed., 2004, Malheiros), **que bem situa** o exercício, *pela União Federal*, dos poderes **que derivam** de sua competência constitucional **em tema** de proteção ao meio ambiente:

**"À União resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental. A ela incumbe a**

*Política geral do Meio Ambiente, o que já foi materializado pela Lei 6.938, de 1981.*

**Cabe-lhe** elaborar e executar **planos** nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX). **Só nisso já se tem uma base sólida para o estabelecimento** de planos nacionais e regionais de proteção ambiental." (grifei)

**Vê-se**, portanto, **considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental**, que, **na eventualidade de surgir conflito** entre as pessoas políticas no desempenho de atribuições que lhes sejam comuns – **como sucederia**, *p. ex.*, **no exercício** da competência material (*de caráter administrativo*) **a que alude** o inciso VI do art. 23 da Constituição –, **tal situação de antagonismo** resolver-se-á **mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e**, quando possível, **pela utilização do critério da cooperação** entre as entidades integrantes da Federação, **como observa**, *em preciso magistério*, CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO ("**Curso de Direito Ambiental Brasileiro**", p. 79, item n. 4.2, 7ª ed., 2006, Saraiva):

**"Por vezes**, o fato de a competência **ser comum** a todos os entes federados **poderá** tornar difícil a tarefa de discernir **qual a norma administrativa mais adequada** a uma determinada situação. **Os critérios** que deverão ser verificados para tal análise **são: a) o critério da preponderância** do

*interesse; e b) o critério da colaboração* (cooperação) **entre** os entes da Federação, **conforme determina** o já transcrito parágrafo único do art. 23. **Desse modo, deve-se buscar, como regra, privilegiar a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum.**" (grifei)

**Isso significa** que, **concorrendo projetos** da União Federal, do Estado-membro e dos Municípios, **visando** ao controle da poluição, **o conflito de atribuições** será suscetível de resolução, **caso inviável a colaboração** entre tais pessoas políticas, **pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir** – como já assinalado – que, *ordinariamente*, os interesses da União **revestem-se de maior abrangência**.

**Cabe referir**, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **o douto magistério** de LUCIA VALLE FIGUEIREDO ("Curso de Direito Administrativo", p. 311/312, item n. 4.5, 4ª ed., 2000, Malheiros):

*"Pergunta que se põe: se estamos diante de uma Federação e não há hierarquia entre os entes políticos, qual a explicação para essa ordem hierárquica? A explicação, consoante se nos afigura, diz respeito à hierarquia de interesses.*

*Na verdade, os interesses da União, de espectro mais amplo, devem preferir aos interesses do Estado, e assim sucessivamente."* (grifei)

**Isso tudo evidencia o caráter preponderante** (porque **mais** abrangente) **do interesse da União Federal** em tema ambiental, **em ordem a reconhecer-lhe**, *ordinariamente*, **precedência**, se e quando concorrerem, *relativamente à mesma área*, projetos federais, estaduais e municipais *eventualmente conflitantes*, **ressalvada, no entanto, a possibilidade constitucional** – *sempre desejável* – **de cooperação** entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **nos termos** de lei complementar da própria União, **cujas normas** considerarão, **para efeito** da referida colaboração, **o equilíbrio** do desenvolvimento e do bem-estar **em âmbito nacional** (CF, art. 23, parágrafo único).

**Tal circunstância, contudo, não subtrai** ao Município **a competência institucional para legislar sobre o meio ambiente, limitada esta, no entanto, ao tratamento normativo de assuntos de interesse estritamente local** (MARCELO ABELHA RODRIGUES, "Instituições de Direito Ambiental – Parte Geral", vol. 1, p. 114/115, item n. 6.3.3, 2002, Max Limonad; FREDERICO AUGUSTO DI TRINDADE AMADO, "Direito Ambiental Sistematizado", p. 29/30, itens ns. 5.1 e 5.2, 2009, Método; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", p. 592, item n. 4, 17ª ed., 2013, Malheiros, *v.g.*), **especialmente** se se tiver em consideração **o que dispõem os incisos I e II do art. 30 da Constituição da República, que veiculam regras legitimadoras das atribuições normativas municipais para adoção** de medidas **destinadas à**

defesa da integridade do meio ambiente *no plano local*, **como assinalam**, *nesse específico tema*, **eminentes** Autores, **cuja lição reconhece a competência legislativa municipal para prescrever regras** de proteção ao patrimônio ambiental, **valendo destacar**, *no ponto*, **a precisa observação** de ANDERSON FURLAN e WILLIAM FRACALOSSO ("Direito Ambiental", p. 235, item n. 6.7, 2010, Forense):

*"O Município, assim como os demais componentes da Federação, **possui a incumbência constitucional de proteger o meio ambiente** (art. 225), **seja administrando, seja legislando**. **É na esfera municipal** que os problemas ambientais se tornam mais visíveis, reais, factíveis, **sendo por isso evidente desatino subtrair dos Municípios a incumbência de legislar sobre o meio ambiente**." (grifei)*

**O controle da incolumidade ambiental, especialmente vocacionado a impedir a degradação do solo, assim obstando o agravamento** das qualidades que lhe são intrínsecas, **traduz matéria** que se submete à esfera de competência **legislativa** dos Municípios, **observado**, *para esse efeito*, **como limite inultrapassável, o interesse local**, **e desde** que as medidas de regulação normativa **não** transgridam **nem** conflitem com o âmbito de atuação que a Constituição da República **atribuiu** à União Federal **e** aos Estados-membros.

**Essa visão** do tema, **que reconhece ao Município a possibilidade constitucional** de editar legislação **objetivando** o controle **e** defesa do meio ambiente local, **tem sido perfilhada por autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 81/82, item n. 14, 9ª ed., 2011, Malheiros; CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO, "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", p. 219/220, item n. 4.2, 2012, Saraiva; PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 442/444, item n. 3, 2013, Malheiros), **desde que** o Município, *ao assim legislar, faça-o na perspectiva da tutela e regulação normativa de assuntos de interesse estritamente local* (CF, art. 30, I), **como se depreende** da expressiva lição de PAULO DE BESSA ANTUNES ("Direito Ambiental", p. 110/111, item n. 2.3, 15ª ed., 2013, Atlas):

*"O artigo 30 da Constituição Federal **atribui aos Municípios competência para legislar** sobre: assuntos de interesse local; **suplementar a legislação federal** e estadual no que couber; **promover**, no que couber, **adequado** ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.*

**Parece claro**, na minha análise, **que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições**

legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente. Na verdade, entender que os Municípios não têm competência ambiental específica é fazer uma interpretação puramente literal da Constituição Federal." (grifei)

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que assiste ao Município competência constitucional para formular regras e legislar sobre proteção e defesa do meio ambiente, que representa encargo irrenunciável que incide sobre todos e cada um dos entes que integram o Estado Federal brasileiro, impondo-se observar, no entanto, por necessário, que essa atribuição para legislar sobre o meio ambiente deve efetivar-se nos limites do interesse local, em ordem a que a regulação normativa municipal esteja em harmonia com as competências materiais constitucionalmente deferidas à União Federal e aos Estados-membros, tal como tive o ensejo de assinalar em anteriores julgamentos por

min proferidos nesta Suprema Corte (**RE** 673.681/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE** 834.510/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por esse motivo que, ao apreciar, em outro processo, a questão pertinente à competência legislativa dos Municípios em tema de direito ambiental, proferi decisão consubstanciada em julgamento assim ementado:

"(...) Competência do Município para dispor sobre preservação e defesa da integridade do meio ambiente. A incolumidade do patrimônio ambiental como expressão de um direito fundamental constitucionalmente atribuído à generalidade das pessoas (RTJ 158/205-206 – RTJ 164/158-161, v.g.). A questão do meio ambiente como um dos tópicos mais relevantes da presente agenda nacional e internacional. O poder de regulação dos Municípios em tema de formulação de políticas públicas, de regras e de estratégias legitimadas por seu peculiar interesse e destinadas a viabilizar, de modo efetivo, a proteção local do meio ambiente. (...)."

(**RE** 673.681/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O eminente Ministro LUIZ FUX, por sua vez, em magnífico voto **proferido** no julgamento plenário do **RE** 586.224/SP, de que foi Relator, **apontou** fundamentos que, **examinados em face da própria teoria da Federação e do nosso sistema de**

repartição constitucional de competências, tornam plenamente legítimo o diploma normativo editado pelo Município de Saudades/SC: a Lei municipal nº 1.382/2000.

**É de destacar-se, também, que o Município** de Saudades/SC, **ao editar** a legislação em referência, teve como suporte legitimador, o postulado da prevenção, que se mostra aplicável a situações **apoiadas na existência de certeza científica quanto** à nocividade do uso **ou** do emprego de determinadas substâncias.

**E mesmo** que os impactos **resultantes** da utilização do agrotóxico em questão **fossem incertos ou, até mesmo, desconhecidos, ainda assim** o diploma normativo em causa **revestir-se-ia** de validade, **na medida em que legitimado, quanto** à sua edição, **pelo postulado da precaução**, cuja noção conceitual, como sabemos, foi definida pelo Princípio 15 da Declaração do Rio (ECO/92), **assim enunciado: "Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o aditamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental."** (grifei)

**É certo** que declarações internacionais **formuladas em momentos que antecederam** a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente

e Desenvolvimento (Rio/92) **já haviam consagrado** essa ideia, **ainda que sob designação diversa (como "precautionary approach" ou "anticipatory environmental protection")**, **segundo observa** GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA ("**Direito Ambiental Internacional**", p. 55/57, 2ª ed., 2002, Thex Editora), **que se refere, p. ex., entre outros** documentos, à *Convenção de Bamako* (Mali, 1991), à *Plataforma de Tlatelolco sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento* (1991) e às *Conferências Internacionais sobre Proteção do Mar do Norte* (1984, 1987 e 1990).

**A importância fundamental** desse princípio de Direito Ambiental – **a que já se referia a Carta Mundial da Natureza (Princípio 11, "b"), adotada** em 1982 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, **conforme registram** ÉDIS MILARÉ e JOANA SETZER ("**Aplicação do Princípio da Precaução em Áreas de Incerteza Científica: Exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase**", in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41/7-25, 10, 2006) – **evidencia-se ante a circunstância de que diversos outros documentos internacionais, tais como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica, também vieram a contemplar** esse postulado essencial, que CRISTIANE DERANI ("**Direito Ambiental Econômico**", p. 169, item n. 1.3, 2ª ed., 2001, Max Limonad) **qualifica como a "essência do direito ambiental", sempre com a finalidade de**

evitar, de neutralizar **ou** de minimizar situações de **risco potencial** à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

ÉDIS MILARÉ, em sua conhecida obra "**Direito do Ambiente**", p. 263/266, itens ns. 4.2.4 e 4.2.4.2, 10ª ed., 2015, RT), **após referir-se ao caráter basilar do princípio da precaução, que se destina**, segundo a lição por ele ministrada, "*a gerir riscos ou impactos desconhecidos*", **no que se distingue do postulado da prevenção**, que "*trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência*", **expende** análise esclarecedora sobre o sentido e a finalidade dessa fundamental diretriz **que rege e informa** o Direito Ambiental:

*"A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.*

*A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos. Procura instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma*

*a diminuir os custos da experimentação. É recorrente sua invocação, por exemplo, quando se discutem questões como o aquecimento global, a engenharia genética e os organismos geneticamente modificados, a clonagem, a exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase.*

(...)

*(...) Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carreando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado (...).*

(...)

*Anote-se, por fim, que a omissão na adoção de medidas de precaução, em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, foi considerada pela Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) como circunstância capaz de sujeitar o infrator a reprimenda mais severa, idêntica à do crime de poluição qualificado pelo resultado (art. 54, § 3º)." (grifei)*

*Vê-se, portanto, que, mesmo se incertos, no plano da pesquisa científica, os impactos nocivos do agrotóxico vedado por lei municipal, ainda assim tornar-se-ia legítimo (e inteiramente adequado) invocar-se, no caso, em favor do diploma legislativo local questionado, o princípio da precaução, que traduz importante consequência e relevante*

*instrumento de proteção ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

**A Constituição da República, ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela própria reconhecido** como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (CF, art. 225, "caput"), **instituiu, entre nós, verdadeiro "Estado de Direito Ambiental" fundado** em bases constitucionais, *em que o princípio da precaução (tanto quanto o da prevenção) desempenha papel de fundamental importância, consoante assinalam* eminentes doutrinadores (ANA FLAVIA BARROS, "Princípio da Precaução", 2004, Del Rey; PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 94/117, item n. 6, 22ª ed., 2014, Malheiros; FREDERICO AUGUSTO DI TRINTADE AMADO, "Direito Ambiental Esquematizado", p. 41/44, item n. 5.3, 2ª ed., 2011, Método; PAULO DE BESSA ANTUNES, "Direito Ambiental", p. 30/48, itens ns. 3.2.5 a 3.2.5.6, 14ª ed., 2012, Atlas, v.g.).

*Com efeito, e mesmo que se apresentasse insuficiente a certeza científica quanto à nocividade do herbicida em causa, ainda assim – é importante insistir – o princípio da precaução – que tem suporte em nosso ordenamento interno (CF, art. 225, § 1º, V, e Lei nº 11.105/2005, art. 1º, "caput") e, também, em declarações internacionais (como a Agenda 21, Princípio 15, que resultou da Conferência do Rio/92) – incidirá, como advertem doutrina e jurisprudência, sempre que houver probabilidade de*

concretização de dano **em consequência** de atividade **identificada por sua potencialidade lesiva.**

*Caso tal ocorra, impor-se-á, então, ao Poder Público, com apoio* em referido postulado, **a adoção de medidas de índole cautelar destinadas** a preservar a incolumidade do meio ambiente **e** a proteger, *desse modo, a integridade da vida e da saúde humanas.*

**Daí a clara advertência** constante de doutíssima manifestação que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **expôs** no julgamento **da ADI 3.510/DF, na qual destacou, com absoluta propriedade, a dupla vocação do princípio da precaução, destinado não só a proteger** o meio ambiente, **mas, também, a amparar** a preservação da saúde **e** da vida das pessoas em geral:

#### **"7. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA**

*Quando se cogita da preservação da vida numa escala mais ampla, ou seja, no plano coletivo, não apenas nacional, mas inclusive planetário, vem à baila o chamado 'princípio da precaução', que hoje norteia as condutas de todos aqueles que atuam no campo da proteção do meio ambiente e da saúde pública. Ainda que não expressamente formulado, encontra abrigo nos arts. 196 e 225 de nossa Constituição.*

*O princípio da precaução foi explicitado, de forma pioneira, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o*

Desenvolvimento, **realizada** no Rio de Janeiro, em 1992, **da qual resultou a Agenda 21**, que, **em seu item 15**, estabeleceu que, **diante de uma ameaça de danos graves ou irreversíveis**, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas viáveis para prevenir a degradação ambiental.

(...)

**Dentre os principais elementos** que integram tal princípio **figuram: i) a precaução** diante de incertezas científicas; **ii) a exploração de alternativas** a ações potencialmente prejudiciais, **inclusive** a da não-ação; **iii) a transferência do ônus da prova** aos seus proponentes, **e não às vítimas** ou possíveis vítimas; **e iv) o emprego de processos democráticos de decisão** e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.

**Esse novo paradigma emerge da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos imprevisíveis**, os quais estão a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados nesse campo. **Isso porque**, como registra Cristiane Derani, **é preciso ‘considerar não só o risco de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos**, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade’.” (grifei)

**Vê-se, por isso, que a preocupação tanto com a intangibilidade da saúde e da vida humanas quanto com a preservação da incolumidade** do meio ambiente **não só representa** dado relevante **consagrado** em declarações internacionais, **mas também resulta** da própria compreensão que o Supremo Tribunal Federal **tem revelado em diversos julgamentos, nos quais esse tema** vem sendo alçado **à condição de direito eminente e fundamental** reconhecido às formações sociais e às pessoas em geral.

**Entendo, bem por isso, que o postulado da precaução atua, no contexto ora em exame, como claro fator de legitimação** das medidas autorizadas pela lei municipal em questão, que, **de modo absolutamente correto, reconheceu**, com apoio em pareceres técnicos, **a potencial nocividade** do uso do agrotóxico questionado na presente causa.

São esses os motivos **que têm levado** o Supremo Tribunal Federal **a consagrar**, em seu magistério jurisprudencial, **o reconhecimento** do direito de todos à integridade do meio ambiente **e a competência de cada um dos entes políticos que compõem a estrutura institucional da Federação em nosso País, com particular destaque para os Municípios, em face do que prescreve, quanto a eles, a própria Constituição da República (art. 30, incisos I, II e VII, c/c o art. 23, incisos II e VI), cabendo acentuar que, na sensível área da proteção ambiental, os interesses corporativos dos organismos empresariais**

devem estar necessariamente subordinados aos valores que conferem precedência à preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 170, inciso VI), como esta Corte Suprema já teve o ensejo de advertir:

**"(...) A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.**

– A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. **Doutrina.**

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de

causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

**A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.**

– O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (...)."

(ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

*Em suma: **resulta claro**, desse modo, **em face** do que venho de expor, que esta Suprema Corte – ao reconhecer **que o Município, também ele, dispõe de competência** para legislar e editar normas de proteção ao meio ambiente e de defesa da saúde dos cidadãos – **impõe-lhe**, no entanto, **limite** em sua atuação normativa, que somente se legitimará se essa pessoa política agir com estrita observância da cláusula constitucional **inscrita** no art. 30, inciso I, da Lei Fundamental da República, **que lhe permite** "legislar sobre assuntos de interesse local", **e apenas** – *insista-se* – **sobre assuntos de interesse eminentemente local**.*

***A vedação**, por lei municipal, **do uso** de determinado agrotóxico, cujo emprego pode comprometer o meio ambiente e afetar a saúde pública, **não pode** subordinar-se, muito menos ceder, a interesses meramente corporativos ou de natureza econômica.*

***Nem se diga**, o que se alega por mera concessão dialética, que o agrotóxico em questão **ainda não teria tido** a sua nocividade cientificamente constatada, **dependendo**, para tanto, de ulteriores pesquisas e estudos **necessários** à comprovação científica de seus efeitos prejudiciais.*

***É que**, tal como anteriormente assinalado (e **ênfatisado**), **ainda que se registrasse** incerteza científica, **incidiria**, no caso, mesmo assim, **o princípio da precaução**, **apto a legitimar** a lei municipal questionada e o acórdão **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina **que a reputou***

plenamente válida ("*in dubio pro natura*"), **eis que**, segundo esse postulado de direito ambiental, "*as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar*".

***Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente agravo interno, **mantendo**, em consequência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.*

***Ressalto**, ainda, que se revela inaplicável ao caso o art. 1.033 do CPC **pelo fato de a configuração de ofensa reflexa não constituir o único fundamento que deu suporte** ao ato decisório ora impugnado.*

***Não incide**, no caso em exame, o que prescreve o art. 85, § 11, do CPC, **ante a inadmissibilidade** de condenação em verba honorária, **por tratar-se de processo de mandado de segurança** (**Súmula** 512/STF e **Lei** nº 12.016/2009, art. 25).*

***É o meu voto.***



## 29 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048 – DF

**Medida Provisória – Conversão em lei – Ato que não expunge a Medida Provisória do vício de inconstitucionalidade que a afeta – A questão do valor jurídico do ato inconstitucional – Não submissão de ações diretas de inconstitucionalidade a prazos prescricionais e/ou decadenciais – Legitimidade do controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais** autorizadores da edição de Medida Provisória – **A prática do cesarismo governamental** como consequência anômala do exercício abusivo do poder presidencial de editar Medida Provisória – **Ofensa** ao princípio da separação de poderes – **Medida Provisória e créditos extraordinários.** [ADI 4.048 MC/DF, voto-vogal do Min. Celso de Mello, DJ de 22-8-2008.]

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:**  
**Reconheço**, preliminarmente, **a admissibilidade** da presente ação direta, **considerada** a circunstância **de que se registrou** sensível alteração na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **em tema** de instauração de controle abstrato de diplomas **veiculadores** de regras **pertinentes** a matéria de despesa pública **ou** de caráter orçamentário, **como sucedeu** no julgamento **da ADI 2.925/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, quando esta Corte proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

**"PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA.** *Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.*

**LEI ORÇAMENTÁRIA – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL – CIDE – DESTINAÇÃO – ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em**

*rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas 'a', 'b' e 'c' do inciso II do citado parágrafo." (grifei)*

**Daí a observação** que Vossa Excelência, Senhor Presidente, **fez a propósito** da questão **referente** à possibilidade de utilização da fiscalização normativa abstrata **como instrumento vocacionado**, na especificidade de suas funções, **a viabilizar** a defesa objetiva da ordem constitucional, **mesmo tratando-se** de legislação **que disponha** sobre previsão da receita, fixação da despesa **ou autorização** para abertura de créditos adicionais, **desde** que o ato estatal **faça instaurar** litígio jurídico-constitucional **suscetível** de exame **em tese**, como aquele cujo conteúdo seja sindicável, de modo direto e imediato, em face do próprio texto da Constituição:

*"A meu ver, essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional.*

**Na petição inicial** desta ação direta, o partido político requerente **defende** essa nova orientação. **Argumenta** que 'não se está, aqui, a discutir o conteúdo de um crédito extraordinário em si mesmo, mas, sim, o real enquadramento de um

determinado crédito na categoria de ‘extraordinário’, a única que a Constituição de 1988 admite à medida provisória’ (fls. 06).

**O partido requerente, portanto, defende uma tese:** a de que determinados créditos, **por serem despidos** da qualidade de extraordinário, **conforme** o parâmetro fixado na própria Constituição (art. 167, § 3º), **não podem** ser abertos por meio de medida provisória.

**O Tribunal se vê diante**, assim, de um tema ou de uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto.

**A Corte não pode se furtar** à análise do tema posto nesta ação direta. Há uma questão constitucional, de inegável relevância jurídica e política, que deve ser analisada a fundo." (grifei)

**Sob tal aspecto**, portanto, **acompanho** Vossa Excelência, Senhor Presidente, **no ponto em que conhece** da presente ação direta de inconstitucionalidade.

**Cabe ressaltar**, ainda, por relevante, **que a conversão legislativa** da medida provisória **não tem o condão de expungir** os vícios de inconstitucionalidade **que já afetavam**, originariamente, aquele ato executivo com força de lei.

**Sabemos** que a **supremacia** da ordem constitucional **traduz** princípio essencial **que deriva**, em nosso sistema de direito positivo, **do caráter**

**eminentemente rígido** de que se revestem as normas **inscritas** no estatuto fundamental.

**Nesse contexto**, em que a **autoridade normativa** da Constituição **assume** decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que **nela** passa a ter o **fundamento** de sua própria existência, validade e eficácia – , **nenhum ato** de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) **poderá contrariar-lhe** os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, **sob pena** de o comportamento dos órgãos do Estado **incidir em absoluta desvalia jurídica**.

**Daí a absoluta irrelevância jurídica** da conversão, em lei, de medida provisória **que já apresentava**, desde o momento de seu surgimento, **a mácula** da inconstitucionalidade. **A aprovação congressional**, ainda que por unanimidade, **não tem a virtude** de operar a convalidação de medida provisória **comprometida**, em sua integridade jurídica, **pelo defeito gravíssimo** que a incompatibiliza com o texto da Constituição.

Na realidade, **estabelecem-se** claras relações **entre** a medida provisória, **resultante** do exercício concreto dos poderes normativos de urgência pelo Presidente da República, e a lei de conversão, **que decorre** do processo parlamentar de formação das espécies legislativas, **valendo referir**, como o **mais relevante** dos efeitos **que emanam** da conversão legislativa, **aquele que atribui estabilidade** ao ato presidencial **transformado** em lei ordinária,

**promovendo-lhe** a definitiva incorporação ao plano do ordenamento positivo interno.

**Cumpre advertir**, no entanto, **que a transformação ritual** da medida provisória em lei formal, **resultante** da deliberação **aquiescente** do Congresso Nacional, **não** afasta **nem** exclui a inconstitucionalidade que eventualmente se verifique no ato executivo com força de lei, **pois o caráter inconvalidável** do vício da ilegitimidade constitucional **impede** que a mera vontade dos poderes constituídos se sobreponha à autoridade da própria Constituição.

**Em outras palavras**: a vontade do Parlamento, **aprovando** a transformação da medida provisória em lei, **não se revela suficiente** para conferir validade jurídica à lei de conversão, **quando** esta, **por efeito** de repercussão causal, seja afetada pelos vícios de inconstitucionalidade do ato presidencial de legislação emergencial que lhe deu origem.

**Cabe mencionar**, por oportuno, neste ponto, **que nem mesmo** a superveniência de uma emenda à Constituição – **quanto mais** a promulgação de uma **simples** lei de conversão – **pode convalidar**, ainda que para o futuro, diploma legislativo **originariamente** inconstitucional.

**Definitivo**, sob tal aspecto, **o magistério** do eminente Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, cuja **análise** desse tema jurídico – **veiculada** em trabalho doutrinário ("**Leis Ordinariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda**

**Constitucional Superveniente**", "in" RDA 215/85-98) – **assim** por ele foi exposta, **em seus aspectos essenciais**:

*"23. **É indubitoso** que Emendas Constitucionais, editadas nos limites que lhes são cabíveis, aportam modificações ao quadro constitucional anterior. É óbvio, de consequente, que servirão, **dali por diante**, como bom fundamento de validade para as normas produzidas **em sua consonância**. Nada mais natural, então, que, por isto mesmo, sejam, **em sucessão a ela**, editadas leis **conformes a estes novos termos**, por muito gravosas que possam ser aos administrados, **se comparadas com os termos dantes possíveis**. Isto, todavia, **não postula**, nem lógica, nem jurídica, nem eticamente – **e muito menos concorre** para sustentação e prestígio do ordenamento – **que deva recolher o que dantes era inconstitucional** para abrigá-lo com um manto de resguardo, **ainda** que para infundir-lhe tal atributo **tão-só para o futuro**."*

***Propender para exegese deste feito** implicaria incorrer no contra-senso de reputar lógico que o ordenamento milite em desfavor da própria higidez e, demais disso, em considerar que o Direito prestigia ou é indiferente à fraude, à burla e não apenas a si próprio como aos integrantes da Sociedade. Não é de bom feito hermenêutico enveredar por interpretações que sufraguem, em maior ou menor grau, a indulgência com elas, ou que lhes*

propicie a prática, o que ocorrerá, entretanto, se a incursão em tais condutas for inconseqüente e se o beneficiário delas puder absorver os frutos de expedientes desta ordem.

(...)

**26. Assim**, na conformidade das considerações feitas, **não há senão concluir** que, **dentre** as alternativas exegéticas em tese suscítáveis perante o tema de leis **originariamente desconformes** com a Constituição, **mas comportadas** por Emenda Constitucional superveniente, **a única merecedora de endosso** é a que apresentamos como a quarta delas, **ou seja: aquela segundo a qual a sobrevinda de Emenda não constitucionaliza a norma inicialmente inválida**. Dessarte, seus efeitos poderão ser impugnados e desaplicada tal regra. **Para que venham a irromper validamente no universo jurídico efeitos correspondentes** aos supostos na lei originariamente inválida, **será necessário** que, **após a Emenda, seja editada nova lei**, se o legislador entender de fazê-lo e de atribuir-lhe teor igual, **pois**, só então, será **compatível** com o enquadramento constitucional vigente.

(...)

**27. Em síntese conclusiva**, pois, **não há senão dizer** que Emenda Constitucional – **diferentemente** de uma nova Constituição – **não é ruptura** com o ordenamento jurídico anterior, **mas**, pelo contrário, **funda-se nele**, nele se integra e representa sua continuidade, **donde seria inadmissível**

**entender** que tem o efeito de ‘constitucionalizar’, **ainda** que daí para o futuro, leis **originariamente** inconstitucionais (...).

Logo, **não é de admitir** que Emenda Constitucional **superveniente** a lei inconstitucional, mas com ela compatível, **receba validação dali para o futuro**. Antes, ter-se-á de entender que **se** o legislador desejar produzir nova lei e com o mesmo teor, que o faça, então, **editando-a novamente**, já agora – **e só agora** – dentro de possibilidades efetivamente **comportadas** pelo sistema normativo (...)." (grifei)

**Torna-se claro**, pois, que o Congresso Nacional, **mesmo no exercício** do poder de reforma – cuja prática **está** juridicamente **subordinada** às limitações **impostas** pela Lei Fundamental – **não dispõe** de competência **para constitucionalizar**, mediante **superveniente** promulgação de emenda à Constituição, diploma legislativo **até então** incompatível, formal **ou** materialmente, com o texto da Carta Política, **pois**, se assim lhe fosse permitido, **comprometer-se-ia**, de modo grave, **o postulado da supremacia da Constituição**.

Com **maior** razão, **uma simples lei de conversão**, hierarquicamente **inferior** a uma emenda à Constituição, **não convalida** medida provisória inconstitucional, **tanto quanto** uma emenda constitucional superveniente – **insista-se** – **não legítima** leis **originariamente** inconstitucionais.

Essa posição de **eminência** da Lei Fundamental – que tem o condão de **desqualificar**, no plano jurídico, **o ato** em situação de conflito hierárquico **com o texto** da Constituição – **estimula reflexões teóricas** em torno da natureza do **ato inconstitucional**, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, **ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade** (com eficácia "*ex nunc*" ou eficácia "*ex tunc*"), **ou**, ainda, **da ineficácia** do comportamento estatal **incompatível** com a Constituição.

**Tal diversidade** de opiniões **nada mais reflete** senão visões doutrinárias que identificam, **no absoluto desvalor do ato inconstitucional**, "*vários graus de invalidade*" (MARCELO REBELO DE SOUSA, "**O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**", vol. I/77, 1988, Lisboa).

**As várias concepções teóricas** existentes sobre o tema – **como destaca** autorizado magistério doutrinário (CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, "**Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos**", "*in*" Revista Forense, vol. 335/17-44; MARCELO NEVES, "**Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**", p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 54/58, item n. 15, 15<sup>a</sup> ed., 1998, Malheiros) – **permitem a formulação de teses** que buscam definir **a real natureza** dos atos **incompatíveis** com o texto da Constituição, **qualificando-os**, em função de **abordagens diferenciadas**, como manifestações estatais tipificadas

**pela nota da inexistência** (FRANCISCO CAMPOS, "**Direito Constitucional**", vol. I/430, 1956, Freitas Bastos), **ou pelo vício da nulidade** (ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 599/602, 9<sup>a</sup> ed., 2001, Atlas; OSWALDO LUIZ PALÚ, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 75/76, 1999, RT), **ou**, ainda, **pelo defeito da anulabilidade** (REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, "**Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**", p. 181/183, 2<sup>a</sup> ed., 1990, RT; JOÃO LEITÃO DE ABREU, "**A Validade da Ordem Jurídica**", p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo).

**Cumprе enfatizar**, por necessário, que, **não obstante** essa **pluralidade** de visões teóricas, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal – **apoiando-se** na doutrina clássica (ALFREDO BUZAID, "**Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; RUY BARBOSA, "**Comentários à Constituição Federal Brasileira**", vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**", p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; ELIVAL DA SILVA RAMOS, "**A Inconstitucionalidade das Leis**", p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, "**A Teoria das Constituições Rígidas**", p. 204/205, 2<sup>a</sup> ed., 1980, Bushatsky) – **ainda considera revestir-se de nulidade** a manifestação do Poder Público **em situação**

**de conflito** com a Carta Política (RTJ 87/758 – RTJ 89/367 – RTJ 146/461 – RTJ 164/506, 509).

**Mostra-se inquestionável**, no entanto, **a despeito** das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, "**O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**", p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal **vem adotando** posição jurisprudencial, que, **ao estender a teoria da nulidade** aos atos inconstitucionais, **culmina** por recusar-lhes **qualquer** carga de eficácia jurídica.

**Embora** o "*status quaestionis*" esteja assim delineado no Supremo Tribunal Federal, **não há dúvida** de que o relevo dessa matéria **impõe novas reflexões** sobre o tema (MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ, "**Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção**", p. 43, 1995, Malheiros; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "**Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?**", "in" RDA 221/47-69, 64/66, item n. 4), **especialmente se se tiver em consideração** a experiência constitucional **de outros países, cujas Leis Fundamentais** – como ocorre **em Portugal** (art. 282, n. 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), **na Espanha** (art. 164) e **na Itália** (art. 136), **p. ex. – dispõem** sobre a amplitude e o regime jurídico inerentes aos efeitos que resultam da declaração de inconstitucionalidade.

Essa **nova** percepção do tema **reflete**, de certa maneira, **nítida influência** decorrente da **prática jurisprudencial** do Tribunal Constitucional Federal germânico, **como ressalta** PAULO BONAVIDES ("**Curso de Direito Constitucional**", p. 308, item n. 9, 10ª ed., 2000, Malheiros), cujo magistério **sustenta a necessidade** de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, "*um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição*".

**Cumpra não perder de perspectiva** que situações inconstitucionais **jamaís** convalidam, **eis que é nenhum**, em nosso sistema normativo, **ressalvada** a possibilidade – **sempre** excepcional – **de modulação**, no tempo, **dos efeitos** da decisão de inconstitucionalidade, **o valor jurídico** dos atos eivados de ilegitimidade constitucional (RTJ 19/127 – RTJ 37/165 – RTJ 55/744 – RTJ 102/671).

**É por isso que a instauração** do controle concentrado de constitucionalidade **perante** o Supremo Tribunal Federal **não se acha sujeita a qualquer** restrição advinda do decurso do tempo **ou**, como na espécie, **de suposta convalidação** resultante do procedimento de conversão legislativa.

**O ato inconstitucional**, precisamente porque **afetado** por um radical vício de nulidade jurídica (RTJ 146/461, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **revela-se insuscetível de convalidação**, qualquer que tenha sido o lapso de tempo já decorrido **ou ainda**

que convertida, em lei, a medida provisória que lhe deu origem.

**Cumpre rememorar**, a título de exemplo, **apenas para enfatizar a impossibilidade de convalidação** do ato inconstitucional, **diretriz jurisprudencial** desta Suprema Corte, **que proclama** a absoluta irrelevância do tempo no que se **refere** aos atos estatais **eivados** do defeito supremo da inconstitucionalidade:

*"(...) **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL**: O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade **não está sujeito** à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais **jamaís** se convalidam pelo mero decurso do tempo. **Súmula 360. Precedentes** do STF. (...)."*

*(**ADI 1.247/PA**, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**)*

O Supremo Tribunal Federal, em julgamentos recentes (**ADI 3.100-MC/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **reafirmou** essa orientação **no sentido** de que a conversão legislativa da medida provisória **não convalida nem sana** o vício de inconstitucionalidade **que comprometa** aquele ato executivo **revestido** de força de lei:

*"Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 144,*

*de 10 de dezembro de 2003, **que dispõe** sobre a comercialização de energia elétrica, **altera** as Leis nºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, **e dá outras providências**. 2. Medida Provisória convertida na Lei nº 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade **de se analisar** o alegado vício formal da medida provisória **após a sua conversão** em lei. A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. (...). Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão **prejudica** a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. **Prosseguimento do julgamento** quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória nº 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição (...)."*

*(**ADI 3.090-MC/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno – grifei)*

**De outro lado**, Senhor Presidente, **entendo possível o controle jurisdicional**, notadamente aquele exercido **por esta** Suprema Corte, **dos pressupostos** da urgência **e** da relevância **necessários** à legítima edição, pelo Presidente da República, das medidas provisórias, **eis que** tais requisitos – **por integrarem** a própria **estrutura**

**constitucional** desses atos executivos com força de lei – **revestem-se** de caráter **eminentemente** jurídico, **o que basta para justificar**, só por si, **a sindicabilidade** dessas espécies normativas pelo Poder Judiciário, **como já o proclamou** o Supremo Tribunal Federal:

**"POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURIS-DICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.**

– A **edição** de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, **depende**, dentre **outros** requisitos, da **estrita observância dos pressupostos constitucionais** da urgência e da relevância (CF, art. 62, 'caput').

– **Os pressupostos** da urgência e da relevância, **embora** conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, **mesmo** expondo-se, **inicialmente**, à avaliação discricionária do Presidente da República, **estão sujeitos**, ainda que **excepcionalmente**, ao controle do Poder Judiciário, **porque compõem** a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, **qualificando-se** como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada,

**extraordinariamente**, pela Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**

– A **possibilidade** de controle jurisdicional, **mesmo** sendo excepcional, apóia-se **na necessidade de impedir** que o Presidente da República, **ao editar** medidas provisórias, **incida** em excesso de poder **ou** em situação de manifesto abuso institucional, **pois** o sistema de **limitação** de poderes **não permite** que práticas governamentais **abusivas** venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a **concepção democrática** de Poder e de Estado, **especialmente** naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. (...)."

(RTJ 190/140, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

**É por tais razões** – e, notadamente, **para evitar** que o texto de nossa Lei Fundamental **se exponha** a manipulações exegeticas, **degradando-se** em sua autoridade normativa – , **que entendo possível** (e necessário) o exame, **por parte do Poder Judiciário, dos pressupostos** da relevância e da urgência, **os quais**, referidos no art. 62 da Constituição da República, **qualificam-se** como requisitos legitimadores e essenciais ao exercício, pelo Presidente da República, da competência normativa que lhe foi **extraordinariamente** outorgada para editar medidas provisórias.

**Os pressupostos** em questão – **urgência** da prestação legislativa **e relevância** da matéria a ser disciplinada –, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, **expõem-se**, enquanto categorias de natureza jurídica, **à possibilidade** de controle jurisdicional.

**É que** a carga de discricionariedade política, subjacente à formulação **inicial**, pelo Chefe do Executivo, do juízo concernente aos requisitos da urgência e da relevância, **não pode** legitimar o exercício **abusivo** da prerrogativa extraordinária de legislar.

**Vê-se**, pois, **que a relevância e a urgência** – que se revelam noções **redutíveis** à categoria de conceitos relativamente indeterminados – **qualificam-se como pressupostos constitucionais** legitimadores da edição das medidas provisórias. **Constituem** requisitos **condicionantes** do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

**Tratando-se** de requisitos **de índole constitucional**, **cabe**, ao Supremo Tribunal Federal, **em cada caso ocorrente**, analisar a configuração desses pressupostos, **cujá existência se revela essencial** ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.

**É certo**, ante a fluidez **e** a relativa indeterminação conceitual da noção de tais pressupostos, **que a ausência** desses requisitos constitucionais **nem**

**sempre** revelar-se-á objetivamente clara. **Daí a necessidade** de proceder-se à análise de tais requisitos, **em cada** situação ocorrente.

**O poder excepcional** que assiste, ao Presidente da República, **de legislar**, mediante medida provisória, **está necessariamente subordinado** à concreta satisfação dos requisitos impostos pela Constituição, **que**, ao referir-se aos pressupostos de urgência **e** de relevância, **torna judicialmente apreciáveis** tais fatores de legitimação da prática dessa competência normativa primária atribuída ao Presidente da República.

**A discricionariedade governamental, em casos anômalos** de excesso de poder **ou** em situações inaceitáveis **de manifesto** abuso institucional, **não pode ignorar** o princípio da supremacia da Constituição, **nem desconsiderar** os postulados que derivam do sistema consagrado por nosso ordenamento constitucional.

**É por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões nas quais **tem reconhecido**, embora excepcionalmente, **a possibilidade de controle jurisdicional** sobre a configuração desses pressupostos de índole constitucional, **sempre em ordem a impedir** que se concretizem situações tipificadoras **de abuso** do poder de legislar (**ADI 162/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES) **ou que se caracterizem**, então, hipóteses reveladoras **de evidente ausência** desses mesmos requisitos de índole jurídica (**RTJ 165/173-174**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

**O exame** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **revela-se bastante expressivo** no ponto **em que admite a possibilidade** de fiscalização, **pelo Poder Judiciário**, de eventuais **excessos**, que, **gerados** pelo reconhecimento **arbitrário**, por parte do Chefe do Executivo, da ocorrência dos pressupostos da urgência e da relevância, **culminem por viabilizar a prática abusiva** da competência de legislar:

*"Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto."*

(ADI 162/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

*"Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidade e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada."*

(RTJ 145/101, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

*"II – Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica*

*por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente (...)."*

(RTJ 165/174, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

*"Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (...)."*

(ADI 1.753/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

*"Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedente: ADIn 162-DF (medida liminar), Moreira Alves, Plenário, 14.12.89; ADIn 1.397-DF, Velloso. RDA 210/294."*

(RE 217.162/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Esse entendimento jurisprudencial – **que identifica**, na medida provisória, uma categoria normativa **que traduz derrogação excepcional** ao princípio constitucional da separação de poderes **e que admite**, por isso mesmo, **a possibilidade**, ainda que extraordinária, **do controle jurisdicional** sobre os pressupostos da relevância e da urgência – **encontra apoio no**

**magistério da doutrina** (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "**Medidas Provisórias e Princípio da Separação de Poderes**", p. 44/69, 62, "in" "**Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa**", coordenação de Ives Gandra Martins, 2001, Forense Universitária; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**Medidas Provisórias**", p. 143/147, 2ª ed., 1999, Max Limonad; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 533/534, item n. 13.3, 19ª ed., 2001, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 539/541, item n. 4.3.8, 9ª ed., 2001, Atlas; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**", p. 168/171, itens ns. 181/182, 1ª ed., 1999, Cejup; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", p. 288, vol. 3, 1992, Saraiva; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Constituição Federal Anotada**", p. 769/770, item n. 10, 1ª ed., 2000, Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Constituição da República Federativa do Brasil**", p. 207, 2ª ed., 1999, Saraiva; HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, "**Medida Provisória na Constituição de 1988**", p. 84/86, 1997, Fabris Editor, v.g.), **cabendo destacar**, ante a **precisa** abordagem que faz do tema, **a lição**, sempre autorizada, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("**Curso de Direito Administrativo**", p. 100/101, itens ns. 56/57, 13ª ed., 2001, Malheiros):

***"O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade descrição administrativa quando***

*verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.*

***A circunstância de relevância e urgência serem – como efetivamente o são – conceitos 'vagos', 'fluidos', 'imprecisos', não implica que lhes faleça***

*densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.*

*Do fato de ‘relevância’ e ‘urgência’ exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitado inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, indubitado que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de ‘certeza negativa’ ou ‘positiva’, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível.*

*Assim, fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que as autorizariam, nos casos de ‘certeza negativa’ e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais. (...).” (grifei)*

**As razões** que venho de expor **permitem-me acompanhar** a análise feita por Vossa Excelência,

Senhor Presidente, **notadamente quando** põe em evidência **que a MP nº 405/2007** (com vigência **prorrogada** por 60 dias, **a partir** de 30/03/2008, **porque** não concluída, **então**, a sua votação no Congresso Nacional), **posteriormente convertida** na Lei nº 11.658/2008, **não respeitou** “os parâmetros que emanam da Constituição para permitir a utilização de medidas provisórias, como mecanismo de legislação excepcional por parte do Poder Executivo, destinadas à criação de créditos extraordinários”.

**Essa percepção** ainda mais se acentua **se se tiver** presente, **considerado** o exame **da própria** Exposição de Motivos **referente** à proposta de edição da MP nº 405/2007, **que os créditos abertos** – ainda que identificadas **determinadas** situações específicas **impregnadas** de relevo material – “são destinados a prover despesas correntes, **que não estão qualificadas** pela imprevisibilidade **ou** pela urgência” (grifei).

**Isso significa**, portanto, que os recursos financeiros autorizados pela abertura de créditos **supostamente** extraordinários, **destinados** a custear **e** a superar situações emergenciais **ou** de crise, **não foram**, na realidade, **motivados por fatores caracterizados** pelas notas da imprevisibilidade, da extraordinariedade, da urgência **e** da excepcionalidade, **na medida em que provocados**, como acentuou Vossa Excelência, Senhor Presidente, por “*atos plenamente previsíveis*”, **o que evidencia** o antagonismo da medida provisória em questão, **analisada** na perspectiva da disciplina estrita **que resulta** do regime

constitucional **pertinente** à abertura de créditos extraordinários, **tal como previsto** no art. 167, § 3º, da Constituição da República.

**Daí a exata observação** feita por Vossa Excelência, **quando acentua a inconstitucionalidade** da MP nº 405/2007, **hoje convertida** na Lei nº 11.658/2008:

*"Nenhuma das hipóteses previstas pela medida provisória configuram situações de crise imprevisíveis e urgentes, suficientes para a abertura de créditos extraordinários.*

*Há, aqui, um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários.*

**E esse não é um caso raro.**

**Impressiona** a quantidade elevada de medidas provisórias editadas, no último ano, pelo Presidente da República, para abertura de créditos suplementares ou especiais travestidos de créditos extraordinários. Desde o início do ano de 2007, já se podem contar mais de 20 medidas provisórias destinadas à abertura de créditos de duvidosa natureza extraordinária (MP nºs 343, 344, 346, 354, 356, 364, 365, 367, 370, 376, 381, 383, 395, 399, 400, 402, 405, 406, 408, 409, 420 e 423).

**É papel** desta Corte assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes." **(grifei)**

**Vale mencionar**, neste ponto, Senhor Presidente, **as observações** que foram **produzidas** pelo autor da presente ação direta **a propósito** da questionada (e duvidosa) qualificação, **como extraordinários**, dos créditos adicionais **a que se refere** a MP nº 405/2007, **ora convertida** na Lei nº 11.658/2008, **que abriu** créditos extraordinários **no valor global** de R\$ 5.450.000.000,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta milhões de reais):

*"A medida provisória em questão **atinge** matérias tão diversas quanto: (1) **aquisição** de imóveis; (2) **capitalização** da TV pública; (3) **subvenção** ao óleo diesel para pesca; (4) **participação** da União no capital de companhias; (5) **implantação** de centro tecnológico; (6) **manutenção ou desenvolvimento** de sistemas informatizados: SIAFI, guias da previdência social, comércio exterior, PGFN, BACEN; (7) **dissolução e extinção** de companhias; (8) **construção** de pontes e estradas de rodagem; (9) **controle** de velocidade em rodovias; (10) **fomento** a projetos cinematográficos e audiovisuais; (11) **instalação** de espaços culturais; (12) **remuneração** de agentes financeiros; **entre diversos outros**, aí incluídos **diversos** relativos ao **simples custeio** da Administração Pública, **totalizando** – nada mais nada menos – **que 24 páginas** do Diário Oficial, em evidente violação aos arts. 62 e 167, § 3º, da Constituição Federal.*

(...)

Nesse aspecto, é importante ressaltar, de modo claro, que a presente ação direta **não discute** os créditos em si mesmos considerados, **mas**, sim, **o real enquadramento deles na categoria ‘extraordinário’**, que é a única permitida à medida provisória. **A própria Constituição dá exemplos** de créditos – **verdadeiramente** – extraordinários: aqueles que são abertos para fazer frente à guerra, comoção interna ou calamidade pública (casos tão graves que ensejam – no limite – decretação de estado de defesa ou de sítio). **Não é o caso** de nenhum dos créditos abertos pela MP impugnada!

A matéria, portanto, **é de direito** e não de fato (...). **E ainda que fosse necessária** a eventual apreciação de fatos, **não é essa prática** completamente avessa ao controle de constitucionalidade em ação direta, **como se verifica** – por exemplo – **na discussão** da modulação temporal dos efeitos da decisão do Supremo.

(...)

**É relevante**, igualmente, **o registro** de que os exemplos pinçados pelo eminente Advogado-Geral da União **para caracterizar a natureza extraordinária** dos créditos **não procedem**. **O primeiro crédito** mencionado, **relativo** à febre aviária, **teria** – na visão exposta pelo memorial da AGU – natureza extraordinária **no final de 2007**, apesar de os primeiros Informes Técnicos da ANVISA sobre a matéria terem sido editados em fevereiro

**de 2004! Depois**, são mencionadas despesas com o funcionamento de órgãos públicos, que têm suas atividades previstas com antecedência que não se coaduna com o ‘extraordinário’.

**Desse modo, infundados** os argumentos esgrimidos pela AGU em seu ‘memorial complementar’, **impõe-se o deferimento** da medida cautelar pleiteada pelo requerente, **até mesmo** como um remédio **ao uso exacerbado** de medidas provisórias, **em especial** em matéria orçamentária.

**Para que se tenha uma idéia da gravidade da situação atual**, de 01.01.2007 até 17.04.2008, foram editadas 23 medidas provisórias relativas à abertura de créditos extraordinários que somam, aproximadamente, R\$ 62,5 bilhões de reais. O orçamento da União, no ano passado, ficou em algo em torno de R\$ 1,2 a 1,4 trilhão. Desconsiderada a dívida pública, o valor fica em torno de R\$ 600 bilhões. Em suma: as últimas medidas provisórias de créditos extraordinários somaram mais de 10% do orçamento de 2007. Em outras palavras: tem-se, na prática, em razão do notório abuso de créditos – ditos – ‘extraordinários’, um orçamento paralelo (...).” (grifei)

**Permito-me reiterar**, neste ponto, Senhor Presidente, **as razões** que tenho manifestado **em diversos** votos **proferidos** nesta Suprema Corte (**ADI 3.964-MC/DF**) **e que revelam** a minha extrema preocupação – **confirmada e agravada**

pelo caso ora em exame – **com o excesso** de medidas provisórias **que os sucessivos** Presidentes da República (**inclusive o atual** Chefe do Poder Executivo da União) têm editado, **transformando a prática extraordinária** dessa competência normativa primária **em exercício ordinário** do poder de legislar, **com grave comprometimento** do postulado **constitucional** da separação de poderes.

**Ao julgar a ADI 2.213-MC/DF**, de que sou Relator, **salientei**, então, **a propósito dessa anômala situação** que vem se registrando **no plano** jurídico-institucional, **que o postulado da separação de poderes – além de qualificar-se** como um dos núcleos temáticos irreformáveis do ordenamento constitucional positivo brasileiro – **reflete**, na concreção do seu alcance, **um significativo dogma** de preservação do equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, **impedindo** – a partir da estrita subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos – **que o regime democrático** venha a ser conspurcado pelo exercício **ilegítimo** das prerrogativas estatais.

**Torna-se necessário enfatizar** que o coeficiente de liberdade dos povos **expõe-se** a sensível e perigosa redução, **quando** as instituições do Estado, **ao usurparem** atribuições que lhes **não** são próprias, **transgridem** o postulado da separação de poderes, **dando indevida expansão** às suas

prerrogativas políticas e jurídicas, e, com esse comportamento **revestido** de ilicitude constitucional, **culminam por desrespeitar** a Constituição **e por lesar**, de maneira inaceitável, as liberdades civis, as franquias democráticas e os parâmetros cuja estrita observância deve condicionar o exercício do poder estatal.

**O fato** é que processos de contínua **e** indevida expansão de competências constitucionais – **como aqueles que derivam da utilização excessiva** de medidas provisórias – **acabam por gerar**, no âmbito da comunidade estatal, situações instauradoras de concreto desrespeito **ao sistema de poderes limitados** consagrado no texto da Constituição da República, circunstância esta que confere **preocupante atualidade** à advertência feita, **já no final** do século XVIII (1787/1788), por JAMES MADISON, **quando**, em texto lapidar, **buscou ressaltar** a necessidade política de estabelecer um modelo institucional **que evitasse** a concentração de poderes **e que se revelasse** apto a "*deter o espírito usurpador do poder*" ("**O Federalista**", p. 394/399 e 401/405, 401, arts. ns. 47 e 48, 1984, Editora UnB).

Essa **mesma** preocupação **revela-se evidente** nas reflexões feitas por JOHN LOCKE ("**Segundo Tratado sobre o Governo**", p. 89/92, itens ns. 141/144, 1963, Ibrasa), **em obra**, que, escrita em pleno século XVII (1690), **apresenta** relevantíssima contribuição a propósito da questão **pertinente** aos limites do governo e à imprescindibilidade de

*"equilibrar o poder do Governo pela colocação de diversas partes dele em diferentes mãos".*

É preciso advertir, neste ponto, que o regime de governo e as liberdades das pessoas, muitas vezes, expõem-se a um processo de quase imperceptível erosão, destruindo-se, lenta e progressivamente, pela ação usurpadora dos poderes estatais, impulsionados pela busca autoritária de maior domínio e controle hegemônico sobre o aparelho de Estado e sobre os direitos e garantias do cidadão.

Quando os Cursos Jurídicos foram instituídos em São Paulo e em Olinda, pela Lei imperial de 11/08/1827, vigorava, já há quase três (3) anos e meio, a Carta Política do Império do Brasil, cujo artigo 9º, refletindo o verdadeiro significado que ainda hoje anima e orienta o princípio da divisão funcional do poder, proclamava que *"A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece"*.

Essa é a razão pela qual JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente (**"Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império"**, p. 32/33, item ns. 27/28, 1958, reedição do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro), em magistério que se reveste de permanente atualidade, destacou o caráter fundamental e essencialmente limitador do postulado da divisão funcional do poder, tecendo

considerações, a propósito desse tema, numa fase de nosso processo histórico, em que nem mesmo o Imperador – que era titular do Poder Executivo e do Poder Moderador – dispunha da prerrogativa excepcional de legislar à revelia da Assembléia Geral do Império, pois a Carta Política de 1824, sob tal aspecto, não transigia em torno do princípio da separação de poderes e, em consequência, sequer previa, em favor do monarca, a possibilidade de legislar mediante instrumentos extraordinários, como a medida provisória, o decreto-lei ou qualquer outro equivalente constitucional.

Cabe lembrar, bem por isso, a precisa advertência, sobre a necessidade de impor limitações ao Poder Político, feita pelo Marquês de São Vicente, que, sem dúvida, como o atesta MIGUEL REALE (**"Figuras da Inteligência Brasileira"**, p. 45/50, 2ª ed., 1994, Siciliano), foi o maior constitucionalista do Império:

*"Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que*

*seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.*

*Entretanto, para que a divisão dos poderes ministre seus benéficos resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não só de direito como de fato, que seja uma realidade e não somente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita. É essencial que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional. Observar praticamente a sábia disposição do art. 9º da lei fundamental é o grande desideratum, é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos então para prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo." (grifei)*

Esse magistério notável, lúcido e extremamente atual, ministrado por um dos mais extraordinários constitucionalistas do Império, aluno da primeira Turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, **autoriza proclamar a asserção** de que a construção da ordem democrática no Brasil **ou** em qualquer outro País, **para ser plena**, há de neutralizar **os impulsos** gerados no interior do

próprio aparelho de Estado que **incompreensivelmente** estimulam a desconsideração do valor e do significado que uma ordem constitucional legítima deve representar para a consciência de pessoas livres e para as formações sociais organizadas de acordo com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-institucional, **que se recuse a compreender** a supremacia da Constituição **e que hesite** em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, **notadamente daqueles** que consubstanciam as cláusulas pétreas – **que protegem** o núcleo irreformável **e** a essência mesma do pacto constitucional – **é censurável e é preocupante**, pois torna evidente **que ainda há**, na intimidade do Poder, **um resíduo** de indisfarçável autoritarismo, **despojado** de qualquer coeficiente de legitimidade ético-jurídica.

**Todas essas considerações justificam-se** ante a maneira **pródiga** com que Chefes do Poder Executivo da União, **em tema** de medidas provisórias, **têm exercido** a competência **extraordinária** que lhes foi outorgada **pelo art. 62** da Carta Política.

**Não podemos ignorar que a crescente apropriação institucional** do poder de legislar, **por parte** dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado **graves** preocupações de ordem jurídica, **em razão** do fato **de a utilização excessiva** das medidas provisórias **causar profundas distorções** que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

O exercício dessa **excepcional** prerrogativa presidencial, **precisamente** porque transformado **em inaceitável prática ordinária** de Governo, **torna necessário** – em função dos **paradigmas constitucionais**, que, de um lado, **consagram** a separação de poderes e o princípio da liberdade **e que**, de outro, **repelem** a formação de ordens normativas fundadas em processo legislativo **de caráter autocrático** – **que se imponha moderação** no uso da **extraordinária** competência de editar atos com força de lei, **outorgada**, ao Chefe do Poder Executivo da União, **pelo art. 62** da Constituição da República.

**É natural** – **considerando-se** a crescente complexidade que qualifica as atribuições **do Estado contemporâneo** – **que se lhe concedam** meios institucionais **destinados** a viabilizar produção normativa ágil **que permita**, ao Poder Público, em casos **de efetiva** necessidade **e de real** urgência, **neutralizar** situações de grave risco para a ordem pública e para o interesse social.

**Reconheço**, por isso mesmo, **que a outorga** de competência normativa primária, ao Poder Executivo (ou ao Governo), **traduz, ainda que excepcionalmente**, medida incorporada ao processo legislativo contemporâneo e adotada, no plano do direito constitucional comparado, por diversos sistemas políticos, **em ordem a legitimar** respostas normativas **imediatas** em face de situações **de crise** que possam afetar a ordem estatal ou o interesse social.

**Desse modo**, e mesmo que o exercício (**sempre excepcional**) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo **possa justificar-se** em situações **absolutamente** emergenciais, **abrandando**, em tais hipóteses, "*o monopólio legislativo dos Parlamentos*" (RAUL MACHADO HORTA, "**Medidas Provisórias**", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 107/5), **ainda assim revela-se profundamente inquietante** – na perspectiva da experiência institucional brasileira – **o progressivo controle hegemônico** do aparelho de Estado, **decorrente** da superposição da vontade **unipessoal** do Presidente da República, em função do exercício **imoderado** da competência **extraordinária** que lhe conferiu o art. 62 da Constituição.

**Cumprir ter presente**, bem por isso, **no que se refere** ao poder de editar medidas provisórias, **a advertência** exposta em autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Do Processo Legislativo**", p. 235, item n. 152, 3ª ed., 1995, Saraiva):

*"Trata-se de um grave abuso. Ele importa no mesmo mal que se condenava no decreto-lei, isto é, importa em concentração do poder de administrar com o poder de legislar, uma violação frontal à separação dos poderes." (grifei)*

**Esse comportamento governamental** faz instaurar, **no plano** do sistema político-institucional

brasileiro, **uma perigosa práxis descaracterizadora** da natureza mesma do regime de governo consagrado na Constituição da República, **como pode enfatizar**, em voto **vencido**, no Supremo Tribunal Federal, **quando do julgamento, em 1997, da ADI 1.687/DF.**

**Eventuais** dificuldades de ordem política – **exceto** quando **verdadeiramente** presentes **razões constitucionais** de urgência, necessidade e relevância material – **não podem justificar** a utilização de medidas provisórias, **sob pena** de o Executivo, **além de apropriar-se** ilegitimamente **da mais relevante** função institucional **que pertence** ao Congresso Nacional, **converter-se em instância hegemônica de poder** no âmbito da comunidade estatal, **afetando**, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "**checks and balances**", a relação de equilíbrio que **necessariamente** deve existir entre os Poderes da República.

**Os dados** pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelo Presidente da República, **desde** 05 de outubro de 1988 **até** a presente data, **evidenciam que o exercício compulsivo** da competência extraordinária de editar medida provisória **culminou por introduzir**, no processo institucional brasileiro, **verdadeiro cesarismo governamental** em matéria legislativa, **provocando graves distorções** no modelo político e gerando sérias **disfunções** comprometedoras **da integridade** do princípio constitucional da separação de

poderes, **como tive** o ensejo de enfatizar, **quando do julgamento do RE 239.286/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RDA** 219/323-329).

**Não se pode ignorar** que os **diversos** Presidentes da República – **no período** compreendido **entre** 05/10/88 (data da promulgação e vigência da Constituição Federal) e a presente data –, **valendo-se** do instrumento **excepcional** da medida provisória, **legislaram duas (2) vezes mais** que o próprio Congresso Nacional, em **igual** período.

**Esse comportamento dos vários** Chefes do Poder Executivo da União, **além** de concentrar, **indevidamente**, na Presidência da República, **o foco e o eixo** das decisões legislativas, **tornou instável** o ordenamento normativo do Estado brasileiro, **que passou**, em consequência, a viver **sob o signo do efêmero**.

**Esse contexto** que venho de referir **põe em evidência um anômalo quadro de disfunção** dos poderes governamentais, de que deriva, **em desfavor** do Congresso Nacional, **o comprometimento** do seu relevantíssimo **poder de agenda**, por acarretar **a perda** da capacidade **de o Parlamento** condicionar e influir, **mediante** regular atividade legislativa, **na definição e no estabelecimento** de políticas públicas.

**Cumprе ressaltar**, neste ponto, um dado extremamente **preocupante: desde** o início da vigência da Constituição de 1988, os sucessivos Presidentes da República – **entre edições e reedições** – promulgaram, **sozinhos**, um total de medidas provisórias **equivalente** a mais do que **o dobro** de decretos-leis

**editados** pelos gerais-Presidentes, **ao longo de todo** o regime de exceção, que, no Brasil, **vigorou** entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985.

Vale dizer, no período assinalado (1964/1985), **os curadores do regime autoritário** editaram, **ao longo** de vinte e um (21) anos, **2.272 decretos-leis**, em proporção bem inferior ao volume de medidas provisórias editadas (**e reeditadas**) sob a égide da presente Constituição, **numa evidente atestação** de que o Chefe do Poder Executivo da União transformou-se, **definitivamente, hoje**, em verdadeiro **legislador solitário da República**.

Cabe advertir, por isso mesmo, **que a utilização excessiva** das medidas provisórias **minimiza**, perigosamente, **a importância** político-institucional **do Poder Legislativo**, pois **suprime** a possibilidade **de prévia discussão parlamentar** de matérias que, **ordinariamente**, estão sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional.

Na realidade, **a expansão** do poder presidencial, **em tema** de desempenho da função normativa primária, **além de viabilizar** a possibilidade de uma **preocupante ingerência** do Chefe do Poder Executivo da União **no tratamento unilateral** de questões, que, **historicamente**, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos, **introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera** a essência da ordem democrática, **cujos fundamentos** – apoiados em razões de garantia política e de segurança

jurídica dos cidadãos – **conferem justificção teórica** ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes.

Cumpra não desconhecer, neste ponto, **que é o Parlamento**, no regime da separação de poderes, **o único** órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, **democraticamente**, as leis do Estado.

Interpretações regalistas da Constituição – **que visem a produzir** exegeses **servilmente** ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social – **representariam** clara subversão da vontade **inscrita** no texto de nossa Lei Fundamental **e ensejariam**, a partir da temerária aceitação da soberania interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, **a deformação** do sistema de discriminação de poderes, **fixado**, de modo legítimo e incontestável, pela Assembléia Nacional Constituinte.

**Impõe-se relemburar – e relemburar a todo momento** – que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, **são essencialmente definidos e precisamente limitados**. "E a Constituição foi feita" – **adverte a doutrina** (HUGO L. BLACK, "Crença na Constituição", p. 39, 1970, Forense) – "para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos".

Tenho sempre enfatizado, bem por isso, **que uma Constituição escrita não configura** mera peça jurídica subalterna, **que possa sujeitar-se** à vontade

discrecionária e irresponsável dos governantes, **nem representa** simples estrutura formal de normatividade, **nem pode caracterizar ou ser interpretada** como um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das Nações (**RTJ 146/707-708**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **A Constituição** – cujo sentido de permanência, estabilidade e transcendência **deve** sobrepor-se à irrupção de crises meramente episódicas **ou** à ocorrência de dificuldades de natureza conjuntural **que eventualmente afetem** o aparelho de Estado **ou**, até mesmo, **a própria** sociedade civil – **reflete**, ante a **magnitude** de seu significado político-jurídico, **um documento solene** revestido de importância essencial, **sob cujo império protegem-se** as liberdades, **impede-se** a opressão do poder **e repudia-se** o abuso governamental.

O **exercício** das funções estatais **sofre** os rígidos condicionamentos **impostos** pela ordem constitucional. O **extravasamento** dos limites de sua atuação **põe**, gravemente, em causa, **a supremacia**, formal e material, **da Constituição e gera** situações de conflituosidade jurídico-institucional, **na medida em que os atos de usurpação** qualificam-se **como fatores** de ruptura do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

O constituinte brasileiro, **ao elaborar** a Constituição que nos rege, **mostrou-se atento e sensível** à experiência histórica de outros Povos **e fez consagrar**, na Carta Política que promulgou, **fiel** à nossa própria tradição constitucional, **um princípio** cuja essencialidade é marcante no plano das

relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional.

Esse princípio – **o da separação de poderes** –, a que é ínsito um sentido de fundamentalidade, **foi proclamado**, na Constituição brasileira de 1988, **como um dos seus núcleos irreformáveis**, insuscetível, **até mesmo**, de alteração por via de emenda constitucional (**art. 60, § 4º, III**).

**É indubitável** que nenhum dos poderes do Estado **detém o monopólio** de suas próprias atribuições (funções típicas). **Cada qual exerce**, em caráter secundário, **atipicamente**, atribuições jurídicas que, no plano constitucional, são **preponderantemente** deferidas, em razão de sua especialização funcional, **aos demais** poderes estatais.

O sistema de "**checks and balances**", de freios e contrapesos, **possibilita**, pelo exercício de controles interorgânicos recíprocos, **a harmonia e a interdependência** entre os poderes do Estado, **com o que se preserva** o regime das liberdades públicas **e se mantém**, no plano da sociedade política, o equilíbrio institucional entre esses mesmos poderes.

**As recíprocas** interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, **desde que ocorram** nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, **não provocam a ruptura** do sistema, **precisamente** porque por este previstas e disciplinadas de modo expresse.

**Essa ruptura**, no entanto, ocorrerá, **sempre que qualquer** dos Poderes exercer, **com expansão**

**desordenada**, atribuições que lhe não são próprias, **ou**, então, **impedir**, por atos que se **desviem** da ortodoxia constitucional, **o normal desempenho**, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes.

**Estas**, Senhor Presidente, **são as razões que me levam a acompanhar**, integralmente, **o magnífico voto** proferido por Vossa Excelência. **Por tal motivo**, peço vênica **para deferir** o pedido de medida cautelar, **estendendo** esse provimento liminar à Lei nº 11.658, de 18/04/2008, **em que se converteu** a MP nº 405/2007.

**É o meu voto.**



### 30 MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS* 174.759 – CE

**Condenação penal pelo Júri – Inocorrência de trânsito em julgado – Possibilidade de recurso – Ordem de execução provisória da pena determinada, desde logo, pelo Juiz-Presidente do Júri – Inadmissibilidade.**  
[HC 174.759 MC/CE, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 25-9-2019.]

**EMENTA:** "*Habeas Corpus*". **Condenação recorável emanada do Júri. Determinação** do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, **ordenando a imediata sujeição** do réu sentenciado **à execução antecipada (ou provisória)** da condenação criminal. **Invocação, para tanto, da soberania** do veredicto do Júri. **Inadmissibilidade. Inexistência**, a propósito de condenações *recoráveis* **proferidas** por órgãos judiciais **de primeira** instância (**como** o Tribunal do Júri), **de decisões** do Supremo Tribunal Federal **revestidas de efeito geral e de eficácia vinculante. Consequente inaplicabilidade**, às decisões do Conselho de Sentença, **de precedentes** do Supremo Tribunal Federal **que autorizam a execução penal antecipada, pelo fato** de tais julgados referirem-se a condenações penais proferidas **ou** mantidas por Tribunais **de segundo grau**, posição institucional *evidentemente não ostentada* pelo Tribunal do Júri. **A questão da soberania dos veredictos do Júri. Significado** da cláusula **inscrita** no art. 5º, **inciso XXXVIII, c**, da Constituição. Caráter **não** absoluto da soberania do Júri. **Doutrina. Precedentes. Existência**, ainda, no presente caso, **de ofensa ao postulado que veda a reformatio in pejus. Considerações** em torno da regra consubstanciada no art. 617, *in fine*, do CPP. **Exame da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **a respeito da prisão meramente cautelar** do sentenciado **motivada por condenação recorável, notadamente** quando o réu **tenha permanecido em liberdade** ao longo do

processo penal de conhecimento. **Prisão cautelar decretada na hipótese de condenação penal recorável: instituto de tutela cautelar penal inconfundível com a esdrúxula concepção da execução provisória ou antecipada da pena. Medida cautelar concedida.**

**DECISÃO:** **Trata-se** de "*habeas corpus*", com pedido de medida liminar, **impetrado contra decisão monocrática** que, **emanada** de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça **em sede de outra ação** de *habeas corpus* (HC 528.469/CE), **indeferiu, liminarmente, o writ** lá ajuizado.

**Busca-se**, em síntese, nesta sede processual, **seja assegurado** ao ora paciente **o direito de não sofrer a execução provisória da condenação penal** que lhe foi imposta *no caso ora em exame*, **por tratar-se de provimento condenatório recorável proferido em primeira instância, no contexto** de julgamento **emanado** do Conselho de Sentença **no âmbito** do procedimento penal do júri.

**A decisão** do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, **que reconheceu a possibilidade** de impor, desde logo, ao réu *execução antecipada da pena não obstante* a condenação **tenha sido proferida no primeiro grau** de jurisdição (**e não em segunda instância**), **tem o seguinte conteúdo:**

*"Quanto ao requerimento do Ministério Público, o mesmo assiste razão [sic] pois, além do caráter protelatório dos embargos de declaração, o STF consagrou a possibilidade de imediata*

execução das sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri.

(...)

Isto posto, rejeito os embargos de declaração e determino o imediato cumprimento da pena do acusado.

Expeça-se mandado de prisão e a respectiva carta precatória para cumprimento no juízo da Comarca de Varjota-CE.

Com o cumprimento do mandado, expeça-se carta de guia provisória." (grifei)

Sendo esse o contexto, examino, preliminarmente, questão relativa à admissibilidade do presente writ. E, ao fazê-lo, devo considerar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram orientação no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, quando ajuizado, como no caso em análise, em face de decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União (HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

"HABEAS CORPUS". CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I - (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.  
(...)

III - Writ não conhecido."

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - grifei)

Esta Suprema Corte, como se vê dos precedentes acima referidos, compreende que a cognoscibilidade da ação de habeas corpus supõe, em contexto idêntico ao de que ora se cuida, a existência de decisão colegiada da Corte Superior apontada como coatora, situação incorrente na espécie.

Embora respeitosamente dissentindo dessa diretriz jurisprudencial, por entender possível a impetração de "habeas corpus" contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior da União, devo aplicar, observado o princípio da colegialidade, essa orientação restritiva que se consolidou em torno da utilização do remédio constitucional em

questão, **motivo pelo qual**, em atenção à posição dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **impor-se-á o não conhecimento** desta ação de "habeas corpus".

**Ocorre**, no entanto, que, *em situações excepcionais*, o Supremo Tribunal Federal, **mesmo não conhecendo** do "writ" constitucional, **tem**, ainda assim, **concedido**, de ofício, **a ordem** de "habeas corpus", **desde** que configurada situação de evidente ilegalidade.

*Assentadas essas premissas*, **passo a apreciar** a matéria veiculada neste "writ". **E**, ao fazê-lo, **entendo que a análise objetiva das razões invocadas nesta impetração revela ser inquestionável o relevo jurídico** da pretensão ora deduzida pelo impetrante.

**Cabe destacar**, desde logo, **por extremamente relevante**, que o Presidente do Tribunal do Júri, **ao proferir** a sentença condenatória, **expressamente assegurou** ao ora paciente *o direito de recorrer em liberdade*, **fazendo-o nos seguintes termos**:

***"Concedo ao réu o benefício de apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, com fundamento no mandamento do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, por não se encontrarem presentes, NO MOMENTO, os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, o que faço nos termos do art. 492, alínea e, do mesmo diploma." (grifei)***

O ora paciente **opôs** embargos de declaração a esse ato sentencial, **sendo certo** que o Ministério Público **não se insurgiu**, nesse momento, **mediante recurso** pertinente, **contra o reconhecimento**, em favor do sentenciado, **do direito de apelar em liberdade**.

**Ocorre**, no entanto, **que o magistrado**, em recurso **exclusivo** da Defesa, **cassou** o direito **previamente** assegurado ao réu **de recorrer em liberdade**, **modificando**, radicalmente, **anterior manifestação favorável** ao ora paciente **constante** da sentença penal condenatória.

**Constata-se**, desse modo, **a configuração**, na espécie, **de ofensa**, por parte do Juízo de Direito da Vara Única da comarca de São Benedito/CE, à cláusula legal **que veda** a "reformatio in pejus" (CPP, art. 617, "in fine"), **eis que**, em recurso **exclusivo** do réu (**tratava-se** de embargos de declaração **somente por ele** opostos), **ordenou-se medida claramente lesiva** à situação jurídica do sentenciado, **que sofreu grave constrição imposta** ao seu "status libertatis".

**Não se pode desconhecer**, no ponto, **que o princípio que veda** a "reformatio in pejus" **impede** que o órgão judiciário **qualquer** que seja, *julgando além ou fora da postulação*, **venha, no âmbito de recurso exclusivo da Defesa** (como no caso) **ou de ação autônoma de impugnação**, **a agravar** o status poenalis de qualquer réu, **segundo adverte** o magistério jurisprudencial **desta** Corte Suprema:

**"HABEAS CORPUS AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO ACUSADO DECRETADO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA IMPOSSIBILIDADE DA REFORMATIO IN PEJUS EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (CPP, ART. 617, "IN FINE") RECONHECIMENTO DE QUE COMPETE AO JUÍZO DA EXECUÇÃO, E NÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DETERMINAR, QUANDO FOR O CASO, O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.**

**Nenhum Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, pode agravar a situação jurídico-penal do réu, eis que o ordenamento positivo brasileiro impede, em tal contexto, a reforma prejudicial do julgado contra o qual somente o acusado recorreu.**

**A vedação legal da reformatio in pejus (CPP, art. 617, "in fine") constitui garantia de ordem jurídica deferida a qualquer acusado, independentemente da natureza do delito que lhe tenha sido atribuído, desde que ausente impugnação recursal deduzida pelo Ministério Público. Essa proibição legal, que tem caráter vinculante para os Tribunais em geral, representa direta consequência do princípio segundo o qual 'tantum devolutum quantum appellatum', de tal modo que, verificada a reforma prejudicial ao acusado e sendo este o único recorrente, impõe-se a concessão, em seu favor, da ordem de 'habeas**

**corpus', para fazer cessar o injusto agravamento imposto ao seu status poenalis'."**

**(HC 72.827/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**

**Vale assinalar, por oportuno, que esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em situações similares à da presente impetração (HC 101.380/RS, Rel. Min. LUIZ FUX HC 111.674/ES, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI HC 117.155/MT, Rel. Min. LUIZ FUX HC 121.907/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI HC 122.626/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).**

**No caso ora em exame, como precedentemente realçado, a ordem de execução antecipada da condenação penal sobreveio em recurso que somente o paciente havia deduzido (embargos de declaração), circunstância essa que claramente impedia o agravamento da situação do réu, que segundo consta da impetração permaneceu em liberdade ao longo do processo penal contra ele instaurado.**

**Em situações como essa, em que o réu responde ao processo penal em liberdade, a jurisprudência desta Corte tem-lhe garantido, ordinariamente, a subsistência dessa condição, vale dizer, a permanência em liberdade (HC 86.684/SP, Rel. Min. EROS GRAU HC 89.952/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA HC 112.889/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA RHC 108.588/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), salvo hipótese em que se justifique,**

*com apoio em base empírica idônea, a imposição de prisão cautelar, que não se confunde com a execução provisória da pena:*

**"HABEAS CORPUS DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR SÚMULA 691/STF SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO, POR REPUTAR LEGÍTIMA A IMEDIATA EXECUÇÃO DO JULGADO E, TAMBÉM, PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELO SENTENCIADO (RE E RESP) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO PEDIDO DEFERIDO."**

**(HC 90.608/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**

**"Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação. 3. Paciente que respondeu solto a quase toda a instrução criminal. 4. Sentença condenatória. Segregação cautelar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime. 5. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP."**

**(HC 142.173/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)**

**O E. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem perfilhado igual orientação (HC 319.695/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA HC 500.069/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ RHC 106.360/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, v.g.):**

**"PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME FECHADO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.**

**NEGADO O APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

(...)

***II – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.***

***III – No caso, a manutenção da prisão preventiva ao paciente não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. Principalmente, quando o réu respondeu ao processo criminal em liberdade (Precedentes).***

***"Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.***

**(HC 408.794/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER – grifei)**

**"HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO QUALIFICADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.**

***1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do STF em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante que não escapa à pronta percepção do julgador.***

***2. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.***

***3. O Juiz Presidente do Tribunal do Júri não apontou nenhum elemento concreto para negar ao paciente que respondia solto ao processo, submetido a medidas cautelares diversas da prisão o direito de apelar em liberdade. Na sentença, existe singela referência à necessidade de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, em clara afronta ao disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, o qual ordena a análise fundamentada sobre a***

manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

**4. Apesar de mencionada pelo Juiz, a tese de repercussão geral fixada no ARE n. 964.246/SP não foi estendida pelo Supremo Tribunal Federal a decisões emanadas de Conselho de Sentença, ainda não intangíveis no âmbito da jurisdição ordinária. Ademais, o princípio da soberania dos veredictos é garantia individual do acusado, mas não impede a revisão, pelo Tribunal de Justiça, de julgamento evidentemente contrário à prova dos autos.**

**5. Ordem concedida para,** confirmada a liminar, **permitir que o paciente aguarde o julgamento da apelação em liberdade,** caso por outro motivo não esteja preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

**(HC 431.817/RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ - grifei)**

**Esse entendimento reflete-se, também, no magistério da doutrina, como se vê, p. ex., da lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Tribunal do Júri, p. 420/421, item n. 7.1.1, 6ª ed., 2015, Forense):**

**"Uma das relevantes deliberações do juiz presidente, em caso de sentença condenatória, é a decisão em relação à manutenção ou revogação de prisão cautelar existente, bem como a eventual decretação da prisão provisória em virtude de condenação, caso esteja solto o réu.**

**Há dois enfoques para analisar: a) o acusado encontra-se preso, durante a fase da formação da culpa ; b) o réu está solto e dessa forma compareceu para ser julgado em plenário do Tribunal do Júri.**

**Na primeira hipótese,** como regra, a prisão cautelar deve ser mantida, embora, sempre, com fundamentação. Se o acusado aguardou a fase de formação da culpa detido, cautelarmente, com maior razão, se for condenado a uma pena elevada, deve continuar preso.

(...)

**Porém, cada caso é um caso. Não se pode padronizar o cenário da prisão cautelar.**

(...)

**A segunda situação réu solto durante a instrução merece maior cautela. Se o acusado for considerado primário, com bons antecedentes, o montante da condenação (seis, doze, trinta ou mais anos de reclusão) não é elemento determinante para fundamentar a prisão provisória. A única motivação razoável para decretar a prisão em decorrência da condenação em plenário deve resultar dos requisitos do art. 312**

**do CPP. Caso não estejam presentes, é direito do acusado aguardar solto o julgamento de seu recurso.**" (grifei)

A **mesma** percepção sobre a matéria **é igualmente adotada** pelo eminente Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (**Prisão Cautelar Dramas, Princípios e Alternativas**, p. 63, item n. 6, 3ª ed., 2017, JusPODIVM):

**"Em raciocínio coerente com o que se expôs, pode-se afirmar que:**

**A) Se o acusado respondeu ao processo penal em liberdade** ainda que sujeito a alguma das cautelares previstas no artigo 319 do CPP **por não haver dado causa à decretação de sua prisão preventiva, somente poderá ser preso por ocasião da pronúncia ou da sentença condenatória se surgir, então, algum motivo novo, ou desconhecido até então, que autorize a decretação da medida extrema**, conforme resta claro do artigo 282, § 5º, c/c os **artigos 312 e 313 do CPP ; (...).**" (grifei)

**É importante enfatizar**, como anteriormente assinalado, **que a execução provisória de condenação penal não se confunde nem se identifica** com a prisão cautelar **fundada** em sentença condenatória

recorrível, **notadamente** porque esta, **para ser legitimamente decretada, exige** que o respectivo ato que a ordena **tenha** suporte **em qualquer** dos fundamentos **a que alude** o art. 312 do CPP, **a significar que se impõe** ao órgão judiciário competente **adequada fundamentação, apoiada em fatos concretos** que, **ajustando-se** aos elementos **delineados** no referido art. 312 do CPP, **justifiquem a adoção da medida extraordinária da privação cautelar da liberdade do réu.**

Essa compreensão do tema **é acolhida** pelo magistério da doutrina (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Código de Processo Penal Comentado**, p. 199, 14ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), **como destacam**, em *precisa lição*, EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER (**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**, p. 994, item n. 492.2, 9ª ed., 2017, Atlas):

**"Obrigatoriedade de fundamentar o decreto ou manutenção da preventiva: A obrigatoriedade de manifestação do juiz presidente quanto à eventual prisão** (alínea e do inciso I do art. 492 do CPP) **guarda sintonia com a nova ordem constitucional. Se o réu estiver preso e o juiz entender que ainda estão presentes os pressupostos da preventiva, deverá declinar nos autos e recomendá-lo ao local onde já estava recolhido. Se estiver solto, mas se compreender que é necessária a prisão** (art. 312, CPP), **deverá igualmente declinar e**

**fundamentar** na sentença, determinando o seu recolhimento." (grifei)

Na espécie ora em análise, não há como **se-quer considerar** a decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri **como ato impositivo** de prisão cautelar, pois **lhe faltam** os fundamentos **exigidos** pelo art. 312 do CPP, **eis que se limitou** a determinar, **sumariamente**, "o imediato cumprimento da pena do acusado."

**Somente** as razões **que venho de expor** *bastariam para justificar* a concessão da medida cautelar ora postulada.

**Há a considerar**, ainda, **um outro aspecto** que, segundo penso, **assume inquestionável relevo**, *por envolver um postulado fundamental consagrado* em nosso sistema jurídico: *a presunção constitucional de inocência*.

No caso, o MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de São Benedito/CE **entendeu suficiente** à nulificação da presunção **constitucional** de inocência **a mera prolação**, *em primeira instância*, de sentença penal condenatória **emanada** do Tribunal do Júri, **em frontal colisão** com a cláusula inscrita **no inciso LVII** do art. 5º de nossa Lei Fundamental, **que erigiu o trânsito em julgado** da condenação criminal *em fator de legítima descaracterização* do postulado do estado de inocência.

**Não se desconhece** que o Supremo Tribunal Federal, **a partir** da decisão **proferida no**

**HC 126.292/SP e com apoio** em sucessivos julgados **emanados** do Plenário desta Corte Suprema (**ADC 43-MC/DF ADC 44-MC/DF HC 152.752/PR**), **inclusive em sede de repercussão geral** (**ARE 964.246-RG/SP**), **veio a firmar orientação no sentido da legitimidade constitucional** da execução **provisória** da pena:

**"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.**

**1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal**, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional** da presunção de inocência **afirmado** pelo artigo 5º, **inciso LVII**, da Constituição Federal.

**2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento** da repercussão geral do tema **e a reafirmação** da jurisprudência sobre a matéria.

(**ARE 964.246-RG/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, **Pleno grifei**)

**Ao participar** dos julgamentos **que consagram** os precedentes, referidos, **integrei a corrente minoritária, por entender que a tese da execução provisória** de condenações penais **ainda recorríveis transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado** da decisão condenatória (CF, art. 5º, LVII).

**Ocorre, no entanto,** que o Supremo Tribunal Federal, **ao firmar referida diretriz jurisprudencial, limitou-se à análise da possibilidade de efetivar-se a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em segunda instância, não havendo qualquer pronunciamento** decisório desta Corte, **revestido de efeito geral e de eficácia vinculante, que reconheça a legitimidade da imediata execução** de sentença condenatória **recorrível emanada do Tribunal do Júri.**

**Não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória)** de condenação penal **recorrível emanada** do Tribunal do Júri, **eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, c) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita** no art. 593, III, d, do CPP.

**É nesse sentido cabe insistir que se orienta a**

posição jurisprudencial **desta** Suprema Corte, **de que destaque, como expressão desse entendimento, a seguinte decisão:**

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS (...) GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, d) PRIMEIRA DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO POSSIBILIDADE ACÓRDÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADO AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, d, DO CPP (...) PRECEDENTES RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO."**

(RHC 132.632-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Vê-se, portanto, conforme acentua** HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (Júri, p. 34, item n. 27, 5ª ed., 2ª tir., 1988, RT), **com fundamento** no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, vol. III/62, Forense), **que a soberania dos veredictos do júri deve ser entendida como a impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão**

**da causa, e, por isso, o Código de Processo Penal, regulando a apelação formulada em oposição à decisão dos jurados manifestamente** contrária à prova dos autos (letra **d** do inciso III do art. 593), **estabelece** que o Tribunal *ad quem*, **dando** provimento, **sujeitará** o réu **a novo** julgamento (§ 3º do art. 593) **perante** o Tribunal de Júri (grifei).

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, desse modo, **impede** o Tribunal *ad quem*, **ao reformar** decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja **manifestamente** contrária à prova dos autos), **de substituí-la**, em sede recursal, **por um pronunciamento** do próprio órgão colegiado de segunda instância. **A mera possibilidade** jurídico-processual de o Tribunal de Justiça **invalidar** a manifestação decisória do Conselho de Sentença, **quando** esta puser-se em situação **de evidente** antagonismo com a prova **existente** nos autos, **não ofende** a cláusula constitucional **que assegura** a soberania do veredicto do Júri, **eis que**, em tal hipótese, **a cassação** do ato decisório, **determinada** pelo órgão judiciário *ad quem*, **não importará** em resolução do litígio penal, cuja apreciação **remanesce** na esfera do próprio Tribunal do Júri.

ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (**Teoria e Prática de Júri**, p. 41/44, 4ª ed., 1991, RT), **apreciando** essa questão *em face do texto constitucional de 1988*, **expendem** sobre ela duto e preciso magistério:

(...) **não são os jurados** onipotentes, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova.

**Julgam eles segundo os fatos objeto do processo ; mas exorbitam se decidem contra a prova.** Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional.

**Se o veredicto** do Conselho de Jurados **foi manifestamente contrário** à prova dos autos (o que importa em não julgar a acusação, e sim assumir atitude arbitrária perante ela), **poderá** o Tribunal de Justiça, **em grau** de recurso, **se reconhecer** a incompatibilidade **entre** o veredicto proferido **e a prova** que instrui os autos, **determinar** que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **sem substituir** a decisão deste, por outra própria.

**E nisto consiste** a soberania dos veredictos **na faculdade dos jurados decidirem por íntimo** convencimento, **acerca** da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), **sem o dever de fundamentar** suas conclusões.

(...)

**Em suma**, o Tribunal de Justiça, **em grau** de recurso, **apenas verifica** se o veredicto **se coaduna** com a prova.

**E, quando apura a inversão desta**, pelo Conselho de Jurados, **observando ser a decisão aberrante, insustentável, evidentemente divorciada dos elementos de convicção e manifestamente contrária** à prova dos autos, **certamente**

**que lhe cabe**, à instância superior de Justiça, **corrigir** a anomalia, **reformando** o julgamento, **a fim** de que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **dentro** de sua competência, **fazendo-o** com o devido critério.

O Tribunal ad quem **não faz** a apreciação da causa, como se sujeita ao juízo singular, **nem externa** julgamento próprio, **não substitui** a decisão recorrida, por outra, de seu entendimento, **nem manifesta** juízo próprio acerca da materialidade do crime, e de sua autoria. (grifei)

**Essa noção** ministrada pela doutrina, por tal razão, **só faz acentuar o valor relativo** da soberania do veredicto emanado do Conselho de Sentença, **cujos pronunciamentos não se revestem**, por isso mesmo, **de intangibilidade** jurídico-processual.

**Impende registrar**, ainda, por relevante, que esta Suprema Corte, no julgamento **do HC 68.658/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RTJ** 139/891), **repeliu a existência de incompatibilidade** do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal **com o texto** da atual Constituição:

**A soberania dos veredictos do Júri não obstante** a sua extração constitucional **ostenta valor meramente relativo**, pois as manifestações decisórias **emanadas** do Conselho de Sentença **não se revestem** de intangibilidade jurídico-processual.

**A competência** do Tribunal do Júri, **embora**

**definida** no texto da Lei Fundamental da República, **não confere** a esse órgão especial da Justiça comum **o exercício de um poder incontrastável e ilimitado**. As **decisões** que dele emanam **expõem-se**, em consequência, **ao controle recursal** do próprio Poder Judiciário, **a cujos Tribunais** compete pronunciar-se **sobre** a regularidade dos veredictos.

**A apelabilidade** das decisões **emanadas** do Júri, **nas hipóteses** de conflito evidente **com a prova** dos autos, **não ofende** o postulado constitucional **que assegura** a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. **Precedentes**.

**Essa compreensão da matéria vale relembrar** **reflete antiga orientação jurisprudencial desta Corte, consolidada** desde a Constituição de 1946 **e reafirmada, agora, sob a égide** da vigente Lei Fundamental da República (**HC 66.954/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES **HC 67.271/SP**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA **HC 67.531/SC**, Rel. Min. PAULO BROSSARD **HC 68.219/MG**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI **HC 70.193/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **HC 88.707/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE **HC 93.617-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **HC 94.730/MS**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI **HC 100.693/ES**, Rel. Min. LUIZ FUX **HC 108.996/BA**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA **HC 110.420/SP**, Rel. Min. LUIZ FUX **HC 113.627/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA **RHC 103.554-MC/SP**, Rel. Min.

CELSE DE MELLO **RHC 107.250/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER **RHC 113.314-AgR/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER **RHC 118.656/ES**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI **RHC 119.887/MS**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*).

**São essas as razões que tornam inaceitável a conclusão de que a soberania do veredicto do júri legitimaria a execução antecipada ou meramente provisória da condenação proferida, em primeira instância**, pelo Conselho de Sentença.

**A crítica** a esse entendimento, **apoiada em argumentos consistentes, foi assim exposta** por ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados, p. 1.294/1.295, 2017, JusPODIVM):

*Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, c, da Carta), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular. (...).*

*O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, que*

*o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que, embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: (...). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação sui generis, já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José Frederico Marques, a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228). (grifei)*

**Sendo assim**, e em face das razões expostas, **concedo**, de ofício, medida liminar, **para suspender**, cautelarmente, até final julgamento deste processo, **a ordem de prisão decretada** contra o ora paciente **nos autos do Processo** nº 0004169-87.2000.8.06.0163 (Juízo de Direito da Vara Única da comarca de São Benedito/CE), **assegurando** a Aluizo Passos Araujo, **se** por **al** não estiver preso, **o**

**direito** de aguardar em liberdade **o julgamento** do recurso de apelação por ele interposto.

**Comunique-se**, *com urgência*, **transmitindo-se cópia desta decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 528.469/CE), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (**HC** 0628833.73.2019.8.06.0000) **e** ao Juízo de Direito da Vara Única da comarca de São Benedito/CE (**Processo** nº 0004169-87.2000.8.06.0163).

2. **Ouça-se** a douta Procuradoria-Geral da República, **em sua** condição de "*custos legis*".

Publique-se.

Brasília, 20 de setembro de 2019 (**21h30**).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator



### 31 AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 31.117 – PR

**Liberdade de imprensa – Exercício regular dessa prerrogativa fundamental inerente a uma das liberdades do pensamento – **Inadmissibilidade** do uso do poder geral de cautela do juiz **como instrumento de censura estatal** – **Sigilo da fonte** – **Prerrogativa constitucional do jornalista** – **Necessidade de respeito** a esse direito básico. [Rcl 31.117 MC-AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* de 3-5-2019.]**

**EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF. EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DESAUTORIZAM A UTILIZAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DO PODER GERAL DE CAUTELA COMO ILEGÍTIMO INSTRUMENTO DE INTERDIÇÃO CENSÓRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. RECURSO DE AGRAVO QUE SE DECLARA PREJUDICADO.**

**A liberdade de imprensa**, qualificada por sua natureza *essencialmente constitucional*, **assegura** aos profissionais de comunicação social, **inclusive àqueles que praticam o jornalismo digital, o direito de opinar, de criticar (ainda que de modo veemente), de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, ressaltada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial, necessariamente "a posteriori", nos casos** em que se registrar *prática abusiva inócua na espécie* dessa prerrogativa de ordem jurídica, **resguardado, sempre, o sigilo da fonte** quando, **a critério do próprio jornalista, este** assim o julgar **necessário** ao seu exercício profissional.

**A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer** qualquer sanção, direta ou indireta, **em razão da prática legítima** dessa franquia **outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive** aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, **qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar** o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. **Doutrina. Precedentes (Inq 870/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Rcl 21.504 - AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).**

**Não há** pessoas **nem** sociedades livres **sem** liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa **cujo exercício por não constituir** concessão do Estado **configura direito inalienável**

e privilégio inestimável de todos os cidadãos. "Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade" (Declaração de Chapultepec).

A liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em que se apoia a própria noção de Estado Democrático de Direito, não pode ser restringida, ainda que em sede jurisdicional, pela prática da censura estatal, sempre ilegítima e impregnada de caráter proteiforme, eis que se materializa, "ex parte Principis", por qualquer meio que importe em interdição, em inibição, em embaraço ou em frustração dessa essencial franquia constitucional, em cujo âmbito compreende-se, por efeito de sua natureza mesma, a liberdade de imprensa.

O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.

A crítica que os meios de comunicação social e as redes digitais dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações

externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade.

Não induz responsabilidade civil, nem autoriza a imposição de multa cominatória ou "astreinte" (Rcl 11.292-MC/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 15.243-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 16.434/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 18.638/CE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 20.985/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina.

Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais) o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação a repressão, ainda que civil, à crítica jornalística, pois o Estado inclusive seus Juízes e Tribunais não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as

ideias **e sobre** as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal (**AI 705.630 – -AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*). **Jurisprudência comparada** (Corte Europeia de Direitos Humanos **e** Tribunal Constitucional espanhol).

**O exercício da jurisdição cautelar** por magistrados e Tribunais **não pode converter-se** em prática judicial **inibitória**,  *muito menos censória*, **da liberdade constitucional** de expressão **e** de comunicação, **sob pena** de o poder geral de cautela **atribuído** ao Judiciário **transformar-se**, *inconstitucionalmente*, **em inaceitável censura estatal**. **Consequente inadmissibilidade** da decisão judicial **que determina a interdição** de textos jornalísticos **publicados** em órgãos de comunicação social **ou que ordena a "retirada de matéria e de imagem" divulgadas** em "sites" e em portais noticiosos. **Precedentes**.

**DECISÃO: Trata-se de reclamação na qual se sustenta** que o ato judicial ora questionado **emanado** do Juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Curitiba/PR **e confirmado** pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná **teria desrespeitado** a autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal **proferiu** no julgamento **da ADPF 130/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO.

A parte ora reclamante, **para justificar o alegado desrespeito** à autoridade decisória do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, **afirma**, *em síntese*, **o que se segue:**

**"14. Como se observa da leitura da decisão de primeira instância (15ª Vara Cível de Curitiba), chancelada pela Colenda 8ª Câmara Cível do TJ/PR, foi determinada a retirada do conteúdo jornalístico veiculado nos links inicialmente indicados, sob o argumento de que, num juízo preliminar, de antecipação de tutela, o exercício do direito de imprensa resvalou em aparente ofensa.**

**15. Não se está aqui a analisar o conteúdo da crítica, se resvalou em excesso ou não. Isso será apurado ao final do processo, de modo que, sendo identificado qualquer extravasamento do direito de informar, a tutela jurisdicional possível para a hipótese é tão somente a reparação de danos.** Não há qualquer amparo legal que determine a retirada de material jornalístico da plataforma digital da Jovem Pan e de outros instrumentos de comunicação da empresa jornalística, tal como se fazia com o recolhimento de jornais e revistas na época da ditadura. Essa determinação censória constitui flagrante violação à autoridade do STF (ADPF 130).

**16. As determinações de primeira e segunda instâncias do Judiciário Paranaense estão a desafiar a autoridade do acórdão proferido na referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (130), na medida em que determinaram a retirada do conteúdo jornalístico divulgado pelos Reclamantes, o que constitui, repita-se, flagrante e odioso ato censório.**

**17. Toda e qualquer decisão que determine recolhimento ou impedimento de publicação de material jornalístico constitui censura.** No caso, a confirmação pelo E. TJ/PR da liminar que determinou a retirada do vídeo produzido pelos Reclamantes é, sem qualquer dúvida, exercício de censura, sendo absolutamente desnecessária a leitura ou o debate do conteúdo contido no material jornalístico.

(...)

**22. A decisão reclamada, portanto, afronta diretamente o normativo jurídico, com força vinculante, que emerge desse Supremo Tribunal Federal, na medida em que determina a retirada de material noticioso,** vale dizer, de material jornalístico produzido e publicado pelos Reclamantes, no exercício constitucional de sua atividade jornalística, de informar a sociedade assuntos de interesse público, ainda que crítico.

**23. Não se ignora que, caso a imprensa extravase ou extrapole os limites da sua finalidade precípua, a lei estará presente e à disposição dos interessados para dela se valerem com o objetivo de pleitearem a devida reparação, a responsabilização por eventuais aspectos criminais, bem como o direito de resposta pleno, mas, em hipótese alguma, a determinação de abstenção de publicação ou retirada de material jornalístico, como fez a decisão reclamada, em evidente afronta à autoridade da decisão da ADPF nº 130.**

(...)

**49. Com efeito, a irresignação manifesta pelo Autor da demanda originária revela a exacerbada suscetibilidade de um homem público, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, protagonista de uma reconhecida carreira na Magistratura Federal, a serviço do Estado desde 1992, com a crítica jornalística inspirada por um assunto atualíssimo e de inquestionável interesse coletivo,** relacionado à moralidade dos reajustes e dos pagamentos de eventuais vantagens a servidores públicos pelo Estado, muitas vezes em descompasso com as premissas fixadas pela própria Constituição Federal e política de Governo na contenção de gastos públicos.

**50. Excelências, o assunto tratado refere-se a uma discussão da seara da ética,** e não da legalidade dos criticados subsídios acima do teto constitucional, pagos pelo poder público federal e auferidos por inúmeros de seus respectivos servidores.

**51. Neste contexto, não foi praticado nenhum ato ilícito pelos Reclamantes, menos ainda capaz de justificar a determinação censória reclamada, mormente o fato de que a crítica jornalística, objeto da irresignação autoral, recaiu, exclusivamente, sobre a insistência dos poderes da República em manter o pagamento de salários aos seus servidores além dos limites**

previstos na Constituição Federal e em desconformidade com a necessária transparência que deve existir na utilização de recursos públicos para quaisquer finalidades.

**52. A crítica, portanto, cingiu-se na divulgação a respeito dos casos em que a remuneração dos servidores públicos federais ultrapassa o teto constitucional, a utilizar como exemplo os vencimentos auferidos pelo Autor e que são, de maneira notória e incontroversa, publicados no site do Superior Tribunal de Justiça, consistente em documento oficial (contracheque) (doc. 11), utilizado para justificar a opinião crítica.**

**53. Reitera-se que, havendo, ao final do processo, a conclusão de que a atividade jornalística excedeu na crítica, caberá a condenação pelos danos causados, inclusive pleiteados na ação original, mas nunca em hipótese alguma a censura, o recolhimento do material jornalístico, pode ser opção de tutela estatal." (grifei)**

**Por vislumbrar ocorrentes, cumulativamente, os requisitos da plausibilidade jurídica e do "periculum in mora", a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, no exercício da Presidência desta Suprema Corte, durante o período de recesso forense, deferiu o pedido de medida cautelar formulado nestes autos.**

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da

República Dr. CARLOS ALBERTO VILHENA, **opinou pela procedência** da presente reclamação **e consequente prejudicialidade** do agravo interno interposto, **fazendo-o em parecer** assim ementado:

**"RECLAMAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. CENSURA PRÉVIA CARACTERIZADA. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESSE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADPF 130. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DESSA CORTE SUPREMA. MANIFESTAÇÃO PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO, COM A CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR INICIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO." (grifei)**

O **beneficiário** da decisão **de que se reclama**, Ministro Joel Ilan Paciornik, **contestou** a pretensão reclamatória **deduzida pela Rádio Panamericana S.A. e por Marco Antônio Villa, expondo, em síntese, o que se segue:**

**"7. O fato que ensejou esta verdadeira campanha difamatória contra o reclamado foi, tão somente, a remuneração recebida especificamente e apenas no mês de maio de 2016, logo após ele ter ascendido do Tribunal Regional Federal à**

*função de Ministro do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Omitiu-se, em todas as postagens realizadas pelos reclamantes, que se trata de valor devido e lastreado em lei. (...).*

*(...)*

**11. Veja-se, inclusive, que os próprios reclamantes desobedeceram ao que esta Corte entendeu necessário na ADPF nº 130/DF: o direito de resposta. Portanto, não podem ser beneficiados pela sua própria torpeza e nem podem se utilizar da vedação à censura para amparar seus ilícitos.** Mais do que isso, o reclamado não pode sofrer as consequências nefastas do ilícito praticado pelos reclamantes e ter sua honra vilipendiada repetidamente, dia após dia.

**12. E isso não é tudo. Ao final do vídeo, o jornalista questiona a legitimidade moral do reclamado para o exercício da função jurisdicional.** Isso logo após afirmar que o pagamento supostamente ilegal não seria questionado pelos empresários brasileiros porque eles pretenderiam ‘ficar com as costas quentes em Brasília’, **em manifesta alusão a um eventual favorecimento que poderia advir da atuação profissional do reclamado junto ao SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).**” (grifei)

**Cabe verificar, preliminarmente, se se revela admissível, ou não, a utilização do presente instrumento reclamatório.**

**Tenho enfatizado, em diversas decisões proferidas** no Supremo Tribunal Federal (**Rcl** 15.243-MC/RJ e **Rcl** 18.566-MC/SP, de que sou Relator, v.g.), **que a reclamação** reveste-se de idoneidade jurídico-processual, **quando** utilizada com o objetivo **de fazer prevalecer** a autoridade decisória dos julgamentos **emanados** desta Corte, **notadamente** quando impregnados de eficácia vinculante, **como sucede** com aqueles proferidos **em sede de fiscalização normativa abstrata** (**RTJ** 169/383-384 **RTJ** 183/1173-1174, v.g.):

**"O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO**

**O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)."**

**(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)**

**Admissível**, portanto, **o ajuizamento** de reclamação **nas hipóteses** em que se sustenta, como na espécie, **transgressão à eficácia vinculante** de que se mostram impregnados os julgamentos do Supremo Tribunal Federal **proferidos** no âmbito *de processos objetivos de controle normativo abstrato*, **como aquele** que resultou do exame **da ADPF 130/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO.

**Impõe-se reconhecer**, de outro lado, que **mesmo** terceiros (como os ora reclamantes) **que não intervieram** no processo objetivo de controle normativo abstrato **dispõem** de legitimidade ativa **para o ajuizamento** da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, **quando promovida** com o objetivo de fazer restaurar o "imperium" **inerente** às decisões desta Corte **proferidas em sede** de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade **ou**, como no caso, *de arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

**É inquestionável**, pois, sob tal aspecto, **nos termos** do julgamento plenário **de questão de ordem** suscitada nos autos da **Rcl 1.880-AgR/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, *que se revela plenamente viável* a utilização, na espécie, **do instrumento reclamatório, razão pela qual assiste** à parte ora reclamante **legitimidade ativa** ad causam para fazer instaurar a **presente** medida processual.

**Cumpre registrar**, por oportuno, que esse entendimento **tem prevalecido em sucessivos**

*julgamentos* proferidos por esta Suprema Corte:

**"(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.**

**Assiste** plena legitimidade ativa, **em sede** de reclamação, **àquele** particular **ou** não **que venha a ser afetado**, em sua esfera jurídica, **por decisões** de **outros** magistrados ou Tribunais que se revelem **contrárias** ao entendimento fixado, **em caráter vinculante**, pelo Supremo Tribunal Federal, **no julgamento** dos processos objetivos de controle normativo abstrato **instaurados** mediante ajuizamento **quer** de ação direta de inconstitucionalidade, **quer** de ação declaratória de constitucionalidade. **Precedente.** (...).

**(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)**

**Plenamente justificável**, assim, **a utilização**, no caso, do instrumento constitucional da reclamação pela parte ora reclamante.

**Sendo esse o contexto**, passo ao exame do pedido formulado nesta sede processual. **E**, ao fazê-lo, **entendo assistir razão** à parte reclamante, **eis que** o ato judicial ora questionado **nesta sede reclamationária está em desacordo com a orientação jurisprudencial** que esta Suprema Corte **veio a firmar** a propósito do tema em análise.

**A questão em exame assume indiscutível magnitude de ordem político-jurídica, notadamente**

em face de seus claros lineamentos constitucionais **que foram analisados**, de modo efetivo, **no julgamento** da referida **ADPF 130/DF**, em cujo âmbito o Supremo Tribunal Federal **pôs em destaque**, de maneira muito expressiva, **uma das mais relevantes franquias constitucionais: a liberdade de manifestação do pensamento**, **que representa** um dos fundamentos **em que se apoia** a própria noção de Estado Democrático de Direito.

**Cumpr**e **rememorar**, por relevante, **a adoção**, em 11/03/1994, **pela Conferência Hemisférica** sobre liberdade de expressão, **da Declaração de Chapultepec**, **que consolidou** *valiosíssima Carta de Princípios*, **fundada** em postulados que, *por essenciais ao regime democrático*, **devem** constituir objeto **de permanente** observância **e** respeito **por parte** do Estado **e** de suas autoridades e agentes, **inclusive por magistrados e Tribunais judiciais**.

**A Declaração de Chapultepec ao enfatizar** que **uma imprensa livre é condição fundamental** para que as sociedades **resolvam** seus conflitos, **promovam** o bem-estar **e protejam** sua liberdade, **não devendo** existir, por isso mesmo, **nenhuma** lei ou ato de poder **que restrinja** a liberdade de expressão ou de imprensa, **seja qual for** o meio de comunicação **proclamou**, *entre outros postulados básicos*, **os que se seguem**:

**"I - Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa.**

O exercício dessa **não é** uma concessão das autoridades, **é um direito inalienável do povo.**

**II - Toda pessoa tem o direito** de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. **Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.**

(...)

**VI - Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações** ou favores **em função** do que escrevam ou digam.

(...)

**X - Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado** por difundir a verdade, criticar **ou** fazer denúncias contra o poder público." (grifei)

**Tenho sempre destacado**, como o fiz por ocasião do julgamento da ADPF 130/DF, **e**, também, **na linha** de outras decisões por mim proferidas no Supremo Tribunal Federal (**AI 505.595/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **que o conteúdo** da Declaração de Chapultepec **revela-nos** *que nada é mais nocivo, nada é mais perigoso* do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (**ou de ilegítimamente interferir em seu exercício**), **pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre...**

**Todos sabemos** *que a liberdade de expressão*, cujo fundamento **reside** no próprio texto da Constituição

da República, **assegura ao profissional de imprensa inclusive àquele que pratica o jornalismo digital o direito de expender crítica**, ainda que desfavorável e em tom contundente, **contra quaisquer** pessoas ou autoridades (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **garantindo-lhe**, também, **além** de outras prerrogativas, **o direito** de veicular notícias e de divulgar informações.

**Ninguém ignora** que, *no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica e a circulação de notícias revelem-se inspiradas pelo interesse coletivo e decorram da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional* (**CF**, art. 5º, IV, **c/c** o art. 220).

**Não se pode desconhecer** que a liberdade de imprensa, **enquanto** projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, **reveste-se de conteúdo abrangente** (**AI 705.630-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **por compreender, entre outras prerrogativas relevantes** que lhe são inerentes, **(a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.**

**Cumpre enfatizar presente o quadro normativo vigente em nosso País que, mais** do que simples prerrogativa de caráter individual ou de natureza corporativa, **a liberdade de informação jornalística** desempenha **relevantíssima** função

político-social, **eis que**, em seu processo de evolução histórica, **afirmou-se** como instrumento realizador do direito **da própria coletividade** à obtenção da informação (**JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo"**, p. 246, item n. 15.3, 32ª ed., 2009, Malheiros; **JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988"**, vol. I/283, item n. 184, 1989, Forense Universitária, *v.g.*).

**Tenho assinalado**, de outro lado, em diversas decisões **que proferi** no Supremo Tribunal Federal, **que o exercício da jurisdição** cautelar por magistrados e Tribunais **não pode converter-se** em prática judicial **inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional** de expressão e de comunicação, **sob pena** como já salientei em oportunidades anteriores de o poder geral de cautela **atribuído** ao Judiciário **qualificar-se, perigosa e inconstitucionalmente**, como **o novo nome de uma inaceitável censura estatal** em nosso País.

**A interdição judicial** imposta à empresa de radiofusão (Rádio Panamericana S.A.), **ordenando-lhe a "retirada da matéria e da imagem"** do Ministro Joel Ilan Paciornik, **veiculadas no Portal Jovem Pan Online, sob pena** de incidência de multa cominatória diária (R\$ 1.000,00), **configura, segundo entendo, clara transgressão ao comando emergente da decisão que esta Corte Suprema proferiu, com efeito vinculante, na ADPF 130/DF.**

**Não constitui demasia insistir** na observação **de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, foi banida** do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental **reafirmando** a repulsa à atividade censória do Estado, **na linha** de anteriores Constituições brasileiras (**Carta Imperial** de 1824, art. 179, nº 5; **CF/1891**, art. 72, § 12; **CF/1934**, art. 113, nº 9; **CF/1946**, art. 141, § 5º) **expressamente vedou** (...) "*qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*" (**CF/88**, art. 220, § 2º).

**Cabe acentuar, ainda, que a repulsa à censura, além de haver sido consagrada em nosso constitucionalismo democrático, representa expressão** de um compromisso que o Estado brasileiro **assumiu** no plano internacional.

**Com efeito**, o Brasil **subscreveu**, entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

**Esse estatuto contempla, em seu Artigo XIX, pre-  
visão do direito à liberdade de opinião e de expressão,  
inclusive a prerrogativa de procurar, de receber e de  
transmitir informações e ideias por quaisquer meios,  
independentemente de fronteiras.**

**O direito fundamental à liberdade de expressão,  
inclusive à liberdade de imprensa, é igualmente  
assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos  
Civis e Políticos (Artigo 19), adotado pela Assembleia**

Geral da ONU em 16/12/1966 **e incorporado**, *for-  
malmente*, ao nosso direito positivo interno em  
06/12/1992 (**Decreto** nº 592/92).

**Vale mencionar, ainda, por sumamente re-  
levante, a Declaração Americana dos Direitos e  
Deveres do Homem, promulgada** pela IX Conferência  
Internacional Americana, **realizada** em Bogotá, *em  
abril de 1948, cujo texto garante a todos a plena  
liberdade de expressão (Artigo IV).*

**A Convenção Americana de Direitos Humanos,  
também denominada Pacto de São José da Costa  
Rica, por sua vez, reconhece a qualquer pessoa o  
direito à livre manifestação do pensamento e à busca  
e obtenção de informações, sendo absolutamente  
estranha a esse importante estatuto do sistema inte-  
ramericano de proteção aos direitos fundamentais  
a ideia de censura estatal (Artigo 13).**

**É interessante assinalar, neste ponto, até mes-  
mo como registro histórico, que a ideia da incompati-  
bilidade da censura com o regime democrático já se  
mostrava presente nos trabalhos de nossa primeira  
Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, reunida  
em 03/05/1823 e dissolvida, por ato de força, em  
12/11/1823.**

**Com efeito**, ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE  
ANDRADA, **ao longo** dessa Assembleia Constituinte,  
**apresentou proposta que repelia, de modo vee-  
mente, a prática da censura** no âmbito do (**então**)  
nascente Estado brasileiro, **em texto** que, **incorpo-  
rado** ao projeto da Constituição, **assim dispunha:**

**"Artigo 23** Os escritos **não são sujeitos** à censura **nem antes nem depois** de impressos." (grifei)

A **razão** dessa proposta de ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA **prendia-se ao fato** de que D. João VI **editara**, *então*, havia pouco mais de dois anos, *em 02 de março de 1821*, **um decreto régio que impunha** o mecanismo da censura, *fazendo-nos recuar*, naquele momento histórico, *ao nosso passado colonial*, **período em que prevaleceu** essa **inaceitável** restrição às liberdades do pensamento.

**Preocupa-me**, por isso mesmo, **o fato de que o exercício**, por alguns juízes e Tribunais, **do poder geral de cautela** tenha se transformado **em inadmissível instrumento de censura estatal**, com grave **comprometimento** da liberdade de expressão, **nesta compreendida a liberdade de imprensa e de informação**. **Ou**, em uma palavra, *como anteriormente já acentuei: o poder geral de cautela tende*, hoje, *perigosamente, a traduzir o novo nome da censura !*

**Todas as observações** que venho de fazer **evidenciam**, a meu juízo, que a decisão **objeto** da presente reclamação **desrespeitou** a autoridade do julgamento plenário invocado **pela parte reclamante como parâmetro de controle**, **eis** que o tema da censura foi **efetivamente** abordado **e plenamente** examinado no julgamento plenário da ADPF 130/DF.

**Enfatizo**, por oportuno, **que eu próprio**, *no voto*

*que proferi na ADPF 130/DF*, **discuti**, *expressamente*, **o tema referente à censura estatal**, **qualquer** que tenha sido o órgão **ou** o Poder de que haja emanado esse ato de (*inadmissível*) cerceamento da liberdade de expressão.

**Devo relembrar**, neste ponto, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento final** da ADI 869/DF, **ao declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão normativa constante** do § 2º do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **advertiu**, *em decisão impregnada de efeito vinculante*, que a cláusula legal **que punia** emissoras de rádio e de televisão, **bem assim** *empresas jornalísticas*, **pelo fato** de exercerem o direito de informar **mostrava-se colidente** com o texto da Constituição da República (art. 220, § 2º).

**O julgamento** em questão **restou consubstanciado** em acórdão assim ementado:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO.**

**1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial**, por **qualquer** meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial **relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da**

programação da emissora **até** por dois dias, **bem como da publicação** do periódico **até** por dois números. **Inconstitucionalidade**. A Constituição de 1988 **em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento**, de criação, de expressão **e** de informação, sob **qualquer** forma, processo ou veículo, **não sofrerá** qualquer restrição, **observado o que nela estiver disposto**.

**2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento**, pelas suas variadas formas. **Restrição** que há de estar explícita **ou** implicitamente **prevista na própria** Constituição.

Ação direta de inconstitucionalidade **julgada procedente**."

(ADI 869/DF, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

**O fato é que não podemos nem devemos retroceder** neste processo de conquista **e** de reafirmação das liberdades democráticas. **Não se trata de preocupação retórica, pois o peso da censura** ninguém o ignora **é algo insuportável e absolutamente intolerável**.

**RUI BARBOSA**, em texto no qual registrou as suas considerações **sobre a atuação** do Marechal Floriano Peixoto **durante** a Revolução Federalista **e** a Revolta da Armada ("A Ditadura de 1893"), **após acentuar** que a "rule of law" **não podia** ser substituída **pelo império da espada**, **assim se pronunciou sobre a questão da censura estatal**:

"A Constituição **proibiu** a censura **irrestritamente, radicalmente, inflexivelmente**. **Toda lei** preventiva **contra** os excessos da imprensa, **toda lei** de tutela à publicidade, **toda lei** de inspeção policial sobre os jornais **é**, por consequência, **usurpatória e tirânica**. **Se** o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros." (grifei)

**Essencial reconhecer**, pois, **em face** do que se vem de expor, **que a liberdade de imprensa**, **qualificada por sua natureza essencialmente constitucional**, **assegura** aos profissionais de comunicação social **o direito** de buscar, de receber **e** de transmitir informações e ideias **por quaisquer** meios, **ressalvada**, no entanto, **a possibilidade** de intervenção judicial, **necessariamente** "a posteriori", **nos casos** em que se registrar **prática abusiva** inócua na espécie dessa prerrogativa de ordem jurídica, **resguardado**, **sempre**, **o sigilo da fonte** quando, **a critério** do próprio jornalista, **este** assim o julgar **necessário** ao seu exercício profissional (**Inq 870/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJU 15/04/96, v.g.**):

"(...) **A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte** (e de não sofrer qualquer sanção, direta **ou** indireta, **em razão** da prática legítima dessa franquia **outorgada** pela própria Constituição da República), **oponível**, por isso

mesmo, a qualquer pessoa, **inclusive** aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, **qualifica-se** como verdadeira garantia institucional **destinada a assegurar** o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. **Doutrina.** (...)."

(**Rcl 21.504-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Segunda Turma**)

**Todas as observações que venho de fazer e por mim efetivamente expostas em voto que proferi** na ADPF 130/DF **prendem-se** ao fato de que esses temas **foram examinados** ao longo daquele processo de controle normativo abstrato, **o que torna pertinente** a alegação de ofensa à eficácia vinculante de que se mostra impregnado referido julgamento plenário.

**Convém registrar**, por necessário, **o fato** de que, **em situações idênticas à que ora se examina**, eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, **fazendo prevalecer** a eficácia vinculante **derivada** do julgamento **da ADPF 130/DF**, **sustaram** provimentos judiciais que, **impregnados de natureza claramente censória**, **havam ordenado** a interdição de textos jornalísticos publicados em órgãos de imprensa **ou determinado** "a retirada de matéria e de imagem" **divulgadas** em "sites" e em portais noticiosos **ou**, ainda, **condenado** jornalistas ao pagamento de elevados valores **a título** de indenização civil (**Rcl 11.292-MC/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **Rcl 16.434/ES**, Rel. Min. ROSA WEBER - **Rcl 18.186-MC/**

**RJ**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **decisão** proferida pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **no exercício** da Presidência - **Rcl 18.290-MC/RJ**, Rel. Min. LUIZ FUX - **Rcl 18.566-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **Rcl 18.638-MC/CE**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO - **Rcl 18.735-MC/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES - **Rcl 18.746-MC/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*), **precisamente na linha do que foi decidido** pela colenda Segunda Turma desta Corte Suprema, em **recentíssimo** julgado **proferido em 23/04/2019** **consubstanciado** em acórdão assim ementado:

**"RECLAMAÇÃO ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALISMO DIGITAL (BLOG) PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO A DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC (1994) JORNALISTAS DIREITO DE CRÍTICA PRERROGATIVA**

**CONSTITUCIONAL** CUJO SUPORTE LEGITIMADOR **REPOUSA** NO PLURALISMO POLÍTICO (**CF**, ART. 1º, V), **QUE REPRESENTA** UM DOS FUNDAMENTOS **INERENTES** AO REGIME DEMOCRÁTICO **O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA** INSPIRADO **POR RAZÕES** DE INTERESSE PÚBLICO: **UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL** DE LIBERDADE **A SER PRESERVADA** CONTRA ENSAIOS **AUTORITÁRIOS** DE REPRESSÃO PENAL **E/OU** CIVIL **A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS FIGURAS PÚBLICAS A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO** POR EXCELÊNCIA (**RTJ 200/277**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **INADMISSIBILIDADE** DE CENSURA **ESTATAL**, **INCLUSIVE** DAQUELA IMPOSTA, **PELO PODER JUDICIÁRIO**, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, **NESTA COMPREENDIDA** A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA **E DE CRÍTICA TEMA EFETIVAMENTE VERSADO** NA **ADPF 130/DF**, CUJO JULGAMENTO **FOI INVOCADO**, DE MODO **INTEIRAMENTE** PERTINENTE, COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**.

**A liberdade de imprensa**, qualificada por sua natureza **essencialmente** constitucional, **assegura** aos profissionais de comunicação social, **inclusive** àqueles que praticam o jornalismo digital, **o direito** de opinar, de criticar (**ainda** que de modo veemente), de buscar, de receber **e** de transmitir informações e ideias **por quaisquer** meios, **ressalvada**, no entanto, **a possibilidade** de intervenção

judicial **necessariamente** a posteriori **nos casos** em que se registrar **prática abusiva** dessa prerrogativa de ordem jurídica, **inocorrente na espécie**, **resguardado**, sempre, **o sigilo da fonte** quando, **a critério** do próprio jornalista, **este** assim o julgar **necessário** ao seu exercício profissional. **Precedentes**.

**Não há** pessoas **nem** sociedades livres **sem** liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa **cujo exercício** por **não** constituir concessão do Estado **configura** direito **inalienável e privilégio inestimável de todos os cidadãos**. "Uma imprensa livre **é condição fundamental** para que as sociedades **resolvam** seus conflitos, **promovam** o bem-estar **e protejam** sua liberdade" (**Declaração de Chapultepec**).

**A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer** qualquer sanção, direta **ou** indireta, **em razão** da prática legítima dessa franquia **outorgada** pela própria Constituição da República), **oponível**, por isso mesmo, a qualquer pessoa, **inclusive** aos agentes, autoridades **e** órgãos do Estado, **qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar** o exercício do direito fundamental de livremente buscar **e** transmitir informações. **Doutrina. Precedentes** (**Inq 870/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO **Rcl 21.504-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**A crítica** que os meios de comunicação social **e** as redes digitais **dirigem** às **pessoas públicas**,

**por mais dura e veemente** que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, **as limitações externas que ordinariamente resultam** dos direitos de personalidade.

**Não induz** responsabilidade civil, **nem autoriza** a imposição de multa cominatória **ou** astreinte (**Rcl 11.292-MC/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **Rcl 16.434/ES**, Rel. Min. ROSA WEBER - **Rcl 18.638/CE**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO - **Rcl 20.985/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **a publicação** de matéria jornalística cujo conteúdo **divulgue** observações em caráter mordaz **ou** irônico **ou**, então, **veicule** opiniões em tom de crítica severa, dura **ou**, até, impiedosa, **ainda mais se** a pessoa a quem tais observações forem dirigidas **ostentar** a condição **de figura pública investida**, ou não, **de autoridade governamental**, **pois**, em tal contexto, **a liberdade** de crítica **qualifica-se** como verdadeira **excludente anímica**, **apta a afastar** o intuito doloso de ofender. **Jurisprudência. Doutrina.**

O Supremo Tribunal Federal **tem destacado**, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, **a necessidade** de preservar-se a prática da liberdade de informação, **resguardando-se**, inclusive, **o exercício** do direito de crítica que dela emana, **por tratar-se** de prerrogativa essencial **que se qualifica** como um dos suportes axiológicos **que conferem** legitimação material **à própria concepção** do regime democrático.

**Mostra-se incompatível** com o pluralismo de

ideias, **que legitima** a divergência de opiniões, **a visão** daqueles **que pretendem negar** aos meios de comunicação social (**e** aos seus profissionais) **o direito** de buscar **e** de interpretar as informações, **bem assim** a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. **Arbitrária**, desse modo, **e inconciliável** com a proteção constitucional da informação **a repressão**, **ainda que civil**, à crítica jornalística, **pois** o Estado **inclusive seus Juizes e Tribunais não dispõe** de poder algum **sobre** a palavra, **sobre** as ideias **e sobre** as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal (**AI 705.630-AgR/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Jurisprudência comparada** (Corte Europeia de Direitos Humanos **e** Tribunal Constitucional Espanhol).

(**Rcl 15.243-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**A crítica jornalística**, desse modo, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** atividade de interesse da coletividade em geral, **pois** o interesse social, **que legitima** o direito de criticar, **sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades** que possam revelar as figuras públicas, **independentemente** de ostentarem qualquer grau de autoridade.

**É por isso que a crítica** que os meios de comunicação social, **inclusive em ambiente digital**, **dirigem** às pessoas públicas, **por mais acerba, dura**

e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade (AI 705.630-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É importante acentuar, assim, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística, ainda que em ambiente digital, cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente animica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.

Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o animus injuriandi vel diffamandi, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa, que não pode sofrer, em consequência, embaraço, mesmo de índole jurisdicional, como sucede no caso de condenação do profissional de imprensa ao pagamento de elevada indenização civil ou na hipótese de remoção de material jornalístico ou de imagem, sob pena de multa cominatória.

Expressivo dessa visão pertinente à plena

legitimidade do direito de crítica, fundado na liberdade constitucional de comunicação, é o julgamento que, proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça e em tudo aplicável ao caso ora em exame, está assim ementado:

**"RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL (...) DIREITO DE INFORMAÇÃO - 'ANIMUS NARRANDI' - EXCESSO NÃO CONFIGURADO (...).**

(...)

**3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (animus criticandi) ou a narrar fatos de interesse coletivo (animus narrandi), está sob o pálio das excludentes de ilicitude (...), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.**

(REsp 719.592/AL, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - grifei)

Não é por outro motivo que a jurisprudência dos Tribunais com apoio em magistério expendido pela doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Manual

de **Direito Penal**", vol. 2/147 e 151, 7ª ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 400, 407 e 410/411, 4ª ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "**Direito Penal Crimes contra a pessoa**", p. 236/240, 2ª ed., 1973, RT, *v.g.*) **tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar** (tal como sucedeu na espécie) **atua como fator de descaracterização da vontade consciente e dolosa de ofender a honra de terceiros, a tornar legítima, em consequência, a crítica a estes feita, ainda que por meio da imprensa** (RTJ 145/381 RTJ 168/853 RT 511/422 RT 527/381 RT 540/320 RT 541/385 RT 668/368 RT 686/393), **eis que insista-se "em nenhum caso deve afirmar-se que o dolo resulta da própria expressão objetivamente ofensiva"** (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "**Lições de Direito Penal Parte especial**", vol. II/183-184, 7ª ed., Forense grifei), **valendo referir**, por oportuno, **decisão que proferi**, a propósito do tema, **neste Supremo Tribunal Federal:**

**"LIBERDADE DE IMPRENSA** (CF, ART. 5º, IV, *c/c* O ART. 220). **JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO** (CF, ART. 1º, V), **QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INES- TIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA**

CONTRA ENSAIOS **AUTORITÁRIOS DE REPRES- SÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA.**"

(RTJ 200/277, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Entendo relevante destacar, no ponto, que essa matéria foi efetivamente debatida no julgamento da ADPF 130/DF, em que também se analisou a questão sob a perspectiva do direito de crítica cuja prática mostra-se apta a descaracterizar a vontade consciente e dolosa de ofender a honra de terceiros** (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "**A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "**Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, *v.g.*), **em ordem a reconhecer que essa prerrogativa dos pro- fissionais de imprensa revela – se particularmente expressiva quando a crítica, exercida pelos "mass media" ou pelos "social media" e justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial.**

**Daí a existência de diversos julgados que, profe- ridos por Tribunais judiciais, referem-se à legiti- midade da atuação jornalística, considerando, para**

tanto, a necessidade do permanente escrutínio social a que se acham sujeitos aqueles que, exercentes, ou não, de cargos oficiais, qualificam-se como figuras públicas ou notórias:

**"Responsabilidade civil Imprensa**  
**Declarações que não extrapolam os limites**  
**do direito de informar e da liberdade de ex-**  
**pressão, em virtude do contexto a que se re-**  
**portava e por relacionar-se à pessoa pública**  
**Inadmissibilidade de se cogitar do dever de**  
**indenizar - Não provimento."**

(Apelação nº 502.243-4/3, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI - TJSP - grifei)

**"Indenização por dano moral. Matéria pu-**  
**blicada, apesar de deselegante, não afrontou**  
**a dignidade da pessoa humana, tampouco co-**  
**locou a autora em situação vexatória. Apelante**  
**era vereadora, portanto, pessoa pública sujeita**  
**a críticas mais contundentes. Termos dese-**  
**ducados utilizados pelo réu são insuficientes**  
**para caracterizar o dano moral pleiteado.**  
**Suscetibilidade exacerbada do pólo ativo não**  
**dá supedâneo à verba reparatória pretendida.**  
**Apelo desprovido."**

(Apelação Cível nº 355.443-4/0-00, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA - TJSP - grifei)

**"INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CI-**  
**VIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MATÉ-**  
**RIA QUE TRADUZ CRÍTICA JORNALÍSTICA.**

**AUTORA QUE, NO EXERCÍCIO DE CARGO**  
**PÚBLICO, NÃO PODE SE FURTAR A CRÍTICAS**  
**QUE SE LHE DIRIGEM. CASO EM QUE FERIDA**  
**MERA SUSCETIBILIDADE, QUE NÃO TRADUZ**  
**DANO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DO COM-**  
**PORTAMENTO DOS RÉUS. DIREITO DE CRÍ-**  
**TICA QUE É INERENTE À LIBERDADE DE IM-**  
**PRENSA. VERBA INDEVIDA. AÇÃO JULGADA**  
**IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA.**  
**RECURSO PROVIDO, PREJUDICADO O APELO**  
**ADESIVO. (...)."**

(Apelação Cível nº 614.912.4/9-00, Rel. Des. VITO GUGLIELMI - TJSP - grifei)

**"INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL.**  
**DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA**  
**DE ILICITUDE. PUBLICAÇÃO DE ARTIGO EM**  
**REVISTA COM REFERÊNCIAS À PESSOA DO AU-**  
**TOR. INFORMAÇÕES COLETADAS EM OUTRAS**  
**FONTES JORNALÍSTICAS DEVIDAMENTE INDI-**  
**CADAS. AUSÊNCIA DE CONOTAÇÃO OFENSIVA.**  
**TEOR CRÍTICO QUE É PRÓPRIO DA ATIVIDADE**  
**DO ARTICULISTA. AUTOR, ADEMAIS, QUE É**  
**PESSOA PÚBLICA E QUE ATUOU EM FATOS DE**  
**INTERESSE PÚBLICO. SENTENÇA MANTIDA.**  
**RECURSO IMPROVIDO."**

(Apelação Cível nº 638.155.4/9-00, Rel. Des. VITO GUGLIELMI TJSP grifei)

**"(...) 03. Sendo o envolvido pessoa de vida**  
**pública, uma autoridade, eleito para o cargo**  
**de Senador da República após haver exercido**

o cargo de Prefeito do Município de Ariquemes/RO, **condição que o expõe à crítica da sociedade** quanto ao seu comportamento, **e levando-se** em conta que **não** restou provado **o animus de ofender, tenho que o Jornal não pode ser condenado** ao pagamento de indenização por danos morais.

**04. Deu-se provimento ao recurso. Unânime."**

**(Apelação Cível nº 2008.01.5.003792-6, Rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA - TJDF - grifei)**

**"A notoriedade** do artista, **granjeada** particularmente em telenovela de receptividade popular acentuada, **opera por forma a limitar sua intimidade pessoal, erigindo-a em personalidade de projeção pública**, ao menos num determinado momento. **Nessa linha de pensamento, incorreu iliceidade** ou o propósito de locupletamento para, **enriquecendo** o texto, **incrementar** a venda da revista. (...) **cuida-se de um ônus natural, que suportam** quantos, em seu desempenho **exposto** ao público, **vêm a sofrer** na área de sua privacidade, **sem** que se aviste, no fato, **um gravame à reserva pessoal** da reclamante.

**(JTJ/Lex 153/196-200, 197/198, Rel. Des. NEY ALMADA - TJSP - grifei)**

**É por tal razão, como assinala VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR ("A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", p. 87/88, 1997, Editora FTD), que o reconhecimento**

**da legitimidade** do direito de crítica **que constitui** "pressuposto do sistema democrático" **qualifica-se**, por efeito de sua natureza mesma, **como verdadeira** "garantia institucional da opinião pública".

**É relevante observar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, advertiu que a limitação** do direito à informação (e, também, do poder-dever de informar), quando caracterizada **mediante (inadmissível) redução** de sua prática "ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, **não se mostra** constitucionalmente aceitável **nem compatível** com o pluralismo, a tolerância (...), **sem os quais** não há sociedade democrática (...)" **(Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).**

Essa **mesma** Corte Europeia de Direitos Humanos, **no julgamento** do Caso Lingens **(Sentença de 08/07/1986)**, **após assinalar** que "a **divergência** subjetiva de opiniões **compõe** a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação", **acentua** que a "imprensa" **tem a incumbência**, por ser essa a sua missão, **de publicar** informações **e idéias** sobre as questões que se discutem no terreno político **e em outros setores de interesse público (...), vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem negar** à imprensa **o direito de interpretar** as informações **e de expender as críticas** pertinentes.

**Não foi por outro motivo e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) que o**

**Tribunal Constitucional espanhol, ao proclamar as Sentenças nº 6/1981** (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), **nº 12/1982** (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), **nº 104/1986** (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e nº 171/1990** (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se** a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimação material **à própria** concepção do regime democrático, **e de repudiar, como necessário efeito consequencial, a imposição de indenização civil** ao profissional dos meios de comunicação.

**É preciso advertir, bem por isso, notadamente** quando se busca promover **a repressão à crítica jornalística mediante condenação judicial ao pagamento de indenização civil, que o Estado inclusive o Judiciário não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas** pelos profissionais dos meios de comunicação social ("mass media" e "social media").

**Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente** mencionado, **representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade, **nem mesmo a autoridade judiciária, pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política **e em outras questões** que envolvam temas de natureza filosófica,

ideológica ou confessional **ou estabelecer** padrões de conduta cuja observância *implique restrição* aos meios de divulgação do pensamento, **como sucede, p. ex., nas hipóteses** em que o Judiciário **condena** o profissional de imprensa **a pagar indenizações pecuniárias de natureza civil, muitas vezes** arbitradas em valores elevados **que culminam por inibir, ilegítima, indevida e inconstitucionalmente, o próprio** exercício da liberdade fundamental de expressão do pensamento.

**E a razão é uma só:** "o direito de pensar, falar e escrever livremente, **sem** censura, **sem** restrições **ou sem** interferência governamental", **representa, conforme adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "**o mais precioso privilégio dos cidadãos**" (...) ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

**Cumprе rememorar, por relevante, tal como o fiz** em anterior decisão **neste** Supremo Tribunal Federal (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **fragmento expressivo** da obra de SÉRGIO FERNANDO MORO ("**Jurisdição Constitucional como Democracia**", p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), **em que esse eminente autor põe em destaque** um "*landmark ruling*" da Suprema Corte norte-americana no caso "*New York Times Co. v. Sullivan*" (1964), **a propósito** do tratamento que esse Alto Tribunal **dispensa** à garantia constitucional da liberdade de expressão:

"A Corte **entendeu** que a liberdade de expressão **em assuntos públicos** deveria de todo modo **ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida** pela liberdade de expressão, **salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou** com desconsideração negligente em relação à verdade. **Diz o voto condutor** do Juiz William Brennan:

**'(...) o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais.'**"(grifei)

Essa **mesma** percepção **em torno** do tema *insista-se* **tem sido manifestada pela jurisprudência dos Tribunais, em pronunciamentos que se orientam em sentido favorável** à postulação reclamatória **deduzida** pelos ora reclamantes, **que agiram, na espécie, segundo entendo, com o ânimo** de informar e de expender crítica, **em comportamento amparado pela liberdade constitucional de comunicação, em contexto** que claramente **descaracteriza** qualquer imputação, **a eles, de responsabilidade civil pela matéria que divulgaram:**

**"RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PUBLICADA EM REVISTA SEMANAL. VIÉS CRÍTICO SOBRE**

## **TERAPIAS ALTERNATIVAS. LIBERDADE DE IMPRENSA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS.**

**1. A liberdade de imprensa, garantia inerente** a qualquer Estado que se pretenda democrático, **autoriza** a publicação de matéria **que apresente críticas** a quaisquer atividades."

(REsp 828.107/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS - grifei)

**"Críticas inerentes** à atividade jornalística.

**Estado Democrático cabe à imprensa** o dever de informar.

**Art. 5º, IV e X, da Constituição. Idéias e opiniões pessoais são livres. Garantia constitucional.**

**Vida pública todos** estão sujeitos a críticas favoráveis **ou** desfavoráveis.

(...)

**"Exercício da crítica não produz lesão moral."**

(Apelação Cível nº 2006.001.21477/RJ, Rel. Des. WANY COUTO - grifei)

## **"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS LIBERDADE DE IMPRENSA DIVULGAÇÃO DE FATOS ENVOLVENDO O AUTOR AUSÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO.**

**1 - A liberdade de imprensa deve ser exercida com a necessária responsabilidade, para que não resulte em prejuízo à honra, à imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida na notícia.**

**2 Não tendo as matérias publicadas ultrapassado os limites legais e constitucionais do direito de informação, afasta-se a ocorrência de dano moral, eis que ausente a intenção de lesar ou prejudicar outrem."**

**(Apelação Cível nº 2004.01.1.063638-4/DF, Rel. Des. HAYDEVALDA SAMPAIO grifei)**

**Impõe-se reconhecer que esse entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que, em hipótese assemelhada à ora em exame, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:**

**"Direito à informação (CF, art. 220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. RE conhecido e provido."**

**(RE 208.685/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - grifei)**

Essa **mesma** compreensão **em torno** do tema **foi revelada**, no presente caso, **em fundamentado parecer** do Ministério Público Federal, **cujas correta manifestação favorável à pretensão dos ora reclamantes vale ser reproduzida:**

**"No julgamento da ADPF 130, essa Suprema Corte assentou balizas para a ponderação relativa ao conflito entre liberdade de imprensa e direito à honra e à imagem (...)**

**(...)**

**As decisões reclamadas, por seu turno, representam afronta direta ao "decisum" transcrito, pois, mediante juízo de cognição sumária, ordenaram a supressão de matéria jornalística em virtude de seu conteúdo, negligenciando a plenitude da liberdade de imprensa em face de qualquer censura prévia. Ademais, passaram ao largo da determinação no sentido de que a proteção aos direitos da personalidade deve ter incidência a posteriori.**

**Os atos questionados, a partir de dispositivo constitucional que garante indenização em caso de danos decorrentes do exercício da liberdade de imprensa, qual seja, o artigo 5º, inciso X, da Carta da República, concluíram ter o Judiciário um papel de verdadeiro controle preventivo de conteúdo do material veiculado.**

**Esse Supremo Tribunal entende que tal comportamento representa afronta à autoridade da decisão proferida na ADPF adotada como paradigma (...)**

**(...)**

**Em face do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela procedência da reclamação, com a confirmação da liminar**

***inicialmente deferida, restando prejudicado o agravo regimental interposto." (grifei)***

***Impende destacar, ainda, no sentido*** ora exposto ***e ante a inquestionável*** procedência de suas observações, ***fragmento*** da decisão ***proferida*** pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, ***que, no exercício da Presidência*** desta Suprema Corte, ***durante*** o período do recesso forense, ***deferiu*** o pedido cautelar ***formulado*** nestes autos pelos ora reclamantes:

***"7. Em reclamação, a discussão sobre a adequação de determinação de retirada de notícias e matérias da rede internet por decisões judiciais em possível contrariedade ao decidido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF não é nova neste Supremo Tribunal Federal.***

***8. Ao analisar a Reclamação n. 16.074-MC-AgR/SP, caso análogo ao vertente, o Ministro Celso de Mello, também Relator do presente processo, asseverou:***

***(...)***

***E ainda: Rcl 19.548-AgR/ES, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 15.12.2015; Rcl 18.186/RJ, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 14.3.2018; Rcl 26.978/CE, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJ 31.8.2017; Rcl 27.040-MC/MS, Relator o Ministro Edson Fachin,***

***decisão monocrática, DJ 26.6.2017; Rcl 25.075/PB, Relator o Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, DJ 3.4.2017.***

***9. Como salientado pelo Relator da presente Reclamação, Ministro Celso de Mello, 'o exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inadmissível censura estatal' (Rcl 21.504-AgR/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 11.12.2015).***

***Tanto não significa: a) adiantar juízo de mérito quanto ao conteúdo do que veiculado em sítios da internet ; b) autorizar o exercício irrestrito e ilimitado das liberdades de expressão, de imprensa e de opinião pelos Reclamantes, c) tampouco 'menosprezar a honra e a imagem de eventuais ofendidos, mas a afirmar que esses bens jurídicos devem ser tutelados, se for o caso, com o uso de outros instrumentos de controle que não importem restrições imediatas à livre circulação de ideias, como a responsabilização civil ou penal e o direito de resposta' (Rcl 23.364/GO, Relator o Ministro Roberto Barroso, decisão monocrática, DJ 28.5.2018).***

***10. Como noticiado no sítio do Tribunal de Justiça do Paraná, o acórdão do Agravo de***

Instrumento n. 171.4717-4 foi disponibilizado em 29.6.2018 e publicado em 4.7.2018 a justificar a atuação excepcional desta Presidência, pois a decisão liminar confirmada pelo Tribunal local determina que 'a parte requerida providencie a retirada da matéria e da imagem do autor do seu site, em especial o conteúdo contido no endereço virtual indicado na inicial, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais)' (doc. 5).

**11. Pelos documentos que instruem estes autos parece evidenciado o descumprimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF.** Impõe-se, portanto, o deferimento da medida liminar requerida, ao menos nesse juízo de delibação, próprio do exame das medidas cautelares, eis que a determinação de se inibir o conteúdo questionado e que será objeto de julgamento de mérito na fase e pela forma processualmente devida na ação em tramitação na instância própria não se harmoniza com a jurisprudência deste Supremo Tribunal.

**Mesmo sendo os termos aproveitados nas matérias em questão possíveis de serem submetidas ao crivo de Poder Judiciário,** a decisão provisória não traduz a urgência alegada para os fins até mesmo de definição de multa, na forma em que se deu, porque seria estabelecer, de plano e em contradição à jurisprudência deste Supremo Tribunal, uma atuação judicial censória.

**Considere-se, ainda, o risco à liberdade de expressão,** encarecida constitucionalmente e que não pode ser desacolhida, nos termos vigentes (art. 220 da Constituição da República). Esse princípio não pode ser vulnerado sob pena de se colocar em perigo o acatamento pleno da regra proibitiva da censura.

**Note-se, ainda, que a matéria questionada foi veiculada em 2016, pelo que a definição do prazo de setenta e duas horas para a sua retirada da rede de divulgação sob pena de alta multa definida em caráter liminar, desgarnece o critério da proporcionalidade.** A retirada da matéria divulgada, dois anos após a sua veiculação, repõe em foco o que se pretende deixe de ser objeto de atenção.

**12. Pelo exposto, para garantir a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal, defiro a medida liminar para determinar a suspensão da decisão do Juízo da Décima Quinta Vara Cível de Curitiba/PR Processo n. 0006593 – -34.2017.8.16.0194, confirmada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná nos autos do Agravo de Instrumento n. 171.4717-4, sem prejuízo de reexame da questão pelo Ministro Relator, após o término do recesso judiciário." (grifei)**

**Em suma: a liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em**

**que se apoia** a própria noção de Estado Democrático de Direito, **não pode ser restringida**, *ainda que em sede jurisdicional*, **pela prática** da censura estatal, *sempre ilegítima e impregnada de caráter protei-forme*, **eis que se materializa**, *"ex parte Principis"*, por qualquer meio **que importe** em interdição, em inibição, em embaraço **ou** em frustração dessa **essencial** franquia constitucional, **em cujo âmbito compreende-se**, *por efeito de sua natureza mesma*, **a liberdade de imprensa.**

**Sendo assim**, pelas razões expostas, **com apoio** em delegação regimental (**RISTF**, art. 161, parágrafo único, **na redação** dada pela Emenda Regimental nº 13, de 25/03/2004) **e tendo em vista**, *ainda*, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, *que acolho*, **julgo procedente** esta reclamação, **para invalidar tanto a decisão proferida** pelo Juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Curitiba/PR (**Processo** nº 0006593 – -34.2017.8.16.0194), *quanto o acórdão* do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, *em sede recursal* (**Agravo de Instrumento** nº 1714717-4 **e Agravo** nº 1714717-4/01), **veio a confirmá-la**, *restando prejudicado*, em consequência, **o exame** do "agravo interno" **interposto contra** a decisão da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, **que deferiu**, *em favor dos reclamantes*, **o provimento cautelar** por eles postulado.

**Comunique-se**, *transmitindo-se cópia da presente decisão* aos órgãos judiciários **que ora figuram** como reclamados.

**Arquivem-se** estes autos.

Publique-se.

Brasília, 29 de abril de 2019.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

## MISSÃO

*Coube ao Ministro Celso de Mello a redação da missão do Supremo Tribunal Federal, a qual, assim como um farol, uma bússola, norteia a Suprema Corte brasileira no papel de guardião da Constituição Cidadã de 1988.*

"Incumbe, ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho de suas altas funções institucionais e como garantidor da intangibilidade da ordem constitucional, o grave compromisso – que lhe foi soberanamente delegado pela Assembleia Nacional Constituinte – de velar pela integridade dos direitos fundamentais, de repelir condutas governamentais abusivas, de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a injustas perseguições e a práticas discriminatórias, de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal e de nulificar os excessos do Poder e os comportamentos desviantes de seus agentes e autoridades, que tanto deformam o significado democrático da própria Lei Fundamental da República."

*Celso*

