

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V. 11, n. 24, jan./jun. 2014

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do  
**Ministério Público Catarinense**

v. 11, n. 24, janeiro/junho 2014  
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 11	n. 24	p. 202	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

# Atuação

Revista Jurídica do

## Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio

Leandro Garcia Machado

Nuno de Campos

Rogério Ponzi Seligman

Sandro Ricardo Souza

Silvana do Prado Brouwers

### Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

**As opiniões emitidas nos artigos  
são de responsabilidade  
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de  
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação  
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mpsc.mp.br](mailto:revistajuridica@mpsc.mp.br)

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /  
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa  
Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. -  
v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACMP,  
2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,  
2009- .  
v. 11, n. 24, jan./jun. 2014.  
ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II.  
Associação Catarinense do Ministério Público.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: novembro de 2016

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224-4600 e 3224-4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229-9000  
[pgj@mpsc.mp.br](mailto:pgj@mpsc.mp.br)  
[www.mpsc.mp.br](http://www.mpsc.mp.br)

**Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

**Procurador-Geral de Justiça**

Sandro José Neis

**Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos**

Vera Lúcia Ferreira Copetti

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais**

Fábio de Souza Trajano

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos**

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

**Colégio de Procuradores de Justiça**

*Presidente:* Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarielli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Sandro José Neis

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda

Murilo Casemiro Mattos

Sidney Eloy Dalabrida

Fábio Strecker Schmitt

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Marcílio de Novaes Costa - *Secretário*



## **Conselho Superior do Ministério Público**

### **Membros Natos**

*Presidente:* Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça  
Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

### **Representantes do Colégio de Procuradores**

Odil José Cota  
Pedro Sérgio Steil  
Vera Lúcia Ferreira Copetti

### **Representantes da Primeira Instância**

Narcísio Geraldino Rodrigues  
Gladys Afonso  
Gercino Gerson Gomes Neto  
Fábio de Souza Trajano  
Ivens José Thives de Carvalho  
Durval da Silva Amorim  
Américo Bigaton  
Rui Arno Richter

### **Secretário-Geral**

Fernando da Silva Comin

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

Gilberto Callado de Oliveira

### **Subcorregedor-Geral**

José Galvani Alberton



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

Luciano Trierweiler Naschenweng

### **Presidente**

Luiz Adalberto Villa Real

### **Vice-Presidente**

Gilberto Assink de Souza

### **1º Secretário**

Marcos Augusto Brandalise

### **2º Secretário**

João Carlos Linhares Silveira

### **Diretor Financeiro**

Sandro Ricardo Souza

### **Diretor de Patrimônio**

Caroline Cabral Zonta

### **Diretora Cultural e de Relações Públicas**

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

### **Diretora Administrativa**

Sônia Maria Demeda Groisman Piardi

### **Diretora da Escola do Ministério Público de Santa Catarina**

### **Conselho Fiscal**

Marcelo de Tarso Zanellato

Abel Antunes de Mello

Helen Crystine Corrêa Sanches

Fabício José Cavalcanti

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

### **Conselho Consultivo**

Simão Baran Júnior

Jorge Eduardo Hoffmann

Luciana Uller

Rodrigo César Barbosa

Max Zuffo

Bruno Bolognini Tridapalli

Deize Mari Oeschler

Sandra Faitlowicz Sachs

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Alexandre Carrinho Muniz

Anderson Adilson de Souza

Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese

Cyro Luiz Guerreiro Júnior

Joaquim Torquato Luiz



# SUMÁRIO

## CONSTITUCIONAL

SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRÍADE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....9

Luiz Eduardo Dias Cardoso

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE VERSUS O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NAS APOSENTADORIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS: O ENTENDIMENTO DO STF E DO TJSC.....33

Silvane Dresch

## CRIMINAL

O PLANTÃO POLICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA.....63

Vinicius Secco Zoponi

AGRAVANTES E ATENUANTES NO PROCEDIMENTO DO JÚRI POPULAR: NOVO PARADIGMA A CONSIDERAR .....111

Raul Schaefer Filho

A REVISÃO CRIMINAL CONTRA CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI.....121

César Danilo Ribeiro de Novais

## CIVIL

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS CAUSA MORTIS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO DE CUJUS.....137

Naiara Czarnobai Augusto

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira

## ORDEM TRIBUTÁRIA

TREDESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP): A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE POLÍTICO E A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....169

Beatriz Machado Beneton

Fabiana da Rosa Mondo

Thiago Mondo Zappellini

#### **PEÇA PROCESSUAL**

QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS PROCESSO JUDICIAL SIG N. 08.2014.00308733-0 .....195

Alexandre Volpatto

CONSTITUCIONAL

# SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

**Luiz Eduardo Dias Cardoso***Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso: preceitos implícitos, porém de alta relevância. 1.1 O princípio da (ou direito à) segurança jurídica. 1.2 A proteção da confiança. 1.3. O princípio da vedação ao retrocesso. 2 O alcance da proibição de retrocesso em face dos direitos sociais. Considerações Finais. Referência.

## RESUMO

O presente artigo objetiva discorrer acerca do papel desempenhado por três princípios constitucionais – a segurança jurídica, a proteção da confiança e a proibição de retrocesso – na garantia e na manutenção dos direitos sociais, evidenciando, inicialmente, as peculiaridades ínsitas à relação entre estes e os preceitos sobreditos, para, após, cimentar o caminho mediante a exposição de aspectos gerais acerca da segurança jurídica e da proteção da confiança, e, ao fim, tecer considerações acerca da proibição de retrocesso, demonstrando a dimensão da restrição que

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 9 - 32	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	-----------	----------------

se impõe a medidas retrocessivas, bem como, quais as condições para que estas possam se operar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança jurídica. Proteção da confiança. Proibição de retrocesso. Direitos sociais.

## ABSTRACT

This article aims to discuss about the role played by three constitutional principles – legal certainty, confidence protection and prohibition of regression – in ensuring and maintaining social rights, showing, initially, the peculiarities of the relationship between them and the aforesaid principles. After cementing the way by the exposure of general aspects about the legal certainty and confidence protection, and, at the end, some considerations about prohibition of regression, the text shows the size of the restriction that is imposed on regressive measures, and what are the conditions to enable them to operate.

**KEYWORDS:** Legal certainty. Prohibition of regression. Social rights. Confidence protection.

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais constituem a parte mais sensível dentre os direitos constitucionalmente garantidos pela lei fundamental aos cidadãos, dada a sua vulnerabilidade em face de mudanças na conjuntura socioeconômica.

É o que afirma Theodoro Jr.: “quem diz direito, acima de tudo diz paz, paz no relacionamento daqueles que compõem o tecido social do estado de direito. Não é para outro fim que o direito organiza o Estado Democrático”<sup>1</sup>.

Assim, é necessária a criação de institutos jurídicos que protejam tais direitos, sem contudo, inviabilizar que sejam reformados.

---

1 THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 136. p. 32. Jun. 2006, p. 43. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>. Acesso em 20 fev. 2015.

Para tanto, o presente artigo busca analisar o princípio da vedação de retrocesso.

Antes, porém, impende discorrer acerca da segurança jurídica e da proteção da confiança – dois preceitos que se relacionam, intimamente, com a proibição de retrocesso e que lhe dão sustento.

Pavimentado o caminho mediante a exposição dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, chega-se, então, ao ponto fulcral deste trabalho, que se ocupa de verificar o papel e a extensão do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, dada a já aludida vulnerabilidade destes.

## **1 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: PRECEITOS IMPLÍCITOS, PORÉM DE ALTA RELEVÂNCIA**

### **1.1 O PRINCÍPIO DA (OU DIREITO À) SEGURANÇA JURÍDICA**

O direito tem por fim precípua a obtenção de paz social; em verdade, mais que a obter, visa a mantê-la, sendo necessário, para tanto, garantir a estabilidade de situações jurídicas em que se encontram os destinatários das normas.

Fala-se, nesse contexto, em segurança jurídica, que figura, concomitantemente, como direito e princípio.

É direito de que gozam os cidadãos à medida que o Estado deve lhes assegurar uma estabilidade razoável nas suas relações jurídicas, bem como, de modo geral, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. Acerca desses três elementos, cuja proteção, em nível constitucional e mesmo infraconstitucional, constitui corolário da segurança jurídica, discorrem Oliveira e Siqueira Jr.<sup>2</sup>:

O texto constitucional, combinado com o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], estabelece os casos de irretroatividade da norma jurídica, com a finalidade de garantir a estabilidade dos direitos subjetivos: o direito

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26-27.

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O direito adquirido é aquele que já se incorporou ao nosso patrimônio ou personalidade. O ato jurídico perfeito é aquele que já se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, LICC). A coisa julgada é a decisão judicial de que não cabe mais recurso (art. 6º, § 3º, LICC c/c art. 467 do CPC).

Ainda a respeito da consagração do preceito em comento pelo ordenamento jurídico, Theodoro Jr. assinala:

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no art. 5.º, caput, da CF/1988, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do estado de direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta<sup>3</sup>.

Vale destacar, nesse contexto, que o panorama visualizado no direito brasileiro – em que a segurança jurídica não figura explicitamente, a despeito de ter manifestações suas pulverizadas no texto constitucional e de ser princípio informativo de todo o ordenamento jurídico – não difere daquilo que se encontra no além mar<sup>4</sup>.

3 THEODORO JR. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 35.

4 A título ilustrativo, recorre-se, uma vez mais, à lição de Theodoro Jr., que assim explica: “Em Portugal, v.g., embora a Constituição não consagre de maneira direta e textual o princípio da segurança jurídica, no enunciado dos fundamentos do Estado de Direito Democrático (art. 2.º da CF/1988, doutrina e jurisprudência estão acordes em que dito princípio “decorre necessariamente da idéia de Estado de direito e, assim, o têm por consagrado pela Constituição”. Não é diferente o posicionamento do direito grego, segundo o qual “o princípio da segurança jurídica é um elemento substancial do Estado de direito, que é o fundamento jurídico da dignidade humana, que o Estado democrático deve respeitar e proteger”. Tal como se passa em Portugal, também na Constituição dos Estados Unidos não há uma expressa menção ao princípio da segurança jurídica. A jurisprudência, no entanto, chega à segurança jurídica indiretamente, por meio da aplicação da exigência de não-retroatividade e do respeito à cláusula do due process. Pode-se, então, alcançar à concepção, por via jurisprudencial, de que o princípio de segurança jurídica também é visto como “um componente essencial” do Estado de direito e que “o sistema constitucional americano não ficaria realmente fora de suas exigências”. Na Itália, em que o princípio da legalidade sofreu pesados comprometimentos durante o regime fascista, quando o autoritarismo e arbitrariedade fizeram escola, a doutrina contemporânea valoriza o princípio da segurança jurídica, fazendo-o corresponder à idéia de “certeza de direito”. Na concepção jurisprudencial muito se tem discutido a propósito do tema e, mesmo no silêncio da Constituição, a Corte Constitucional italiana já proclamou que a “segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado democrático”, 8e que deve ser definida como “um princípio supremo”, ao afirmar que “a confiança

Acerca da segurança jurídica como direito, é precisa a lição de Sarlet:

[...] é certo que o clamor das pessoas por segurança [...] e [...] por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram

---

do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito". Goze ou não do elevado grau de princípio supremo, na ordem constitucional italiana, o certo é que o princípio de segurança jurídica na doutrina e jurisprudência daquele país ocupa uma posição superior à de simples princípio geral de direito. A segurança jurídica insere-se numa ordem superior, para desfrutar do status de "um princípio constitucional não-escrito, que pode interligar-se com diversas exigências e com diversos outros princípios", e que, na realidade, desempenha um papel de "importância fundamental para o funcionamento do Estado de Direito Democrático". Na Alemanha, onde em passado de lastimável memória se ofenderam profundamente as idéias de liberdade e dignidade humana, seu atual Direito Constitucional, voltado para o resgate da democracia e dos direitos da personalidade, atribui à segurança jurídica o status de um princípio, mais precisamente de um imperativo (Gebot der Rechtssicherheit) portador de um valor constitucional. Não se trata de um valor próprio, mas algo derivado do princípio geral do Estado de Direito, no sentido da Lei Fundamental. Ou seja: "o princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, com a justiça (Gerechtigkeit), do princípio do Estado de direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção do Estado de direito, um valor constitucional. Isto decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como um componente essencial de tal proteção". A tal princípio - é bom dizer - não faz menção expressa a Constituição alemã. Sua feição constitucional irrecusável, no entanto, deriva da própria concepção da noção do Estado de direito concebido como forma institucional da Alemanha nos termos do art. 20 de sua Lei Fundamental. O princípio de segurança jurídica é considerado, no mesmo nível que a justiça, como elemento essencial, da noção de Estado de direito. O princípio de segurança jurídica, principalmente em razão da valorização dos direitos do homem no seio do direito comunitário, encontra grande sucesso no direito francês. Tem-se a consciência de que a segurança jurídica acompanha os desdobramentos da noção de estado de direito e atende às exigências de segurança impostas em face do desenvolvimento de um ambiente cada vez mais complexo e sujeito a evoluções cada vez mais incertas. Assim como o meio ambiente reclama atenção científica eficiente, o meio social também exige do legislador, para evitar penalizações excessivas, "regras jurídicas que sejam simples, claras, acessíveis e previsíveis". A presença do princípio da segurança jurídica no Direito Constitucional francês é interpretada como fruto da evolução do estado de direito de um sistema formal para um sistema que contém exigências materiais. Liga-se ao novo Estado em que se enfraquece o princípio da democracia majoritária e se reforça o sistema dos direitos fundamentais. Essa evolução busca superar a visão de um sistema fundado unicamente sobre o respeito à hierarquia das normas jurídicas para se interessar pelo conteúdo dessas normas. Diz-se então que o Estado de direito se organiza por meio de um sistema político e jurídico voltado para a proteção dos direitos fundamentais. É nesse Estado de direito preparado para tutelar os direitos fundamentais que aos princípios clássicos da separação dos poderes, da legalidade e da proporcionalidade, se agrega o princípio da segurança jurídica, dentro das exigências materiais do atual Estado de direito. Nos julgamentos do Conselho Constitucional da França, a propósito principalmente do princípio que exige a clareza e a precisão da lei, é que se revela a importância e a natureza do princípio de segurança jurídica. E nele se vê "uma exigência constitucional". Essa mesma ótica prevalece quando se trata da jurisprudência relativa à retroatividade das leis fiscais, classificando a irretroatividade, na espécie, como uma das imposições da segurança jurídica, a que se atribui a natureza de "uma das exigências constitucionais". Esse posicionamento do Direito Constitucional francês afina-se com todo o nível do direito comunitário europeu. Com efeito, "o princípio de segurança jurídica foi erigido pela Corte de Justiça das comunidades europeias ao grau de exigência fundamental". (THEODORO JR. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 37)

expressamente previstas no art. 5.<sup>o</sup>, assim como em outros dispositivos da Lei Fundamental<sup>5</sup>.

O primeiro ponto a se destacar do excerto doutrinário supra colacionado refere-se à definição da menção à segurança jurídica como direito humano e fundamental. Tais categorias, conquanto bastante semelhantes e mesmo utilizadas indistintamente – embora tal uso constitua um equívoco – correspondem a diferentes acepções de um direito. E é salutar explanar, ainda que brevemente, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, a fim de, logo de plano, averiguar a importância da segurança jurídica tanto no plano do ordenamento jurídico-constitucional quanto no âmbito internacional.

Assim, recorre-se, novamente, à lição de Sarlet<sup>6</sup>. De maneira bastante sintética, pode-se afirmar que direitos humanos estão atrelados à acepção de direitos dos quais são titulares absolutamente todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídico-constitucional em que se achem insertos, como decorrência da dignidade da pessoa humana, que é ínsita a todos os indivíduos. Os direitos fundamentais, por outro lado, atrelam-se à concepção de um ordenamento jurídico; não necessariamente estão positivados – uma vez que é possível o reconhecimento de um direito fundamental não positivado, como é aquele à segurança jurídica –, mas são, em geral, acolhidos pelo direito nacional. Assim, os direitos humanos, quando albergados por uma ordem jurídica, assumem, também, o caráter de direitos fundamentais.

A segurança jurídica, portanto, é tida como direito humano por constituir prerrogativa de todos os seres humanos, onde quer que estejam, uma vez que é decorrência da dignidade da pessoa humana; é direito fundamental – no Brasil, pelo menos –, ademais, porque recepcionada, ainda que implicitamente e em manifestações esparsas pelo texto constitucional, pelo ordenamento jurídico brasileiro. O duplo caráter de que se reveste o direito à segurança jurídica demonstra a importância que lhe é imputada pelo direito brasileiro. Para além de direito, é princípio, por constituir, inarredavelmente, figura central do moderno

5 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006. p. 6.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. 25 jan. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentes-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 15 fev. 2015.

Estado de Direito, uma vez que “um autêntico Estado de Direito é um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, o governo das leis poderá resultar em despotismo e toda sorte de iniquidades”<sup>7</sup>.

Aborda-se, sob esse aspecto, a segurança jurídica como subprincípio do princípio do Estado de Direito, segundo o qual o poder se rege e é exercido, necessariamente, balizado por normas. É evidente que o exercício de poder livre de amarras legais – característica inerente, por exemplo, aos Estados absolutistas – conduz, inexoravelmente, à insegurança jurídica, porquanto ausente qualquer diretriz normativa que confira previsibilidade à ordem jurídica.

Embora seja direito e princípio inerente aos Estados de Direito – concepção cristalizada pela Constituição Federal e desta indissociável – e, mesmo, pilar daqueles, a segurança jurídica raramente se acha expressamente positivada, a exemplo do que ocorre na lei fundamental brasileira. Contudo, tal fato não conduz, por óbvio, à conclusão de que a ordem jurídico-constitucional brasileira não acolheu a segurança jurídica – nem poderia fazê-lo.

Assim, embora não se encontre expressa em momento algum, a segurança jurídica, como um sobreprincípio, possui várias manifestações ao longo do texto constitucional.

Apenas a segurança, de modo genérico, tem referências expressas na Constituição Federal, esta menciona segurança no preâmbulo e a trata como um dos direitos invioláveis no artigo 5<sup>o</sup><sup>8</sup>, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade; mais, incumbe o Estado de garantir a segurança pública a todos, em seu artigo 144<sup>9</sup>.

E, não tendo abordado a segurança jurídica explicitamente, a Constituição Federal e mesmo normas internacionais não especificaram o contorno do direito à segurança jurídica, de sorte que não precisaram seu âmbito de atuação. Mesmo os principais documentos em matéria de

7 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 10.

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

9 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:  
I - polícia federal;  
II - polícia rodoviária federal;  
III - polícia ferroviária federal;  
IV - polícias civis;  
V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contém referência expressa a um direito à segurança jurídica – somente à segurança do indivíduo –, de maneira que, repise-se, a segurança jurídica somente se acha de modo implícito, como no âmbito criminal, quando se impede a irretroatividade de leis penais prejudiciais ao réu, bem como, de modo semelhante, na seara tributária<sup>10</sup>, com a atuação do princípio da anterioridade e suas decorrências; pode-se dizer que, genericamente, a segurança jurídica institui a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais, como nos exemplos supra mencionados.

Na mesma linha de pensamento, discorre Sarlet:

Muito embora em nenhum momento tenha nosso constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II), passando pela proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o art. 5.º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5.º, XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5.º, XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5.º, LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do art. 5.º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica<sup>11</sup>.

São várias, portanto, as manifestações da segurança jurídica na Constituição Federal, embora nenhuma faça referência expressa ao instituto ora abordado.

10 Mantendo a discussão na seara tributária, Marins destrincha a atuação da segurança jurídica nesse campo do Direito: “segurança material consiste na plena previsibilidade das regras de tributação, o que se logra tão-somente através da observância formal e material da reserva absoluta de lei, do princípio da estrita legalidade que se desdobra na tipicidade em matéria tributária (art. 150 da CF/1988, e seus diversos parágrafos e incisos). Segurança formal que se expressa no modus operandi administrativo revelado pelo procedimento de fiscalização e lançamento. Segurança processual revelada pela qualidade do procedural due process of law que baliza a atuação dos julgadores administrativos e judiciais, para a lide fiscal (art. 5.º da CF/1988) e seus diversos incisos)” (MARINS, James. *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 13-14).

11 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 11.

O caráter de destaque assumido pela segurança jurídica no direito nacional justifica-se, em boa parte, por sua vinculação com a segurança social – esta, sim, expressa e traduzida, basicamente, nos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social.

É necessário afiançar, a seguir que, muito embora intimamente ligada aos direitos sociais, a segurança não abrange somente esses, tampouco somente aqueles direitos consagrados pelo constituinte. A proteção conferida pela segurança jurídica estende-se para além dos direitos supramencionados, ocasião em que emergem as ideias de proteção da confiança e proibição de retrocesso – dois institutos a serem adiante analisados.

A segurança, de modo geral, atua com vistas a dirimir inseguranças de toda ordem: sejam aquelas relativas à economia ou à instabilidade social, ou mesmo concernentes a ondas reformistas que, de tempos em tempos, assolam o direito brasileiro, muito em virtude daquelas primeiras formas de insegurança aludidas.

Theodoro Jr. conceitua, então, a segurança jurídica nesse contexto de mudanças de toda ordem:

a segurança jurídica não é outra coisa senão a possibilidade reconhecida pelo operador econômico, fiscal, e por todos os jurisdicionados, de um meio jurídico seguro, posto ao abrigo das áleas e reviravoltas eventualmente ocorridas nas regras do ordenamento jurídico<sup>12</sup>.

E, precisamente acerca das desenfreadas mudanças legislativas, o mesmo autor formula pontual crítica:

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da Administração e do Judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

Falha, portanto, o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra,

12 THEODORO JR. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 39.

e realiza obra renovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica [...].

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem sido perpassado por uma onda intensa de revisão e atualização, tanto no terreno do direito público como do direito privado. Em nome do princípio da socialidade e da justiça, porém, nem sempre se tem destinado ao princípio de segurança jurídica a atenção que ele reclama<sup>13</sup>.

Em um cenário de aceleradas mudanças sociais, econômicas, geográficas e políticas – as quais, inexoravelmente, espriam-se ao direito –, a assecuração de segurança jurídica aos cidadãos se faz ainda mais indispensável à garantia de estabilidade social.

Assim, a eficácia e a efetividade do direito à segurança – ressaltado, neste escrito, o direito à segurança jurídica – assumem papel de destaque, o que de modo algum conduz, destaca Sarlet<sup>14</sup>, a uma total previsibilidade ou uma imutabilidade dos atos do poder público.

A segurança é um dos direitos – ou até mesmo conjunto de direitos, haja vista as diversas facetas de segurança que há, como, a título ilustrativo, a segurança pública, a segurança social e a segurança jurídica – que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana. Assim, a esta, que informa e permeia todo o ordenamento jurídico pátria, está umbilicalmente ligada à segurança jurídica.

Logo, a dignidade da pessoa humana achar-se-á violada onde quer que as pessoas não estejam em condições de, com razoáveis segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas, ou seja, onde não haja segurança jurídica.

De modo semelhante, é possível asseverar que os direitos fundamentais somente estarão suficientemente protegidos quando houver uma mínima segurança jurídica, considerada a relação entre esta e a dignidade humana, da qual os direitos fundamentais são explicitações. De outra forma, pode-se dizer que, somente havendo dignidade da pessoa humana onde houver segurança jurídica, a garantia desta é *conditio sine qua non* para a assecuração de direitos fundamentais.

13 THEODORO JR. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 38 e 43.

14 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 13.

Dessa forma, um *standard* minimamente desejável de segurança jurídica somente se alcança se assegurada a proteção da confiança do indivíduo e do corpo social.

Realizada a conexão entre a segurança jurídica e a proteção da confiança, discorrer-se-á acerca deste princípio no próximo subitem.

## 1.2 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

De plano, recorre-se à lição de Canotilho, a fim de evidenciar que, tanto quanto a já comentada segurança jurídica, a proteção da confiança também assume caráter principiológico e, apresentando mais uma semelhança com o primeiro princípio, igualmente só se encontra de modo implícito na Constituição Federal, o que não exclui o fato de que seus efeitos se estendem a toda a ordem jurídica:

O Estado Democrático de Direito conta com os princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança como elementos constitutivos da própria noção de estado de direito. [...]

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

O autor prossegue, citando as principais manifestações do princípio da proteção da confiança:

(1) Relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.

Por fim, completa o constitucionalista português:

O princípio da segurança jurídica exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal<sup>15</sup>.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo:

De modo semelhante, também relacionando à segurança jurídica e à proteção da confiança – e já antecipando uma menção à proibição de retrocesso –, Mathieu<sup>16</sup> desdobra aquele primeiro preceito em dois grandes grupos de exigências, que vão desde a forma até a substância das normas editadas pelo legislador democrático. Assim, a exigência de qualidade forma um dos grupos e a exigência de previsibilidade configura o outro grupo. Em nome da exigência de qualidade da lei atuam o princípio da clareza, o princípio da acessibilidade, o princípio da eficácia e o princípio da efetividade. No tocante à exigência de previsibilidade da lei, arrolam-se o princípio da não retroatividade, o princípio da confiança legítima, o princípio da estabilidade das relações contratuais e o princípio da proteção dos direitos adquiridos; este último, é evidente, constitui manifestação do princípio da vedação de retrocesso.

A fim de concluir este intuíto ao princípio da proteção da confiança, há que se considerar, nos termos de Zimmer, que

a confiança é considerada como conceito de base da democracia. Constitui o fundamento moral da democracia representativa (que começa com o mandato dos eleitores aos eleitos) e se propaga como fundamento de todas as relações travadas pelos cidadãos e os poderes públicos<sup>17</sup>.

Portanto, logo de início, constata-se a íntima relação entre a segurança jurídica e a proteção da confiança: são, reciprocamente, uma requisito para a existência da outra.

Une os dois princípios anteriormente mencionados, ademais, o fato de que a proteção da confiança não se acha, de modo explícito, positivada em lugar algum das normas brasileiras, mas tem manifestações pontuais – assim como ocorre com a segurança jurídica. Caso ilustrativo é o do princípio da boa-fé objetiva, que, embora seja, tradicionalmente, vinculado ao âmbito privado, também se espalha para o direito público, conforme discorre Di Pietro:

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os

---

Saraiva, 2003. p. 250-252.

16 MATHIEU, Bertrand. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999.* Paris: Economica, 2000. p. 193.

17 ZIMMER, Willy. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999.* Paris: Economica, 2000. p. 193.

atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros<sup>18</sup>.

E, muito embora a proteção da confiança seja princípio autônomo – mas dependente – da segurança jurídica, é possível afirmar que aquela constitui a dimensão subjetiva desta, isto é, enquanto a dimensão objetiva exige uma mínima continuidade do Direito, o caráter subjetivo se consubstancia na proteção da confiança do indivíduo na continuidade da ordem jurídica, no sentido de uma segurança das suas posições jurídicas<sup>19</sup>.

Uma vez mais, recorre-se à lavra de Canotilho, que analisa, novamente, a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança andam – estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos.<sup>20</sup>

Analisada, então, a vinculação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – uma relação de autonomia e dependência recíprocas –, há que se discorrer acerca do papel desempenhado por este último preceito na ordem jurídica.

A proteção da confiança, pode-se dizer, é um dos critérios para mensuração da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo; assim é que a irretroatividade de leis e atos do poder público é regra – a exemplo dos já citados casos de anterioridade das leis penal e tributária –, com vistas a salvaguardar os direitos adquiridos dos cidadãos.

Ilustrando a assertiva anterior, Machado, no que pertine à seara tributária, leciona o seguinte:

18 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 100, jun. 2009. p. 127.

19 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 15

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

Há dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.

Entre os doutrinadores brasileiros, o princípio da segurança jurídica tem provocado, no campo do Direito Tributário, estudos excelentes. É que, numa área delicada como a do Direito Tributário, maior é a exigência de cuidados com a observância da segurança jurídica porque a taxação da atividade individual interfere significativamente na viabilidade, no planejamento e na gestão das empresas e dos patrimônios das pessoas físicas ou jurídicas. Vários princípios constitucionais atuam na espécie a fim de assegurar aos contribuintes a “tranqüilidade, confiança e certeza quanto à tributação”, como o “princípio da legalidade”, “da anterioridade da lei ao exercício de sua aplicação” e da “irretroatividade da lei tributária, salvo para beneficiar o contribuinte<sup>21</sup>.

Não obstante, a proteção da confiança e a segurança jurídica não se ocupam exclusivamente, por óbvio, de limitar atos retroativos; voltam especial atenção aos atos de cunho retrocessivo, considerados aqueles que, embora não atinjam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, restringem ou extinguem direitos consagrados pela ordem constitucional, seja essa supressão operada pela própria lei fundamental ou mesmo por normas que limitam alguns de seus dispositivos, nomeadamente os direitos sociais. Fala-se, assim, em proibição ou vedação do retrocesso, que, cominada com a segurança jurídica e a proteção da confiança, completa uma tríade de institutos jurídicos fundamentais à salvaguarda dos direitos fundamentais – e, repete-se, notoriamente dos direitos sociais, cuja garantia em muito depende de prestações positivas do poder público, como adiante se verá.

### 1.3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Embora não consagrada explicitamente com essa denominação, a proibição de retrocesso é acolhida pela ordem jurídico-constitucional brasileira, pelo menos em algumas de suas dimensões. É o caso da proteção – que desempenha em conjunto com os já aludidos princípios da

---

<sup>21</sup>MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 31.

segurança jurídica e da proteção da confiança – ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos; das limitações constitucionais a atos e normas retroativos; e das garantias contra restrições legislativas de direitos fundamentais, como exemplificam as cláusulas pétreas. Estas, a propósito, que constituem os limites materiais à reforma da Constituição Federal pelo constituinte derivado, são a mais evidente manifestação da vedação do retrocesso, sobretudo quando se proíbe, no art. 60, § 4º<sup>22</sup>, da Carta Magna, a deliberação acerca de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e as garantias individuais.

Assim, à moda da segurança jurídica e da proteção da confiança, a vedação de retrocesso, ainda que não explicitamente adotada, é, inquestionavelmente, figura de destaque no ordenamento jurídico nacional.

Partindo da acepção segundo a qual o ordenamento jurídico consagra elementos que proíbem o retrocesso, é certo que, no plano constitucional, tal vedação é bastante clara, sobretudo em razão da proteção às cláusulas pétreas, cuja existência vincula-se, igualmente, à segurança jurídica e à proteção da confiança. No âmbito infraconstitucional, é nebuloso o alcance da vedação de retrocesso, sobretudo no que tange aos direitos sociais, uma vez que, em seu espectro de liberdade, o legislador pode suprimir direitos constitucionalizados mantendo intocado o texto da Constituição Federal, mas alterando a legislação infraconstitucional que a regulamenta. E é de se ressaltar que o retrocesso pode ser operado pelo legislador não somente com medidas retroativas mas também, embora de modo menos notório, com medidas prospectivas<sup>23</sup>, que podem trazer consigo severos retrocessos normativos e sociais.

Com esse introito acerca da relação entre a vedação de retrocesso e os direitos sociais, passa-se, então, ao próximo item, concernente a um tema especialmente sensível.

22 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

23 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 21.

## 2 O ALCANCE DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

A seara dos direitos sociais é especialmente sensível a retrocessos, uma vez que a implementação e manutenção daqueles depende, de modo bastante intenso, do poder público, destacadamente quando são necessárias prestações positivas – a regra, em se tratando de direitos sociais. Assim, se os chamados direitos de primeira geração – as liberdades públicas, eminentemente individuais – exigem mais uma abstenção do Estado que uma prestação subjetiva, os direitos sociais, econômicos e culturais – que constituem a segunda geração de direitos fundamentais – demandam prestações positivas e, em regra, bastante onerosas, por parte do poder público.

Em razão disso, é necessário explicitar que os direitos sociais têm especial relação com a proibição de retrocesso por serem acentuadamente vulneráveis às mudanças econômicas e sociais que atingem o plano jurídico-normativo. Desse modo, se não forem suficientemente salvaguardados, é certo que serão restringidos mais facilmente que os demais – sobretudo os de primeira geração –, cuja implementação e manutenção têm menor dependência de atos do poder público e da conjuntura socioeconômica. Não se imagina, por exemplo, que a pena de morte – cuja proibição é expressão do direito à vida – seja implantada unicamente em razão de uma crise econômica, ao passo em que é perfeitamente concebível que, se não protegido a contento, o direito à seguridade social sofrerá severas restrições na mesma situação hipotética – ou não tão hipotética assim.

Não se olvida, é evidente, que a proteção social conferida pelo Estado aos cidadãos não somente pode, como também deve, mudar como forma de adaptar-se à conjuntura socioeconômica que a cerca. É necessário, todavia, que tal adaptação se opere balizada em critérios que impeçam que as mudanças importem em retrocesso, tarefa especialmente hercúlea a ser desempenhada por um Estado cuja capacidade prestacional reduz-se continuamente em favor de uma sociedade cuja demanda cresce significativamente, sobretudo com a potencialização da exclusão social. Nesse quadro, a tendência é que, se não protegidos suficientemente, os direitos sociais sejam prejudicialmente afetados, uma vez que representam significativos gastos para o ente público; e

tal tendência deixa de concretizar-se se a ordem jurídica vedar de modo efetivo e eficaz tal retrocesso, protegendo a confiança do indivíduo e garantindo-lhe a segurança jurídica de que espera gozar.

A discussão ora travada é essencial se considerado o fato de que, tão relevante quanto a conquista dos direitos sociais – operada, sobretudo, pela Constituição Federal – e a sua implementação, a carga das normas que regulamentam os dispositivos constitucionais, é a manutenção daqueles. O debate assume especial relevância no cenário jurídico brasileiro, uma vez que as promessas de garantia de bem-estar social formuladas pelo Estado desde 1988 não chegaram nem perto de se realizar. Assim, nesse quadro em que a implementação dos direitos sociais em favor dos brasileiros é uma tarefa ainda incipiente, é essencial que se assegure a incolumidade dos poucos direitos já garantidos aos cidadãos. Em outras palavras, se os brasileiros carecem de boa parte dos direitos sociais que lhes são constitucionalmente prometidos – sobretudo se considerado o modelo dirigente seguido pela lei fundamental –, permitir a restrição daqueles poucos que já lhes são assegurados seria um golpe significativo não somente em cada um dos indivíduos lesados mas também na própria essência do Estado Democrático de Direito que o Brasil propala ser, tendo em vista os objetivos a que o constituinte atrelou a nação, no artigo 3º da Constituição Federal<sup>24</sup>.

O que se constata na doutrina nacional e estrangeira, a respeito da proibição de retrocesso, é que, de modo geral, defende-se que, após sua concretização a nível infraconstitucional – ou seja, após sua regulamentação –, os direitos fundamentais sociais albergados pela ordem constitucional assumem caráter de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de modo que não mais se acham na esfera de liberdade do legislador. Isso importa em afirmar que tais direitos, uma vez adquiridos, não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de violação ao princípio da proteção da confiança; “tal infração representa a inconstitucionalidade de qualquer medida que ameace o padrão de prestações já alcançado”, aduz Sarlet<sup>25</sup>,

24 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

25 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 25-26.

haja vista que o legislador não pode simplesmente eliminar as normas legais concretizadoras de direitos sociais.

A esse respeito, assevera Barroso:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido<sup>26</sup>.

Também no que tange à proibição de retrocesso, Silva classifica-a como um direito subjetivo negativo, o que implica afirmar que os cidadãos, em face de uma medida supressiva de direitos fundamentais, têm direito a impugná-la judicialmente, a fim de buscar a manutenção de seu direito ameaçado<sup>27</sup>. Ou seja, embora os direitos sociais exijam, em regra, uma prestação positiva por parte do Estado, o princípio da proibição de retrocesso, visando protegê-los, demanda uma abstenção por parte do poder público, que não poderá, portanto, imiscuir-se em matéria de direitos sociais já concretizados.

Assim, ao reconhecimento de direitos sociais positivos corresponde uma proibição de retrocesso, a qual, consoante se asseverou, acrescenta àquele direito um caráter negativo, consubstanciado na impossibilidade de contra ele se apresentarem ameaças.

A efetividade e a eficiência da segurança jurídica pugnam por uma proteção da ordem jurídica contra medidas estatais que restrinjam, de modo desproporcional ou atentatório à dignidade da pessoa humana, direitos – sobretudo os de caráter social – já consagrados pela ordem jurídico-constitucional. Assim, o princípio da proibição de retrocesso impede, de maneira geral, que se atente contra a efetividade da Constituição<sup>28</sup>, que surge com a regulamentação de seus dispositivos por meio da legislação infraconstitucional; assim, alterando esta última no sentido de suprimir direitos por esta efetivados – e garantidos pela Constituição –, o legislador nada mais faz que atentar contra a própria lei fundamental; trata-se, portanto, inexorável e inquestionavelmente, de uma inconstitucionalidade.

26 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

27 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 147 e 156 e ss.

28 BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 158-159.

E é na ordem constitucional que a vedação de retrocesso encontra seu fundamento, destacadamente no princípio do Estado democrático e social de Direito – do qual também decorrem a segurança jurídica e a proteção da confiança – e no princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo caráter garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados. Verificam-se, então, as semelhanças existentes entre os princípios constituintes da tríade referida pelo título do presente artigo: encontram-se na ordem constitucional somente de modo implícito, ou em manifestações esparsas; são expressão da dignidade da pessoa humana e componentes de seu núcleo; são inafastáveis do princípio do Estado de Direito.

Cotejada com os outros princípios já abordados, a vedação de retrocesso clarifica o fato de que os direitos fundamentais positivados pela Constituição não estão protegidos contra mudanças retrocessivas apenas na própria lei fundamental – em seu artigo 60, que dispõe acerca dos limites formais e materiais para a reforma constitucional –, mas também na ordem infraconstitucional, cuja alteração pode implicar, reflexamente, em reforma – ainda que indireta – à Constituição, restringindo a eficácia desta última. Assim é que, além de atuar em prol dos direitos ameaçados por alterações retrocessivas, a proibição de retrocesso tem papel fundamental, também, na salvaguarda da eficácia da Constituição Federal.

Há que se ressaltar, contudo, que a exposição que ora se elabora, ressaltando a importância da proibição de retrocesso, não implica, de maneira alguma, afirmar que tal preceito é absoluto. Bastam duas razões para bem evidenciar a assertiva anterior. Inicialmente, é de se verificar que, conferindo um caráter absoluto àquele princípio, estar-se-ia conferindo uma inadequada primazia aos direitos sociais – principais alvos de proteção da proibição de retrocesso – diante das demais formas de direitos, garantias e liberdades. Ademais, não se pode tornar absoluto tal preceito, a fim de que não se transforme a legislação infraconstitucional em um cipoal de normas que, materialmente, teriam um caráter constitucional, usurpando a competência do constituinte derivado e procedendo a um formalmente inadequado acréscimo de normas à Constituição Federal.

Assim, se é certo que a proibição de retrocesso é princípio constitucional dos mais relevantes, igualmente preciso é afirmar que não é

absoluto, pelo menos pelas razões supra esposadas. Retoma-se, assim, a lógica da célebre construção doutrinária que, abordando a dupla face dos direitos fundamentais, versa acerca da proibição de proteção deficiente – concebível em um quadro em que ausente a vedação de retrocesso –, além da proibição de proteção excessiva, que teria lugar se fosse inadequadamente considerado absoluto o preceito em questão.

A impossibilidade de se tornar absoluta a vedação de retrocesso em matéria de direitos sociais leva em conta, ainda, a dinamização das relações econômicas e sociais, além da variabilidade da capacidade prestacional do Estado, da qual aqueles direitos – que, em geral, demandam prestações positivas – dependem severamente. Paradoxalmente, os mesmos fatores que fundamentam a impossibilidade de a proibição de retrocesso ser absoluta, são motivos para que tal preceito exista: a dinamização das relações econômicas, que traz consigo a maximização das desigualdades sociais, torna os indivíduos ainda mais vulneráveis, de sorte que lhes assegurar que os direitos de que já gozam não lhes serão usurpados é essencial, ao mesmo tempo em que os cidadãos não podem ter seus direitos suscetíveis de restrição, à mercê da capacidade prestacional do Estado.

Em outras palavras, nenhum princípio, na seara jurídica – nem mesmo nos domínios constitucionais – é absoluto. A relatividade é característica inerente a todos os princípios, mesmo àqueles mais fundamentais à ordem jurídica e à própria sustentação do Estado Democrático de Direito. Os preceitos ora abordados, por óbvio, não fogem à regra.

Nesse contexto, é especialmente relevante questionar em que medida e de qual maneira pode ser relativizado o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo em matéria de direitos sociais.

Assim, por mais que esteja vinculado aos princípios da segurança jurídica, da proteção de confiança e da vedação de retrocesso, o legislador deve atentar-se aos anseios sociais e, quando estes lhe impuserem mudanças no ordenamento jurídico, deve atender a tais brados, nos limites dos preceitos sobreditos.

É evidente, portanto, que existe um meio termo a ser encontrado, cuja mensuração se dá pelos já aludidos preceitos de proibição de proteção deficiente e proibição de proteção excessiva e pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – os quais, à moda dos dois primeiros,

não se acham de modo explícito na Constituição Federal, embora seja inquestionável sua recepção pela ordem constitucional. Assim, há que se manter incólume o núcleo essencial dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles de caráter social<sup>29</sup> –, sem, contudo, engessar mudanças legislativas, as quais podem até mesmo, eventual e excepcionalmente, importar em redução ou flexibilização daqueles direitos, se presentes os requisitos para tanto e em atenção à liberdade de que goza o legislador – a qual, vale dizer, jamais será irrestrita em um Estado constitucional de Direito<sup>30</sup>.

O primeiro – e mais essencial – de tais requisitos é a já mencionada preservação do núcleo essencial dos direitos afetados pelas mudanças que se desejam promover, cujo conteúdo se acha vinculado à dignidade da pessoa humana e a um mínimo existencial. Tais preceitos também se acham intimamente imbricados entre si, uma vez que a dignidade da pessoa humana não somente representa o núcleo dos direitos fundamentais, como também informa qual é o patamar a se considerar como mínimo existencial – cuja aferição condiciona-se às circunstâncias históricas, geográficas, políticas, culturais e econômicas em que está inserido o sujeito. Recorre-se, nesse contexto, ao artigo 6º da Constituição Federal, que informa quais são os direitos sociais, os quais, por sua vez, são indispensáveis à vivência digna e à garantia do mínimo existencial:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esses elementos, destacadamente a dignidade da pessoa humana – “valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social<sup>31</sup>” –, devem prevalecer até mesmo quando em confronto com outros princípios constitucionais (a exemplo da reserva do possível e da separação de poderes), motivo pelo qual fica evidente que é terminantemente vedado qualquer ato que tenda a retroceder nessas matérias.

Nesse ínterim, Canotilho sustenta que

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples

29 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 39.

30 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 43.

31 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 46.

desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado<sup>32</sup>.

Trata-se, portanto, de uma solução apresentada pela doutrina, que, ao passo em que busca garantir os direitos sociais contra mudanças retrocessivas, não tolhe, totalmente, a liberdade do legislador, fundamental à sobrevivência da ordem legislativa infraconstitucional – a qual, embora tome seu fundamento de validade na Constituição, também é essencial à sobrevivência da lei fundamental, notoriamente no que diz respeito a sua eficácia.

A dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial daí decorrente não são, contudo, os únicos critérios para aferir a possibilidade de medidas retrocessivas: também exercem importante papel, nesse contexto, a segurança jurídica e a proteção da confiança, já exploradas neste trabalho. Um padrão mínimo de segurança jurídica importa, inexoravelmente, dar causa a que os cidadãos confiem que lhes serão garantidas condições básicas de vida e, mais, que tais condições serão mantidas, incólumes a qualquer medida retrocessiva que lhes tenha como alvo.

A proteção de retrocesso representa, assim, uma assecuração adicional dos direitos fundamentais criada pela ordem constitucional, que se acrescenta às tradicionais formas de proteção, a exemplo das cláusulas pétreas, das figuras da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, além de outros dispositivos que vedam medidas retrocessivas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Sarlet<sup>33</sup>, ao comentar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que

as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.

32 CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 327.

33 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 47.

Buscou-se, então, no presente escrito, discorrer acerca de três dos mais importantes princípios jurídicos que informam a ordem constitucional brasileira.

Abordaram-se, inicialmente, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança, para, após, culminar no princípio da vedação de retrocesso. Aprofundou-se a exposição mediante o enfrentamento entre a proibição de retrocesso e os direitos sociais, dada a especial particularidade apresentada por estes últimos, consubstanciada no elevado grau de sensibilidade a mudanças que apresentam.

Almejou-se, então, encontrar os fundamentos para a proteção dos direitos sociais tendente a vedar qualquer alteração legislativa ou ato do poder público que importem em retrocesso para aqueles, sobretudo se já concretizados na ordem constitucional.

Não se olvidou, contudo, que é inviável barrar toda e qualquer mudança retrocessiva; sabe-se que tais alterações são, por vezes, necessárias, desde que operadas em prol do bem comum.

Assim, os princípios acerca dos quais aqui se discorreu constituem a resposta para o embate entre os direitos sociais e a necessidade de promover ajustes – por vezes retrocessivos – na ordem jurídica, alegadamente em prol do bem comum.

O que se buscou, ao fim e cabo, é a construção de um raciocínio que, dentro de um contexto realista, busque manter incólumes os direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 100, jun. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.

MATHIEU, Bertrand. **Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique**. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000.

OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. 25 jan. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**. v. 136. Jun. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>.

ZIMMER, Willy. **Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique**. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 193.

CONSTITUCIONAL

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE VERSUS O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NAS APOSENTADORIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS: O ENTENDIMENTO DO STF E DO TJSC

**Silvane Dresch**

*Servidora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina  
Especialista em Direito Aplicado pela FURB*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Princípios, regras e a ponderação entre legalidade e segurança jurídica nas aposentadorias de servidores. 1.1 Distinção entre texto normativo, norma, princípios e regras. 1.2 Princípio da legalidade. 1.3 Princípio da segurança jurídica. 2 Controle de legalidade do ato de aposentadoria e a Súmula Vinculante n. 3. 2.1 O prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99. 2.2 O entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2.3 O entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3 O princípio da legalidade *versus* o princípio da segurança jurídica. Conclusão. Referências.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 33 - 62	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

## RESUMO

Os atos de aposentadoria de servidores públicos submetem-se ao controle de legalidade pelos tribunais de contas, que os analisa e registra, momento a partir do qual consideram-se perfectibilizados (ato complexo). Todavia, isso nem sempre ocorre de forma célere, de modo que a anulação do ato após longo decurso de tempo deve ser precedida de processo no qual seja garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa. Busca, o presente artigo, analisar o embate entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica (proteção à confiança) na manutenção ou cassação dos atos de aposentadoria considerados ilegais pelos tribunais de contas, no entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da legalidade. Princípio da segurança jurídica. Proteção à confiança. Atos administrativos. Ato complexo. Aposentadoria. Tribunal de Contas. Verbete n. 3 da Súmula Vinculante. Lei n. 9.784/99. Decadência.

## ABSTRACT

The acts of civil servants retirement are submitted to legality control by the Court of Auditors, that analyze and register them. After that, the acts are completed (complex act). However, sometimes this can take a considerable time, then the cancellation of act after the course of a long period of time must be preceded by the right to adversary system and full defense. This article intend to analyze the clash between the principle of legality and the principle of legal certainty (principle of legitimate trust) for maintenance or withdrawal of retirement acts that are considered illegal by the Court of Auditors, according to Supreme Court and Santa Catarina State Court of Appeals.

**KEYWORDS:** Principle of legality. Principle of legal certainty. Principle of legitimate trust. Administrative acts. Complex act. Retirement. Court of Auditors. Binding Precedent n. 3. Law n. 9.784/99. Administrative decay.

## INTRODUÇÃO

Entre os princípios que regem a Administração Pública, o princípio da legalidade é considerado viga mestra por representar, em um Estado de Direito, a submissão à lei. Para conformar-se à legalidade, ao Estado foi conferido o dever-poder de autotutelar seus atos, de modo que aqueles que apresentem vícios de legalidade possam ser anulados. Contudo, esse poder não é absoluto, sob pena de tornar-se um fator de séria instabilidade social. É que as relações em sociedade se estabelecem em função do por vir, razão pela qual necessitam de certa previsibilidade e certeza.

Para tanto, ao lado do princípio da legalidade, figura como outro pilar do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica, o qual funciona em variados casos como limitador do *imperium* do Estado, a fim de evitar que o particular seja prejudicado por uma situação a que não deu causa. De fato, os atos administrativos (entre eles o ato concessivo de aposentadoria) revestem-se de presunção de legitimidade. Por serem emanados de autoridade pública, pressupõe-se que sejam legais, criando no administrado legítima confiança de que sejam mantidos no tempo.

Nessa senda, o presente trabalho procura abordar como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina têm sopesado os referidos princípios no caso das aposentadorias de servidores públicos consideradas ilegais pelos tribunais de contas.

## 1 PRINCÍPIOS, REGRAS E A PONDERAÇÃO ENTRE LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NAS APOSENTARIAS DE SERVIDORES

### 1.1 DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO, NORMA, PRINCÍPIOS E REGRAS

Princípios são (juntamente com as regras) espécies do gênero normas jurídicas<sup>1</sup>. Normas, contudo, “não são textos nem o conjunto

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160. ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios** constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev. atual. e ampl.

deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”<sup>2</sup>. Em outras palavras, “o texto é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o resultado da interpretação”<sup>3</sup>.

Logo, os textos normativos possuem sentidos incompletos, de modo que, segundo Warat<sup>4</sup>, “é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere”<sup>5</sup>. Da mesma forma, a qualificação de uma norma como princípio ou como regra também não é clara, pois “depende da colaboração constitutiva do intérprete”<sup>6</sup>, da tradição e do meio no qual ele está inserido. Dito de outra forma, legalidade e segurança jurídica podem ser tanto princípios quanto regras, dependendo da situação concreta. Nessa distinção, empenharam-se duas correntes doutrinárias: a clássica e a moderna.

Para a teoria clássica, os princípios possuem elevado grau de abstração e generalidade. O fundamento está no grau de indeterminação: “os princípios, porque fluidos, permitem maior mobilidade valorativa, ao passo que as regras, porque pretensamente determinadas, eliminam ou diminuem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador”<sup>7</sup>.

Para a teoria moderna, os princípios são normas que possuem uma dimensão de peso, devendo ser ponderados no momento de sua aplicação, podendo esta ser realizada em vários graus, ao contrário das regras, que admitem apenas a subsunção do fato ao direito, estabelecendo aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido<sup>8</sup>.

Conforme Dworkin<sup>9</sup>, a primeira diferença reside no fato de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada. Caso os fatos estipulados

---

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

- 2 ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.
- 3 VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37-38, grifo do autor.
- 4 WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 65.
- 5 É o caso, por exemplo, da chamada inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP, que prevê a propositura da ação civil *ex delicto* pelo Ministério Público em nome do ofendido pobre. A norma foi considerada constitucional pelo STF, mas em vias de se tornar inconstitucional a partir do momento em que a Defensoria Pública, a quem cabe a promoção dos interesses dos necessitados (art. 134 da CF), estiver plenamente instalada em todos os Estados (RE n. 135328, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/6/1994).
- 6 ÁVILA, op. cit., p. 35.
- 7 Ibid., p. 84-85. Trata-se, conforme Ávila, de uma distinção fraca, pois tanto os princípios quanto as regras possuem as mesmas propriedades, apenas em graus diferentes.
- 8 Ibid., p. 87.
- 9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

na hipótese de incidência ocorram, “então ou a regra é válida<sup>10</sup>, e neste caso a resposta fornecida deve ser aceita, ou não é válida”. Contudo, “uma regra pode ter exceções”, as quais devem ser enumeradas no enunciado da própria regra<sup>11</sup>.

Já os princípios, esclarece Dworkin<sup>12</sup>, “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. São aplicados mediante ponderação, pois “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Assim, em um conflito entre princípios, deve-se “levar em conta a força relativa de cada um”. Essa, entretanto, não é uma mensuração exata.

Para Alexy<sup>13</sup>, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas”, as quais são determinadas pela colisão com outros princípios e regras. Logo, os princípios são “mandamentos de otimização”, realizáveis em graus variados, em conformidade com os princípios e regras que lhes são contrapostos.

Já as regras, explica Alexy<sup>14</sup>, contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Se forem válidas devem ser aplicadas na exata medida do que determinam, caso contrário, devem ser excluídas. Assim, “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Enquanto, no conflito entre princípios, um deles terá que ceder não porque seja inválido ou excepcionado por uma cláusula, mas por um deles ter precedência em razão do seu peso.

Em resumo, para Alexy<sup>15</sup>, os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem, [...], na dimensão de peso”. Assim, contrariamente ao modo tudo ou nada de aplicação que, segundo Dworkin, diferenciaria regras de

10 DWORKIN, op. cit., p. 31, 33-34. Para Dworkin, uma regra é válida quando tiver sido criada em conformidade com o que estipula uma regra secundária. Regras secundárias, esclarece, “são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”. Segundo Dworkin, “Hart chama essa regra secundária fundamental de ‘regra de reconhecimento’”, sendo esta a “única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação”, pois ela é a última instância, não havendo outra regra ainda mais fundamental.

11 DWORKIN, op. cit., p. 43.

12 Ibid., p. 40, 42.

13 ALEXY, op. cit., p. 90, grifo do autor.

14 Ibid., p. 91-94.

15 Ibid., p. 94.

princípios, para Alexy, a distinção entre essas espécies normativas, resumir-se-ia a dois fatores: diferença quanto à colisão e quanto à obrigação que instituem<sup>16</sup>.

Uma terceira teoria, defendida por Ávila<sup>17</sup>, contrapõe-se às anteriores, demonstrando que nenhuma delas é plenamente satisfatória em suas diferenciações. Primeiro, porque tanto as regras quanto os princípios podem ser construídos segundo a fórmula hipótese-consequência. Segundo, porque as regras também podem ser aplicadas de modo gradual diante de casos concretos, por razões consideradas superiores pelo intérprete. Por último, porque o conflito entre regras também pode ocorrer no plano concreto como normalmente ocorre com os princípios, exigindo, para tanto, a ponderação de razões.

Segundo Ávila<sup>18</sup>, a principal diferença é a de que as regras descrevem um comportamento, almejando, apenas de forma indireta, a obtenção de um fim, enquanto os princípios, inversamente, objetivam a consecução de um fim e influem somente indiretamente nos comportamentos. Os critérios de aplicação de princípios e regras, por sua vez, seriam dados pelos postulados normativos, os quais servem de parâmetro para a realização de outras normas, diferenciando-se delas “quanto ao nível e quanto à função”<sup>19</sup>.

Feita essa distinção, cumpre abordar os princípios da legalidade e da segurança jurídica<sup>20</sup>, objeto do presente estudo.

16 ÁVILA, op. cit., p. 38.

17 Ibid., p. 40-63.

18 Ibid., p. 71, 78-79, grifo do autor.

19 É o caso da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora, comumente definidos como princípios, segundo Ávila, com eles não se confundem, pois se dirigem a situações e pessoas determinadas, ou seja, não possuem elevado grau de abstração e generalidade. Em igual medida, também não se confundem com regras, porque não são aplicados mediante subsunção (distinção fraca entre princípios e regras). De igual forma, não se realizam em vários graus, mas num só (no caso da proporcionalidade, a medida é ou não é adequada, necessária e proporcional), bem como não são objeto de ponderação, mas critério para tanto. Também não são construídos sob o modelo hipótese-consequência, muito menos sofrem colisão e decretação de invalidez, razão pela qual também não se confundem com regras (distinção forte) (ÁVILA, op. cit., p. 149-150).

20 Ao longo deste artigo utilizam-se as expressões princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica. Trata-se na verdade, de uma simplificação, pois não se desconhece que tanto a legalidade quanto a segurança jurídica, pois não se desconhece que tanto a legalidade quanto a segurança jurídica podem ser expressas também em regras. O art. 54 da Lei n. 9.784/99, por exemplo, traz a segurança jurídica como regra. Nesse sentido, Cf. SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 mar. 2014, p. 20-21.

## 1.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). De fato, a “Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”<sup>21</sup>. Também está albergado no art. 37, *caput*, e no art. 84, IV, da Constituição Federal. O primeiro dispõe que “A Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Já o segundo diz que compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Ele surgiu com o Estado de Direito e consiste em uma das principais garantias dos direitos individuais, porque a lei, ao tempo em que define os direitos, “estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”<sup>22</sup>. Por essa razão, possui duas dimensões: uma aplicada aos particulares e outra à atividade administrativa. Aos particulares, “tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado”, já para a Administração Pública, “tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido”<sup>23</sup>.

Na sua origem, vinculava-se à ideia de separação de poderes e à “oposição às práticas do período absolutista”, traduzindo-se na supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo e, portanto, na supremacia da lei sobre os atos administrativos<sup>24</sup>. A submissão da Administração à lei, tornava o poder mais objetivado, pois obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade.

21 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 105-106.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

24 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

Contudo, a concepção essencialmente formalista, que via a justiça da lei no simples respeito às etapas do processo legislativo, foi superada. Passou a abarcar conceitos valorativos, “sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento”<sup>25</sup>. Hoje não significa apenas “a fiel subsunção à lei, como também a observância dos princípios jurídicos”<sup>26</sup>. Possui uma dimensão que abarca, em seu sentido amplo, os atos normativos do Poder Executivo<sup>27</sup>.

Embora a Constituição Federal não tenha previsto expressamente a sujeição do Poder Público ao direito, pode-se dizer que acolheu essa ideia<sup>28</sup>. Tal previsão, contudo, foi incluída no art. 2º da Lei n. 9.784/99, o qual estabelece em seu parágrafo único, I, a “atuação conforme a lei e o Direito” nos processos administrativos.

Para Medauar<sup>29</sup>, a simplificação do princípio da legalidade na fórmula: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”, esconde questões relevantes do ponto de vista prático, pois tal princípio pode ser interpretado a partir de quatro conceitos distintos:

- a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.

Do primeiro ao último significado, é perceptível o aumento do vínculo da Administração com a norma. A predominância do último conceito, adverte Medauar<sup>30</sup>, “paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável”. Já o terceiro enfoque “traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Hoje não mais se pode conceber que a Administração tenha só esse encargo”, embora

25 Ibid., p. 130, grifo da autora.

26 VALIM, op. cit., p. 49, grifo do autor.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo* - Dir. Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009, p. 156, grifo da autora.

28 Ibid., p. 155.

29 MEDAUAR, op. cit., p. 131, grifo da autora.

30 Ibid., p. 131.

possa predominar no caso de atos vinculados.

Para Medauar<sup>31</sup>, a segunda acepção - a de que “a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza” - é mais consentânea com as atividades por ela desenvolvidas, “prevalecendo de modo geral”. Isso porque ela abarca gradações de acordo com a repercussão dos atos ou das medidas nos direitos dos cidadãos. Ora a exigir vínculo estrito entre o ato e a norma, ora a permitir certa margem de escolha.

Embora o princípio da legalidade contenha um sentido de certeza jurídica, consentâneo com o estabelecimento prévio das regras do jogo, não raras vezes se vê contraposto ao princípio da segurança jurídica. É que a lei, fruto da construção do significado pelo intérprete a partir de textos normativos, está sujeita a mudanças de interpretação. A incerteza gerada pela alteração de entendimentos traria instabilidade social, razão pela qual se invoca o princípio da segurança jurídica, a fim de mitigar certas mudanças de compreensão.

### 1.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos anseios do ser humano é o ideal de segurança, consubstanciado na “necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro”<sup>32</sup>. Especialmente, “porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações”, é que se torna necessário “um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas”<sup>33</sup>.

Em sua acepção clássica, a segurança jurídica baseava-se na ideia de que o direito positivado (direito expresso nas leis) seria suficiente para garantir segurança às pessoas. Já em sua concepção contemporânea, consiste num “mecanismo autocorretor do Estado de Direito”, necessário em razão da crescente complexidade do ordenamento jurídico, que exige

31 Ibid., p. 132.

32 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 127.

33 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 127.

um conjunto de normas que assegurem a segurança do próprio sistema<sup>34</sup>.

Embora não esteja expresso no texto constitucional, o princípio da segurança jurídica é da essência de um Estado Democrático de Direito<sup>35</sup>, razão pela qual pode ser extraído do art. 5º, XXXVI, que consagra proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, os quais traduzem aplicação prática do princípio no seu sentido objetivo<sup>36</sup>. Tal ausência foi, contudo, sanada pela Lei n. 9.784/99, que o arrolou em seu art. 2º, *caput*, como um dos princípios da Administração Pública.

Segundo Di Pietro<sup>37</sup>, o propósito de incluir esse princípio “foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei” na esfera administrativa. Tal objetivo foi reforçado no parágrafo único, XIII, do mesmo dispositivo, que preceitua a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”. Para Di Pietro<sup>38</sup>, a mudança de interpretação é comum e até inevitável e não chega a ser negativa, desde que não retroaja para atingir casos decididos com base em interpretação válida no momento de sua adoção.

Não obstante se identifique com a irretroatividade da lei (ou de sua interpretação), a ela não se restringe. Inspirado no direito europeu, especialmente o germânico, seu conceito sofreu alteração para abarcar duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva. Segundo Silva<sup>39</sup>, a primeira diz respeito aos limites à retroatividade e, portanto, relaciona-se com a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), há muito incorporado no direito pátrio, ao contrário das constituições europeias. Já a segunda, significa proteção à confiança das pessoas nas condutas do Estado.

A segurança jurídica, sob o aspecto objetivo, abriga dois núcleos conceituais: a certeza e a estabilidade. A certeza diz respeito à previsibilidade futura de consequências jurídicas ligadas a determinados fatos,

34 VALIM, op. cit., p. 45.

35 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 126; CANOTILHO, op. cit., p. 257.

36 O princípio da segurança jurídica também serve de fundamento às normas sobre prescrição e decadência, bem como às que fixam prazo para a Administração rever os próprios atos e as que dispõem sobre súmula vinculante (art. 103-A, § 1º, da CF e art. 4º da Lei n. 11.417/06), ação declaratória de constitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/99) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei n. 9.882/99). Também está na base das normas sobre preclusão, usucapião, irretroatividade da lei e direito adquirido (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 127).

37 DI PIETRO, op. cit., p. 85.

38 DI PIETRO, op. cit., p. 85-86.

39 SILVA, op. cit., p. 3-4.

vindo a orientar, no presente, o agir dos destinatários das normas. Dito de outra forma:

é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o que não é dado exigir os respectivos comportamentos. A certeza encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deontico que encerra essa mesma norma<sup>40</sup>.

Porém, de nada serviria a previsibilidade se o Estado pudesse desfazer, a qualquer tempo, as projeções decorrentes das normas. Por essa razão, “à *previsibilidade* oferecida pela certeza” deve ser acrescida “a *estabilidade do Direito de molde a [sic] assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado*”<sup>41</sup>.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança estão estreitamente associados a ponto deste ser considerado como um subprincípio daquele. Todavia, esclarece Canotilho<sup>42</sup>, enquanto a segurança jurídica tem um sentido de “garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito”, a proteção à confiança se prende à ideia de “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. Com efeito, o princípio da proteção à confiança, afirma Silva<sup>43</sup>,

a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Ou seja, o princípio da proteção à confiança se apoia na boa-fé do cidadão, “que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros”<sup>44</sup>. Contudo, com ele não se confunde, pois, enquanto a boa-fé deve reger tanto a conduta do

40 VALIM, op. cit., p. 46-47.

41 Ibid., p. 47, grifo do autor.

42 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

43 SILVA, op. cit., p. 5.

44 DI PIETRO, op. cit., p. 87.

administrado quanto a da Administração, a proteção à confiança visa a proteger a boa-fé que aquele deposita nesta<sup>45</sup>. Em suma, o princípio da confiança “serve ao administrado, não à Administração Pública”<sup>46</sup>.

A boa-fé divide-se sob dois aspectos. Sob o enfoque subjetivo, significa a “crença do sujeito de que está agindo corretamente. Vale dizer, que, se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé”<sup>47</sup>. Já, em sua vertente objetiva, diz respeito “à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente”<sup>48</sup>. É a boa-fé objetiva do direito privado, aplicada hoje também no direito público, a qual visa a garantir que o Estado, nas suas relações com os administrados, haja com previsibilidade e respeito às situações consolidadas, “de modo a [sic] assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado”<sup>49</sup>.

Não obstante a boa-fé do administrado tenha implicações práticas quanto à anulação de atos do Poder Público, não é esta que se perquire no princípio da proteção à confiança. Aqui o que importa é a boa-fé na conduta da Administração.

## 2 CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO DE APOSENTADORIA E A SÚMULA VINCULANTE N. 3

O ato concessivo de aposentadoria do servidor público efetivo é um ato administrativo, portanto expedido no uso de prerrogativas públicas, de autoridade ou de supremacia do interesse público sobre o privado e sujeito ao regime de Direito Público<sup>50</sup>.

A doutrina diverge quanto a sua formação. Alguns classificam-no como ato complexo e outros como ato composto. Em linhas gerais, ato composto “é o que resulta da vontade única de *um* órgão, mas depende da *verificação por parte de outro*, para se tornar exequível”<sup>51</sup>. Depende,

45 DI PIETRO, op. cit., p. 88.

46 VALIM, op. cit., p. 120.

47 DI PIETRO, Maria Sylvania. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo* – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009, p. 159.

48 SILVA, 2005, p. 2.

49 Ibid., p. 3.

50 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 389.

51 MEIRELLES, op. cit., p. 182, grifo do autor.

portanto, de mais de uma manifestação de vontade, o que o diferencia do ato simples<sup>52</sup>. Para Marinela<sup>53</sup>, “essas manifestações de vontade devem acontecer dentro de um mesmo órgão e estão em patamar de desigualdade”, uma sendo instrumental à outra.

Já o ato complexo “é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a *formação* de um ato único”<sup>54</sup>. Com efeito, “o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial”<sup>55</sup>.

Entre os autores que defendem ser o ato de aposentadoria um ato composto estão Caio Tácito<sup>56</sup>, Carvalho Filho<sup>57</sup> e Justen Filho<sup>58</sup>. O entendimento é o de que o controle sucessivo e obrigatório do ato concessivo de aposentadoria pelo tribunal de contas limita-se ao exame de legalidade. Por essa razão,

o Tribunal [de Contas] não concede a aposentadoria, reforma ou pensão, nem tão pouco lhes confirma ou ratifica a concessão. Apenas examina a legalidade do ato, para efeitos financeiros, registrando a despesa correspondente. Não há, no sentido jurídico estrito, aprovação do ato da administração, mas, apenas, forma de controle da legalidade do ato acabado, cuja executoriedade fica suspensa até que se opere o julgamento do ente fiscalizador. [...] A vontade do Tribunal não integra o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa<sup>59</sup>.

Entretanto, na jurisprudência do STF prevalece o entendimento de que o ato de aposentadoria é um ato complexo. Logo, somente a partir da apreciação da legalidade e do registro do ato concessivo de aposentadoria no tribunal de contas é que o ato estaria formado.

No âmbito federal, esse controle é exercido pelo Tribunal de

52 Cf. MEIRELLES, op. cit., p. 182, grifo do autor, ato simples é “o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado”.

53 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 294.

54 MEIRELLES, op. cit., p. 182, grifo do autor.

55 Ibid., p. 182, grifo do autor.

56 TÁCITO, Caio. Revisão administrativa de atos julgados pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 53, p. 216-223, jul.- set./1958.

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 753.

58 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1012.

59 TÁCITO, op. cit., p. 216-223.

Contas da União (TCU), cuja competência está expressa no art. 71, III, da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Por força do disposto no art. 75 da Constituição Federal, as normas estabelecidas para o TCU aplicam-se aos Tribunais dos Estados, que possuem previsão nas Constituições Estaduais. A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, em seu art. 59, III, reprisa o dispositivo constitucional. No mesmo sentido é o art. 1º, IV, da Lei Complementar Estadual n. 202/2000 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina).

Todavia, “aos tribunais de contas, no exercício da sua atividade-fim de fiscalizar atos de aposentadoria e pensões, não é conferido o exercício da autotutela”<sup>60</sup>. Compete-lhe apenas ordenar a restauração da ordem jurídica lesada por intermédio da própria autoridade da qual emanou o ato. Assim, ao constatar ilegalidade, assinalará “prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 71, IX, da CF). Se não atendido, sustará “a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado” (art. 71, X, da CF). Dessa forma, “a competência se exerce *sobre a autoridade pública* e não sobre o beneficiário do ato”<sup>61</sup>.

Por essa razão, nos termos do enunciado n. 3 da Súmula Vinculante, não seria necessário assegurar o contraditório e a ampla defesa ao interessado, porque nesse primeiro momento (que vai da publicação do ato que concede a aposentadoria ao registro) a relação se estabelece

60 SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. Reconhecimento da decadência em prol dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, p. 242-248, out./nov./dez. 2012. Pareceres e decisões. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1748.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014. p. 247.

61 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 256. (grifo do autor)

entre a Administração Pública e o tribunal de contas, não entre este e o beneficiário. O que não ocorre nos casos de revisão de aposentadoria já registrada, em que a posterior determinação de anulação do ato ou de supressão de verbas, estabelece relação entre o tribunal de contas e o particular<sup>62</sup>. É o texto da Súmula Vinculante supracitada:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Seus precedentes são: MS 24.268/MG, MS 24.728/RJ, MS 24.754/DF e MS 24.742/DF. No MS 24.268/MG, foi concedida a segurança a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, por entender-se que, passados 20 anos, não caberia ao TCU revisar pensão já registrada sem oportunizar o exercício de tais garantias. No caso, a impetrante foi adotada pelo bisavô, uma semana antes da morte deste, por escritura de adoção, quando o então Código de Menores (Lei n. 6.697/79) já exigia autorização judicial para o ato. A decisão teve como fundamento o princípio da segurança jurídica, em sua face subjetiva, entendida como proteção à confiança, segundo a qual os administrados que de boa-fé confiaram nos atos do poder público não podem se sujeitar indefinidamente ao poder anulatório da Administração.

No MS 24.728/RJ, foi negada a segurança, entendendo-se pela inexistência de direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que não se tratava de revisão de pensão, mas de registro inicial. O ato complexo de concessão da pensão ainda não havia se aperfeiçoado, pois antes do registro definitivo pelo TCU, o Ministério Público junto àquele órgão havia interposto recurso dotado de efeito suspensivo.

Já no MS 24.754/DF, foi deferida a segurança, mas com fundamento no direito adquirido e não na violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Versava o *mandamus* sobre o direito do impetrante à aposentadoria pelo regime estatutário, ainda que tenha exercido apenas cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, portanto, sem vínculo efetivo com a Administração. Isso porque já havia preenchido os requisitos para a aposentadoria estatutária ao tempo da alteração do art. 183 da Lei n. 8.112/90 pela Lei n. 8.647/93, que disciplinou a

62 Cf. STF, MS 25116, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 8/9/2010.

aposentadoria do ocupante de cargo em comissão que não seja simultaneamente ocupante de cargo efetivo.

Por fim, no MS 24.742/DF, foi concedida a segurança para assentar o direito ao recebimento da pensão militar, cujo registro havia sido negado pelo TCU. A *quaestio* versava sobre a cumulação de duas pensões, uma de origem militar e a outra de natureza civil, sendo à época da aposentadoria ainda permitido pela Constituição “o retorno do militar reformado ao serviço público e a posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando as vantagens”.

Em síntese, o entendimento firmado nos precedentes é o de que é obrigatório assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos de revisão de ato de aposentadoria, reforma e pensão anteriormente registrados. E, por extensão, também no caso de concessão de melhorias posteriores ao registro inicial que alterem o seu fundamento. Isso porque o art. 71, III, da CF dispensa a apreciação pelo TCU quando não houver alteração da base legal. Todavia, tais garantias são dispensáveis nas concessões iniciais de aposentadoria, pois nelas o registro configura manifestação destinada a aperfeiçoar ato complexo.

O verbete n. 3 da Súmula Vinculante resolveu somente em parte o problema da insegurança jurídica no controle de legalidade das aposentadorias, pois também na análise das concessões iniciais a duração do processo desbordava em muito o limite da razoabilidade. Se, ao final, a decisão fosse pela anulação do ato, o prejuízo para o servidor aposentado era o mesmo, com a diferença de que nesse caso nada poderia fazer, pois a súmula não previa o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Assim, o STF passou a admitir a partir do julgamento do MS 25116/DF que, ainda que se trate de ato de concessão inicial de aposentadoria, seja observado um prazo razoável de 5 anos para apreciação da legalidade. Passado esse tempo, a contar da aposentadoria, é necessário observar o contraditório e a ampla defesa, antes de negar o registro<sup>63</sup>.

No entanto, há divergência quanto ao termo inicial para aplicação do verbete. Ora se conta da data em que o processo administrativo é recebido pela Corte de Contas, ora da submissão do ato concessivo ou ainda do início do processo no TCU<sup>64</sup>.

63 Cf. STF, MS 25116, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 8/9/2010, e STF, MS 28723 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 28/8/2012.

64 Cf. STF, MS 27640, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 6/12/2011, e STF, MS 31642, Rel. Min. Luiz Fux,

## 2.1 O PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/99<sup>65</sup>

Antes da Lei n. 9.784/99, a Administração poderia, a qualquer tempo, anular os atos administrativos, quando ilegais, ou revogá-los por interesse e conveniência, de acordo com os enunciados n. 346 e n. 473 da Súmula do STF<sup>66</sup>. A referida lei passou a estabelecer um limite temporal de 5 anos para o exercício da autotutela, salvo comprovada má-fé (art. 54)<sup>67</sup>, bem como a possibilidade de convalidação dos atos que apresentem defeitos sanáveis e que não acarretem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros (art. 55).

Pode-se dizer que o texto consagrou o princípio da proteção à confiança quando presente a boa-fé<sup>68</sup> do interessado. Nesses casos, o poder anulatório da Administração deve ser exercido no prazo máximo de cinco anos da data em que foi praticado o ato ou da data em que a Lei n. 9.784/99 entrou em vigor, no caso do servidor ter se aposentado antes da Lei<sup>69</sup>.

Contudo, doutrina e jurisprudência divergem quanto ao termo *a quo* desse prazo. Isso porque, segundo o STF, o ato de aposentadoria depende da manifestação da Corte de Contas pela legalidade para que seja considerado acabado. Por essa razão, o prazo não corre enquanto o ato de aposentadoria não for registrado<sup>70</sup>, iniciando-se apenas com a publicação do ato de registro pelo TCU na imprensa oficial<sup>71</sup>.

---

1º T, j. 2/9/2014.

65 Embora a ementa da Lei n. 9.784/99 diga regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a jurisprudência pacífica do STJ orienta-se no sentido de ser possível a aplicação subsidiária aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido ver: STJ, AgRg no Ag 935.624/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6º T, j. 21/2/2008; AgRg no AREsp 263.635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º T, j. 16/5/2013; REsp 645856/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5º T, j. 24/8/2004.

66 Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 476: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

67 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

68 Antes disso, o TCU já havia firmado entendimento de que a ilegalidade do ato de concessão de aposentadoria e pensão não obriga à devolução das quantias já recebidas, desde que presente a boa-fé, conforme o enunciado n.106 da Súmula do TCU.

69 STJ, AgRg no AREsp 263.635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º T, j. 16/5/2013.

70 Nesse sentido ver: MS 30916, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1º T, DJe 8/6/2012; MS 25525, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19/3/2010; STF, MS 31642, Rel. Min. Luiz Fux, 1º T, j. 2/9/2014; MS 27966, Rel. Min. Marco Aurélio, 1º T, j. 11/9/2012; MS 28604, Rel. Min. Marco Aurélio, 1º T, j. 4/12/2012 e MS 27580 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1º T, j. 10/9/2013, entre outros.

71 Cf. STF, MS 30830 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1º T, j. 27/11/2012.

Em síntese, antes do registro do ato de concessão inicial de aposentadoria pelos tribunais de contas, passados cinco anos é obrigatório apenas assegurar o contraditório e a ampla defesa, não incidindo a decadência. Uma vez registrado e decorridos cinco anos, a Administração não poderá mais anular o ato ilegal, a não ser no caso de má-fé.

## 2.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RMS n. 3.881<sup>72</sup>, consagrou o entendimento de que a aposentadoria é ato administrativo complexo, razão pela qual só se aperfeiçoa com o registro perante os tribunais de contas<sup>73</sup>. Logo, o prazo decadencial do art. 54 da Lei n. 9.784/99 começa a fluir a partir da publicação do registro na imprensa oficial<sup>74</sup>.

Entretanto, a jurisprudência do STF pode, num futuro próximo, sofrer alteração. É que no Recurso Extraordinário n. 636553<sup>75</sup>, no qual se discute a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99, foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional, mas, no mérito, não se reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, a qual aguarda julgamento.

O atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em sua manifestação nos autos do RE 636553, quando então respondia como Subprocurador-Geral da República, defende ser o ato concessivo de aposentadoria um ato composto, e não complexo. Para ele, “a vontade do TCU **não integra** o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa, não se conformando, portanto, à concepção unitária de ato complexo”, o qual “**pressupõe** a conjugação de vontades de órgãos diversos para a produção de um ato único ou de uma única finalidade administrativa”<sup>76</sup>.

Por essa razão, entende que a aplicação dos efeitos da decadência deve se dar a partir da publicação do ato concessivo da aposentadoria

72 RMS n. 3.881, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Hungria j. 22/11/1957.

73 Cf. STF, MS 25.072, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, j. 7/2/2007.

74 Cf. STF, MS 28711 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 28/8/2012 e MS 24781, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 2/3/2011.

75 STF, RE 636553 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/6/2011.

76 MPF, Parecer n. 8569/RJMB no RE 636.553/RS, grifo do autor.

e não do seu registro. Para Janot, o ato de concessão inicial da aposentadoria produz efeitos imediatos, razão pela qual o “efeito atípico preliminar ou prodrômico **impõe a manutenção** dos efeitos do ato [...] quando presentes a boa-fé do beneficiário e o longo decurso de tempo entre o ato concessivo e a decisão da Corte de Contas”, em respeito à “confiança dos cidadãos nos atos do Poder Público como projeção subjetiva do princípio da segurança jurídica”. *In verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. APOSENTADORIA. APRECIÇÃO DE LEGALIDADE E REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ATO ADMINISTRATIVO COMPOSTO. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99: APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA DECADÊNCIA A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO ATO CONCESSIVO. EFEITO ATÍPICO PRELIMINAR OU PRODRÔMICO DO ATO DE APOSENTADORIA QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DOS SEUS EFEITOS QUANDO PRESENTES A BOA-FÉ, O LONGO TRANSCURSO DE TEMPO E A CONFIANÇA DO CIDADÃO NOS ATOS DO PODER PÚBLICO COMO PROJEÇÃO ÉTICOJURÍDICA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA [...]<sup>77</sup>.

Entretanto, o entendimento acima exposto não é o que tem preponderado no STF.

### 2.3 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

O entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sofreu alteração no decorrer dos anos, tornando-se mais consentâneo com os precedentes fixados pelo STF. Os julgados mais recentes reconhecem a incidência do verbete n. 3 da Súmula Vinculante tanto no momento posterior ao registro quanto no anterior (desde que decorridos mais de cinco anos entre o ato de concessão e o respectivo registro pelo TCE), além da inaplicabilidade do prazo decadencial antes da manifestação da Corte de Contas. Veja-se:

[...] REGISTRO DE APOSENTADORIA NEGADO PELA CORTE DE CONTAS. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI FEDERAL N. 9.784/1999. PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO. [...] ATO QUE NEGA REGISTRO À APO-

<sup>77</sup> MPF, Parecer n. 8569/RJMB no RE 636.553/RS, grifo do autor.

SENTADORIA. OBRIGATORIEDADE DO EXERCÍCIO, POR PARTE DA SERVIDORA PÚBLICA, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, DA CFRB/1988). INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 3 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO CASO CONCRETO. DECRETAÇÃO DA NULIDADE DA DECISÃO DA CORTE DE CONTAS QUE SE IMPÕE. [...] <sup>78</sup>.

Quanto à aplicação da decadência, houve mudança do entendimento do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal, a fim de considerar que o prazo decadencial só começa a fluir a partir do registro pelo TCE e não a partir da concessão. Nesse sentido:

MANDADO SEGURANÇA. APOSENTADORIA. NEGATIVA DE REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO (ART. 54 DA LEI N. 9.784/94). POSICIONAMENTO ADOTADO POR ESTE GRUPO DE CÂMARAS, À ÉPOCA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ. ATO COMPLEXO. CÔMPUTO QUE SÓ PODE SER DEFLAGRADO DEPOIS DA MANIFESTAÇÃO DA REFERIDA CORTE. QUESTÃO SUPERADA. EXAME DA MATÉRIA DE FUNDO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRESCINDIBILIDADE NO ÂMBITO DA CORTE DE CONTAS. PARTE FINAL DA SÚMULA VINCULANTE N. 3 DO STF. ASSERTIVA RECHAÇADA <sup>79</sup>.

Todavia, ainda se encontra divergência entre as Câmaras, de modo que alguns julgados aplicam a decadência antes do registro do ato de aposentadoria em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade. Veja-se:

[...] “Decorridos mais de cinco anos da publicação do ato aposentatório do servidor público municipal, convalida-se o ato administrativo não podendo ser revisado por força da decadência, salvo comprovada a má-fé, conforme estabelece o art. 54, § 1º, da Lei n.º 9.784/99. Até porque, ‘Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a prescritebilidade é a regra, e a imprescritebilidade exceção. [...] Aplicação

78 TJSC, Apelação Cível n. 2014.033173-3, de Blumenau, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 26/8/2014, grifo nosso. No mesmo sentido: Apelação Cível n. 2013.037798-7, de Coronel Freitas, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 3/4/2014.

79 TJSC, MS n. 2008.063353-5, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 10/4/2013, grifo nosso.

análogica da Lei n. 9.784/99' (STJ, REsp n. 645.856/RS e 628.524/RS, Rel. Min. Laurita Vaz)<sup>80</sup>.

Outra tese a de que, passados cinco anos do ato de concessão sem manifestação do TCE, deve se admitir a instauração de processo administrativo apenas com o objetivo de investigar a existência de má-fé do beneficiário. Não havendo má-fé, aplicar-se-ia a decadência, ainda que se trate de registro de concessão inicial. Nesse sentido:

[...] ADMINISTRATIVO - SERVIDOR MUNICIPAL - CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA - MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO NÃO COMPROVADA - PRAZO PARA A REVISÃO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA [...] Não obstante, o processo administrativo instaurado pela Administração ou pelo Tribunal de Contas, após o prazo razoável quinquenal, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, só é admissível se objetivar a investigação da má-fé e não a aplicação de nova exegese sobre a contagem do tempo de serviço ou contribuição[...]<sup>81</sup>.

No caso, o servidor teve o ato de sua aposentadoria anulado sete anos e sete meses após ter sido concedida. O processo foi remetido ao TCE cinco anos após o ato aposentatório, que não chegou a ser registrado, pois, antes da negativa de registro pela Corte de Contas, a Administração Municipal, por iniciativa própria, instaurou procedimento administrativo que culminou com a revogação da portaria de aposentadoria. E ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA DE SERVIDOR MUNICIPAL REVISADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. “[...] a Seção Civil da Corte esposa a firme convicção, coerente com os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, de que nem mesmo a cientificação e a participação do servidor no processo administrativo de registro do ato de aposentadoria, se ultrapassado o quinquídio, legitima o ato de anulação pela via administrativa, salvo os casos de má-fé” [...]”<sup>82</sup>

80 TJSC, Apelação Cível n. 2014.024162-3, de Blumenau, rel. Des. Jaime Ramos, j. 15/5/2014, grifo nosso. No mesmo sentido: TJSC, MS n. 2007.026300-5, de Concórdia, Rel. Juiz Paulo Roberto Camargo Costa, j. 26/3/2008; Apelação Cível n. 2014.014386-0, de Blumenau, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 8/5/2014; Apelação Cível n. 2014.021573-8, de Blumenau, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 8/5/2014; Reexame Necessário n. 2013.000170-3, de São Bento do Sul, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 9/5/2013.

81 TJSC, Reexame Necessário em MS n. 2007.058546-8, de São Bento do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26/2/2008, grifo nosso.

82 TJSC, MS n. 2008.021022-7, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 27/8/2008, grifo do autor. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento n. 2007.054685-1/000000, de Herval D'Oeste, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 2/5/2008; Agravo de Instrumento n. 2007.046175-9, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 18/3/2008; MS n. 2010.050001-3, de Gaspar, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 9/3/2011; Apelação Cível n. 2009.032689-1, da Capital, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 1º/3/2011; Apelação Cível n. 2010.072362-8, de Quilombo, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 14/12/2010; Apelação Cível n. 2009.044542-1,

Em síntese, o TJSC também entende a aposentadoria como um ato complexo, que se aperfeiçoa com o registro no tribunal de contas. Porém, em numerosos julgados, tem aplicado a decadência ainda que o ato concessivo não tenha sequer sido registrado pelo TCE (desde que ausente a má-fé). Logo, tem adotado uma posição mais favorável à prevalência da segurança jurídica do que o STF. Tanto antes quanto depois do registro do ato de aposentação, tem entendido o Tribunal catarinense que a aparência de legalidade do ato, a inércia da administração, o transcurso de tempo considerável e a ausência de má-fé do beneficiário, são suficientes para fazer preponderar o princípio da segurança jurídica, diferentemente do STF.

Do cotejo entre o entendimento dos dois tribunais, extrai-se:

Quanto ao momento anterior ao registro pelos tribunais de contas:

Passados cinco anos do ato concessivo:

- STF: entende ser obrigatório conceder o contraditório e a ampla defesa. Não aplica a decadência.
- O TJSC: aplica a decadência de forma majoritária também antes do registro. Alguns julgados mais recentes concedem o contraditório e a ampla defesa.

Não passados cinco anos do ato concessivo:

- O STF: entende que é possível anular sem ouvir o beneficiado.
- O TJSC: entende que é possível anular sem ouvir o beneficiado.

Quanto ao momento posterior ao registro:

Passados cinco anos do registro do ato:

- O STF: aplica a decadência.
- O TJSC: aplica a decadência.

Não passados cinco anos do registro:

- O STF: entende obrigatório assegurar o contraditório e a ampla defesa.
- O TJSC: entende obrigatório assegurar o contraditório e a ampla defesa.

---

de Chapecó, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15/12/2009; MS n. 2008.058613-3, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu, j. 30/9/2009.

Em síntese, a divergência de entendimento ocorre quando o ato é registrado após decurso de mais de cinco anos da data em que a aposentadoria foi concedida pela Administração. Para o STF, basta conceder o contraditório e a ampla defesa, enquanto que para o TJSC, em muitos de seus julgados, aplica-se a decadência. A discordância de entendimentos se deve ao peso dos princípios em confronto.

### 3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE *VERSUS* O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica em sua vertente subjetiva, entendida como proteção à confiança, prendeu-se, desde o seu surgimento na jurisprudência alemã, “à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé”<sup>83</sup>.

No direito brasileiro, os princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança também têm sido aplicados na manutenção de atos ilegais quando, considerado o interesse público, o prejuízo resultante da anulação superar o decorrente de sua manutenção. Explicam, ainda, a preservação de atos praticados por funcionário de fato, com base na aparência de legalidade e na crença de validade do ato<sup>84</sup>. Contribuíram, ainda, para o entendimento de que a Administração não pode, sem prévia e pública notícia, alterar, em casos concretos, orientações antes firmadas, vindo a “sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia”<sup>85</sup>.

Nessas hipóteses, o princípio da legalidade tem se curvado ao princípio da proteção à confiança, face subjetiva do princípio da segurança jurídica, também albergado pelo sistema constitucional. De acordo com Di Pietro<sup>86</sup>:

Poder-se-ia falar em inobservância do princípio da legalidade em seu sentido estrito (que exige o cumprimento da lei em sentido formal), mas preserva-se o princípio da

83 SILVA, op. cit., p. 5.

84 DI PIETRO, 2012, p. 89-90.

85 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 128.

86 DI PIETRO, 2009, p. 165.

legalidade em seu sentido amplo (que exige o cumprimento de princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico), e que se insere no próprio conceito de Estado de Direito.

Nesse sentido é o entendimento de Valim<sup>87</sup>, para quem a relação entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade é de complementação e não de oposição. Com efeito, o conteúdo do princípio da segurança jurídica ao mesmo tempo em que enriquece o princípio da legalidade, corrige algumas deformações “decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado, e não o contrário”. A mútua exclusão entre eles só seria possível a partir do conceito primitivo de legalidade do século XIX, “que a identifica com a literalidade da lei”<sup>88</sup>. Inconcebível diante do entendimento atual de que a Administração deve atuar não apenas em conformidade com a lei, mas consentânea com o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, o princípio da segurança jurídica, no seu viés subjetivo de proteção à confiança, tem sido aplicado para proteger situações consolidadas pelo transcurso do tempo em razão da inércia do ente público, ainda que eivadas de ilegalidades, a fim de resguardar a confiança dos administrados de boa-fé na conduta do Estado.

Com efeito, o ato de aposentadoria produz efeitos desde a concessão pela Administração Pública e não apenas a partir do registro pelos tribunais de contas. Por isso,

Tal circunstância, associada à boa-fé do administrado e à fluência de longo período de tempo entre o ato de concessão inicial e a apreciação pela Corte de Contas, acaba por incutir no espírito do administrado legítima expectativa de manutenção do benefício de caráter alimentar (Súmula n. 106 do TCU) [...] <sup>89</sup>.

Segundo Silva<sup>90</sup>, a aparência ou presunção de legitimidade dos atos administrativos “têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios”. A proteção à confiança e a boa-fé implicam na “necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a

87 VALIM, op. cit., 2010, p. 50.

88 VALIM, op. cit., p. 49.

89 MPF, Parecer n. 8569/RJMB no RE 636.553/RS, p. 12, grifo do autor.

90 SILVA, op. cit., p. 5.

fria e mecânica aplicação da lei”<sup>91</sup>.

Embora muitas vezes se coloquem em oposição, “justiça e segurança jurídica frequentemente se completam, de maneira que pela Justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa”<sup>92</sup>. O mesmo ocorre com os princípios da legalidade, da proteção à confiança e da boa-fé dos administrados. Em determinadas situações, aquele deve ceder diante destes. Assim,

os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo lapso de tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convalidam ou sanam. [...] É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá mais ser anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou direitos subjetivos<sup>93</sup>.

Em posição semelhante, Bandeira de Mello<sup>94</sup> entende que a convalidação de atos administrativos também é uma forma de restaurar a legalidade violada.

Nas decisões do STF, quanto ao momento anterior à publicação do registro do ato de aposentadoria pelo TCU, embora as ementas tragam a proteção à confiança, tal fundamento é para o fim de conceder o contraditório e a ampla defesa, não para aplicar a decadência. Logo, quanto ao momento anterior ao registro, tem prevalecido o princípio da legalidade nas decisões do STF. Já no momento posterior à publicação do

91 SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade e da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

92 SILVA, 1987, p. 46-63.

93 *Ibid.*, p. 46-63.

94 Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 531.

registro, tem preponderado a segurança jurídica (proteção à confiança), desde que decorridos cinco anos.

Contudo, nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é possível perceber a prevalência do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) não apenas no período posterior à publicação do ato de registro pela Corte de Contas. Mesmo antes do registro, é possível encontrar várias decisões que homenageiam a segurança jurídica, para o fim de aplicar a decadência e não apenas para conceder o contraditório e a ampla defesa. Portanto, nos julgados do Tribunal catarinense, tem prevalecido a segurança jurídica, tanto no primeiro quanto no segundo momento do processo de aposentadoria.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que, nas decisões do STF, tem preponderado o princípio da legalidade, enquanto que, nas decisões do TJSC, tem predominado o princípio da segurança jurídica. Tal dicotomia decorre do peso dos princípios em conflito, ambos considerados pilares de um Estado Democrático de Direito.

Ao mesmo tempo em que a Administração atua sob a direção do princípio da legalidade, que impõe a anulação dos atos que contenham vícios insuperáveis com o objetivo de restaurar a legalidade violada, seu poder de autotutela encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, que impede que os administrados fiquem sujeitos indefinidamente.

A ponderação do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) em face do princípio da legalidade se dá em dois momentos distintos: o primeiro compreendido entre o ato concessivo da aposentadoria e o registro desse ato pelas Cortes de Contas, e o segundo a partir da publicação do registro pelos tribunais de contas.

Neste último, os tribunais concordam quanto à prevalência do princípio da segurança jurídica, desde que, no caso concreto, houver ausência de má-fé do beneficiário, presunção de legitimidade do ato e inércia da Administração Pública por mais de 5 anos. Já quanto ao primeiro momento, os tribunais pesquisados têm decidido de maneira diferente.

Os julgados do STF levam a concluir que o princípio da segurança jurídica tem prevalecido sobre o princípio da legalidade apenas quanto ao momento posterior ao registro, desde que decorridos mais de cinco anos e ausente a má-fé. Nas demais hipóteses, prevalece o princípio da legalidade. Importa esclarecer que, não obstante os acórdãos se fundamentem no princípio da proteção à confiança, tal embasamento é para o fim de conceder o contraditório e a ampla defesa ao administrado, não para, desde logo, conceder-lhe a aposentadoria.

Já para o TJSC, transcorrido lapso superior a cinco anos entre o ato concessivo da aposentadoria e a sua apreciação pelo TCE, entende-se que ele deve permanecer produzindo efeitos, pois gerou legítima expectativa no administrado, que, de boa-fé, acreditou na aparência de legalidade do ato. Por essa razão, de forma majoritária, tem aplicado a decadência tanto depois do registro quanto antes dele (desde que passados cinco anos e ausente a má-fé), por considerar que a fluência do prazo decadencial se dá a partir da percepção dos proventos e não a partir da publicação do registro na imprensa oficial, como entende o STF.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24268/MG**. Impetrante: Fernanda F. Brito. Impetrados: Presidente do TCU e outro. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS 24.728/RJ**. Impetrante: Rosemeri Bento da Costa. Impetrado: Presidente do TCU. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento 03 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86175>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS 24.754/DF**. Impetrante: Evandro das Neves Carreira. Impetrado 1ª Câmara do TCU. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento 07 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86182>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS 25116/DF**. Impetrante: Edson de A. Miguel Relvas. Impetrado: Presidente da 1ª Câmara do TCU e outros. Rel: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 8/9/ 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618869>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **RMS 3.881/SP**. Recorrentes: Nicolino Mors e outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Nelson Hungria, Tribunal Pleno. Julgamento 22 nov. 1957. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=104756>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **RE 636553 RG/RS**. Recorrente: União. Recorrido: João Darci Rodrigues de Oliveira. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento 23 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=221852>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS 28711 AgR/DF**. Agravante: Salomão Amaral. Agravado: TCU. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=281251>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS 24781**. Impetrante: Mazureik M. de Moraes. Impetrado: TCU. Rel: Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. J. 2 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Súmula Vinculante 3**. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_e\\_31\\_a\\_42.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_42.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo** – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 254-256.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTA CATARINA (Estado). **Apelação Cível n. 2014.033173-3**. Apelante: Estado de Santa Catarina. Apelada: Aldanei da Silva Amorim. Relator: Des. Stanley da Silva Braga. Julgamento 26 ago. 2014. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAl164AAV&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAl164AAV&categoria=acordao)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS n. 2008.063353-5**. Impetrante: Agenor José Cardozo. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. José Volpato de Souza. Julgamento 10 abril 2013. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAB5Q2AAA&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAB5Q2AAA&categoria=acordao)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n. 2014.024162-3**. Apelante: Estado de Santa Catarina. Apelado: Francisco A. Soares. Relator: Des. Jaime Ramos. Julgamento 15 maio 2014. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGjXBAAV&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGjXBAAV&categoria=acordao)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Reexame Necessário em MS n. 2007.058546-8**. Impetrante: Paulo Haubert. Impetrado: Município de São Bento do Sul. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Julgamento 26 fev. 2008. Disponível em: <<http://busca.tjsc>>.

[jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOGRjAAD&categoria=acordao](http://jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOGRjAAD&categoria=acordao)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **MS n. 2008.021022-7**. Impetrante: Venina A. da Silva. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e outro. Relator: Des. Jorge Luiz de Borba. Julgamento 27 ago. 2008. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOHSHAAD&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOHSHAAD&categoria=acordao)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade e da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 46-63, out. /dez. 1987.

\_\_\_\_\_. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 de mar. 2014.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. Reconhecimento da decadência em prol dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, p. 242-248, out./nov./dez. 2012. Pareceres e decisões. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1748.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

TÁCITO, Caio. Revisão administrativa de atos julgados pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 53, p. 216-223, jul./set. 1958.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

CRIMINAL

## O PLANTÃO POLICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

**Vinícius Secco Zoponi**

*Promotor de Justiça*

*Especialista em Ciências Criminais Anhanguera-Uniderp*

### SUMÁRIO

Introdução. 1 Segurança Pública: um direito fundamental. 2. Segurança Pública: um dever fundamental. 3 Um Necessário Redimensionamento da Questão Enfrentada: interrupção da atividade da Polícia Civil ou mera redistribuição territorial das delegacias de polícia. 4 Problemas Jurídico-Institucionais e Sociais Decorrentes da Interrupção dos Plantões das Delegacias de Polícia em Municípios Sedes de Comarca. 5 A Questão Fulcral: amplitude territorial do plantão da polícia civil. 6 Da Pertinente Intervenção do Poder Judiciário e da Preservação do Princípio da Separação dos Poderes. Conclusão.

### RESUMO

A segurança pública, na leitura da Constituição da República de 1988, deve ser reconhecida como um direito fundamental de 2ª dimensão, de matiz social e qualificado como direito difuso, do qual decorre o respectivo dever fundamental, de natureza prestacional, do Estado Brasileiro. Entretanto, ao positivar este dever, o artigo 144 do Texto Fundamental limitou-se à descrição orgânica da segurança pública, restringindo-se ao regramento das Forças Públicas com atuação nessa área;

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 63 - 110	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	-------------	----------------

para viabilizar a ruptura com o regime ditatorial, deixou a Constituição de alinhar a segurança pública aos valores democráticos, fragilizando-se um referencial para implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativos e Executivo e controle respectivo pelo Ministério Público e Poder Judiciário. Nesse contexto normativo constitucional, depara-se com a opção político-institucional do Estado de Santa Catarina de se interromper o atendimento policial em regime de plantão em Delegacias de Polícia de Municípios e Delegacias de Polícia de Comarcas ao redor do Estado, adotando-se o expediente do plantão regional. Tal prática viola o direito fundamental à segurança pública e causa diversas repercussões negativas. Compreendidas essas dificuldades, conclui-se que a reorganização territorial das atividades da Polícia Civil encontra limite na manutenção do funcionamento ininterrupto, incluindo-se em regime de plantão, das Delegacias de Polícia de Comarca, em observância à relação de instrumentalidade existente entre a função de polícia judiciária, desempenhada pela Polícia Civil, e o exercício da jurisdição, organizado, em termos territoriais, em comarcas. Tal expediente pode ser objeto de controle jurisdicional, capitaneado pelo Ministério Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança Pública. Direito fundamental. Dever fundamental. Plantão policial.

## ABSTRACT

Public safety, on the reading of the Constitution of 1988, should be recognized as a fundamental right of 2nd dimension, with social basis and qualified as diffuse right, which establish the fundamental duty, of prestacional nature, to the Brazilian State. However, the article 144 of the Constitution was limited to the organic description of public security, restricted to the Public Forces engaged in this area; to break with the dictatorial regime, the Constitution did not set democratic values to Public Safety, weakening up a framework for implementation of public policies by the Legislative and Executive Powers and their control by the Prosecution and Judiciary. In this constitutional context, we face the political and institutional option of the State of Santa Catarina to stop the police service during night shifts in Police Stations of Municipalities and Police Station of Counties, adopting the regional night shifts. Such practice violates the fundamental right to public security and cause

many negative repercussions. Once understood these difficulties, it is concluded that this territorial reorganization of the activities of the Civil Police is bound by the maintenance of the uninterrupted operation, including during night shifts, of the Police Station of Counties, regarding its instrumentality relationship between the function judicial police, carried out by the Civil Police, and the exercise of jurisdiction, organized in territorial terms, in counties. Such issue may be object of jurisdictional control, captained by Prosecutors.

**KEYWORDS:** Public Safety. Fundamental right. Fundamental duty. Night shifts.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, observa-se uma profunda degradação na prestação dos relevantes serviços a cargo da Polícia Civil Catarinense, a ponto de se prejudicar o funcionamento das Delegacias de Polícia, notadamente aquelas em municípios sede de Comarca, com a interrupção das atividades em regime de plantão. Em substituição ao plantão local, o Estado de Santa Catarina adotou, em diversas localidades, o expediente do plantão regional, concentrando-se o trabalho em horário extraordinário em Delegacias de Polícia Regionais. No presente estudo, busca-se compreender a instrumentalidade da atividade policial em regime de plantão à fruição do direito fundamental à segurança pública, explorando-se as bases teóricas que deve orientar a compreensão desse direito.

## 1 SEGURANÇA PÚBLICA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Rotular “segurança pública” como um direito fundamental parece ser uma afirmação bastante óbvia, praticamente intuitiva, para o que não se verifica, *a priori*, a necessidade de uma construção teórico-dogmática de grande peso.

Nessa linha, ao se debruçar sobre a doutrina brasileira, seja de Direito Constitucional, seja das Ciências Criminais, não se identifica, ressalvados alguns pouquíssimos trabalhos, um estudo dogmático de

maior profundidade sobre os contornos de um direito fundamental à segurança pública. Com essa temática, o que se encontra, já com abundância, são escritos que buscam examinar políticas de segurança pública, notadamente a partir de suas relações com a legislação penal e processual penal e com os atores do Sistema de Justiça e, especialmente, na perspectiva de se medir a eficiência, eficácia e efetividade de uma determinada política pública de segurança no combate à criminalidade<sup>1</sup> (contemporaneamente, as UPPs cariocas são alvo de inúmeros estudos).

Em nosso sentir, cuida-se de lacuna que merece maior atenção doutrinária, por diversas razões. Primeiramente, é necessário depurar o conceito jurídico de segurança pública, pois dele se aproximam diversos institutos que poderiam explicar sua natureza: seria um direito subjetivo, uma garantia de direitos (*v.g.* vida, liberdade e patrimônio), um serviço público, uma política pública ou, ao revés, a segurança pública comporta essas e outras qualificações jurídicas não excludentes, as quais devem ser apenas harmonizadas. Secundariamente, sendo um direito subjetivo, adjetivá-lo de fundamental implica trazer a sua órbita toda a Teoria dos Direitos Fundamentais, com as construções jurídicas que lhes são inerentes, o que densificaria o dever prestacional do Estado. Por fim, porém não de somenos importância, o Direito, antes de tudo, é Ciência e, assim sendo, não pode ser intelectualmente admissível que uma comunidade se lance a um debate sério sobre os aspectos operacionais da (política de) segurança pública sem antes descortinar sua ontologia jurídica<sup>2</sup>, sob pena de se ter comprometido o elemento sistemático que

- 1 A rigor, tem-se aqui um exame próprio da política criminal; veja-se, nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira: “A política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos”. **Criminologia**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 42.
- 2 Forçoso reconhecer, com muita infelicidade, que as discussões político-jurídicas no Brasil, em geral, não discussões intelectualmente sérias e, como resultado disso, deixa-se de aprimorar o sistema jurídico brasileiro, quando não o afunda em absurdos técnicos. Há exemplos recentes, dos quais a PEC 37 é o mais estapafúrdio de que se recorda: em um sistema processual penal que tem o débil inquérito policial como o principal instrumento de investigação, em vez de se concentrar a discussão no redimensionamento da investigação preliminar, buscou-se amordaçar o Ministério Público, a partir de um discurso manipulado, conduzido por um segmento da classe policial e por políticos de intenções questionáveis. Há ainda discussões contemporâneas que bem exemplificam a precariedade das discussões brasileiras: recentemente, debruça-se o Congresso Nacional sobre um projeto de emenda constitucional de redução da maioridade penal restrita a alguns crimes; esquece-se, contudo, que a maioridade penal, no conceito analítico de crime, nada mais é do que uma dimensão da (in)imputabilidade, elemento da culpabilidade; ora, imputabilidade, pelo critério biológico, aplicável para fins de maioridade penal, é um conceito dual: ou se é imputável ou não se é imputável (na linguagem da lógica, cuida-se de aplicação direta da “lei do terceiro excluído”, uma das três “leis clássicas do pensamento humano”); logo, não há como, sem romper com o conceito científico dogmático, segmentar os atos ilícitos praticados por um adolescente/adulto, para ora se reconhecer a imputabilidade, ora se reconhecer a inimputabilidade, já que um indivíduo, sob esse parâmetro e a um só tempo, não pode ser simultaneamente imputável e inimputável; há, ainda, uma incoerência lógica e psicológica: como projetar a reprovação social “como adulto” a alguém que comete um roubo, por exemplo, e reprovar “como um

pauta (ou deve pautar) todo o conhecimento científico<sup>3</sup>.

Nas próximas linhas, antes de se proceder ao exame crítico de um aspecto da atual política pública de segurança do Estado Catarinense, qual seja, a interrupção da atividade policial em regime de plantão em algumas comarcas, buscar-se-á, dentro dos limites do trabalho e do autor, percorrer as premissas para o reconhecimento de um direito fundamental à segurança pública e alguns conceitos correlatos.

Inicia-se esse caminhar com o axioma jurídico de que a segurança *de per si* é um direito fundamental, reconhecido desde o Preâmbulo da Constituição da República, e positivado simbolicamente no *caput* do artigo 5º constitucional, ao lado da vida, liberdade, igualdade e propriedade. Nessa moldura normativa, cuida-se de um direito de 1ª dimensão, integrante do plano dos direitos civis e políticos, eminentemente individual<sup>4</sup>, a exigir do próprio Estado uma abstenção (um não fazer), para preservar incólume o campo de autodeterminação e autonomia do indivíduo.

Uma matiz comum da segurança como direito individual é revelada pelo inciso XXXVI do artigo 5º do Texto Fundamental – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se da “segurança jurídica”, a qual nada mais é do que uma limitação ao ato estatal legislativo, impendendo-se a restrição ao patrimônio jurídico do indivíduo<sup>5</sup>. Na mesma linha, encontram-se diversos outros dispositivos desse mesmo artigo, dos quais são exemplos o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (inciso XL) e a própria cláusula do devido processo legal (inciso LIV). Vê-se que essas cláusulas têm em comum a restrição do poder do Estado perante o indivíduo.

A amplitude jurídica da segurança, porém, não se esgota nessa roupagem. Angariada a proteção contra eventuais arbítrios ou excessos do Poder Público, o cidadão passa a ter a legítima expectativa constitu-

---

adolescente” este mesmo indivíduo ao cometer um furto; ora, se se reconhece presente a imputabilidade (entendida como capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de postar-se de acordo com esse entendimento) para um fato mais gravoso, deve-se reconhecer necessariamente, s.m.j, a imputabilidade para um fato menos grave; também por essa construção, que em verdade é a mesma exposta antes, vê-se como é incompreensível fracionar-se a imputabilidade apenas para uma categoria de atos ilícitos, seja lá qual ela for; todas essas observações, entretanto, ficaram à margem das discussões no Congresso Nacional.

- 3 RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Madri: Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 249 e seguintes.
- 4 Interessante observar que a Constituição do Império de 1824 até as Constituições da República de 1891, 1934, 1937 e 1946, ao lançar a segurança como um direito, utilizavam-se da expressão “segurança individual”.
- 5 Nessa linha, vide: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 531.

cional de que sua segurança será preservada contra infortúnios criados por terceiros, alheios à relação indivíduo-Estado. Para atender a essa expectativa, erigiu o constituinte originário novamente o valor segurança à condição de direito fundamental, porém agora afeiçoado ao viés coletivo ou social. Nessa dimensão do direito fundamental à segurança, encontram-se as previsões do artigo 6º, *caput*, e especialmente no artigo 144, *caput*, da Constituição da República, nos quais repousa a segurança como direito de 2ª dimensão<sup>6</sup>, compondo o cenário dos direitos sociais, econômicos e culturais. Cuida-se aqui do verdadeiro direito fundamental à segurança pública<sup>7</sup>.

Registre-se, nesse ponto, que a identificação topográfica de direitos fundamentais no corpo da Constituição Federal não é o critério prevalente para se reconhecer a natureza de um direito fundamental. Assim sendo, um direito ganha o *status* de fundamental por seu caráter intrínseco, e não por estar alocado no artigo 5º ou no Título II da Constituição Federal. Essa interpretação sistemática e global do Texto Fundamental já encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há pelo menos 20 (vinte) anos, como se observa do julgamento da ADI 939 pelo Pleno deste Tribunal em 15/12/1993.

Dogmaticamente, o conceito jurídico de segurança pública<sup>8</sup> ainda é tratado de forma incipiente pela doutrina brasileira<sup>9</sup>. Da clássica obra

- 
- 6 Não se descuidava do registro doutrinário que, a despeito de enquadrar a segurança pública como um direito fundamental, atrela-o à previsão do artigo 5º, *caput*, do Texto Constitucional, sem qualificá-lo, portanto, como um direito de 2ª dimensão; nesse sentido: MEDINA, José Miguel García. **Constituição Federal Comentada**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 581. Há também quem sustente ser o direito fundamental à segurança pública um direito pluridimensional, pois traz em si caracteres das sucessivas dimensões, até mesmo da 4ª dimensão, qual seja o direito à paz, na terminologia de Paulo Bonavides, já que a segurança guarda ferramentas para sua consecução; nesse sentido, a interessante tese de mestrado de Fábio Alceu Mertens, defendida no Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, sob o título "O Direito Fundamental à Segurança Pública e o Serviço Público de Segurança Pública no Ordenamento Jurídico Nacional" (Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063547.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2015). Pela necessária delimitação temática, não se pormenorizará essa discussão, já que não se mostra imprescindível à construção ora em andamento.
- 7 Nessa linha: AVILA, Thiago André Pierobom. **A atuação do Ministério Público na Concretização do Direito Fundamental à Segurança Pública**. In Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, n. 4, Ano 2014, p. 159-189.
- 8 Ao lado das noções de segurança individual e de segurança pública, há também o conceito de segurança externa, que pode ser construído a partir do artigo 142 constitucional, na perspectiva de proteção ao Estado Brasileiro ou, na dicção constitucional, "defesa da Pátria". Para uma visão aprofundada da evolução do conceito de segurança nacional.
- 9 Consultados diversos manuais e cursos de Direito Constitucional, vê-se que, em alguns deles, o capítulo referente a segurança pública sequer é mencionado; em outros, quando há um tópico específico para o estudo do tema segurança pública, não há propriamente uma definição do que é segurança pública, limitando-se a análise, em geral, ao manuseio da literalidade do que está previsto no artigo 144. Na obra coletiva "Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, Ana Lúcia Sabadell esclarece: "A segurança é garantida como direito social no art. 6º da CF. Nesse âmbito, o Estado compromete-se a garantir a segurança de todos mediante ações (prestações de serviços aos titulares do direito), cujo objetivo é controlar e, na medida do possível, impedir (prevenção e repressão) interferências de terceiros que possam causar sensação de insegurança

de José Afonso da Silva, extrai-se a noção de segurança pública como o direito à preservação ou ao restabelecimento de uma convivência social que permita a todos gozarem de seus direitos e exercerem suas atividades sem perturbações de terceiros, salvo se estes se encontrarem nos limites da fruição de seus próprios direitos ou na defesa de seus legítimos interesses<sup>10</sup>.

Como é próprio dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, o direito fundamental à segurança pública exige atuações positivas do Estado, a dar concretude aos comandos constitucionais. Em outras palavras, para fazer frente ao dever jurídico que decorre do direito fundamental à segurança pública, deve o Estado empreender os meios necessários para disponibilizar e tornar operacional um aparato organizacional minimamente estruturado para conduzir as atividades ínsitas à proteção do indivíduo e da comunidade. Esse aparelhamento mínimo envolve, ao lado de outros aspectos, uma Polícia Civil que dê conta de sua função de polícia judiciária, exercida com exclusividade, e de sua função de apurar infrações criminais, desempenhada ao lado de outros órgãos da persecução penal.

Portanto, não há receio em se categorizar a segurança pública como um direito fundamental. Firmada essa premissa, cabe agora construir relações conceituais com as noções de direito subjetivo, garantia de direitos, serviço público e política pública, refinando-se a base terminológica do presente texto.

A segurança pública, ao lado do rótulo de direito fundamental de 2ª dimensão, comporta o enquadramento como um direito difuso, subespécie de direito metaindividual. Os direitos difusos, apesar de alguma controvérsia doutrinária relativa aos seus elementos conceituais, com a edição do Código de Defesa Consumidor, tem sua definição orientada pela previsão do artigo 81, parágrafo único, inciso I: são direitos metaindividuais, de natureza indivisível, atrelado a uma coletividade cujos membros são pessoas indeterminadas, a qual é jungida por circunstâncias de fato, e não por vínculo de ordem jurídica.

---

ou impossibilitar o exercício de direitos" (In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367).

10 **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 778. Essencialmente, atribuindo à expressão o mesmo sentido jurídico-semântico, encontra-se: PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. p. 628.

Em nosso sentir, a circunstância de se reconhecer em um direito os atributos de um “direito difuso” não retira seu conteúdo primordial de ser um direito subjetivo, ou seja, um direito titularizado por um sujeito, que se encontra em posição de sujeição ativa em uma dada relação jurídica; a característica da indeterminabilidade dos interessados, que marca os direitos difusos, não é prejudicial a essa conclusão. Rememore-se que a própria construção teórica dos direitos metaindividuais, que remonta a Mauro Cappelletti, ainda na década de 1970, longe de negar a individualidade desses direitos, tem por objetivo primordial potencializar um feixe de direitos subjetivos a ponto de se reconhecer um direito transindividual autônomo, de titularidade de um grupo ou da coletividade<sup>11</sup> e, com isso, maximizar a sua defesa e o respectivo acesso à Justiça<sup>12</sup>. Logo, não há qualquer incompatibilidade conceitual em se atribuir ao direito fundamental à segurança pública os contornos de um direito subjetivo<sup>13</sup>.

Avançando-se na busca do refino terminológico, é conhecida, na doutrina de Direito Constitucional, a clássica distinção existente entre direito e garantia, segundo a qual direito é uma disposição declaratória do conteúdo protegido, enquanto garantia é uma disposição assecuratória de um direito, buscando-se sua defesa e proteção<sup>14</sup>. Por essa perspectiva, não é possível afirmar, à luz dessa construção teórica, que o direito fundamental seja em si uma garantia, já que a segurança pública guarda em si um conteúdo declaratório próprio, ou seja, autônomo em

11 A construção teórica segue adiante para se conceber as subespécies dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos; os dois primeiros – difusos e coletivos – são tratados como direitos essencialmente coletivos, para os quais há a indivisibilidade do objeto, distinguindo-se pelo fato de os difusos serem caracterizados pela indeterminabilidade absoluta de seus titulares e os coletivos, pela indeterminabilidade relativa dos sujeitos ativos; por sua vez, os direitos individuais homogêneos são reconhecidos como direitos acidentalmente coletivos e qualificam-se pela divisibilidade de seu objeto e determinabilidade de seus titulares. Veja-se que, mesmo para os direitos difusos, não se nega a existência de titulares, mas tão somente o seu reconhecimento e verificação, leia-se, a sua determinação.

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-51.

13 Essa conclusão está longe da unanimidade na doutrina de processo coletivo; sustentando entendimento diverso, encontra-se, por exemplo, a expressão de Elpidio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira, citando-se Antonio Gidi: “Frise-se que mesmo o indivíduo favorável à tutela do direito difuso não é titular desse direito. A posição desse indivíduo é de portador “de um interesse” não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual [...] da comunidade ou coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente destinadas à sua propositura.” (In: **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 45). Especificamente para o tema da segurança pública, há quem afaste a titularidade individual do direito à segurança pública, reconhecendo-o, enquanto categoria jurídica, apenas como um direito social; nessa linha, vide: FABRETTI, Humberto Barrinuevo. **Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112 e seguintes.

14 Pautado pelos conceitos de Ruy Barbosa, Canotilho e Jorge Miranda, vide: MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

relação a outros direitos fundamentais. Ora, verifica-se que um determinado direito, se resguardado ou concretizado, amplifica a fruição de outro direito que lhe é correlato, não transmuda a natureza do primeiro em garantia. Com essa percepção, não é sustentável, por exemplo, que a saúde é uma garantia ao direito fundamental à vida, não obstante a imediata relação de instrumentalidade que aquele direito tem para este.

Por fim, também orbita o direito fundamental à segurança pública toda a rica base teórica pertinente aos conceitos de serviço público<sup>15</sup> e de política pública<sup>16</sup>. Para os fins propostos, também é possível articular ambas as ideias com o rótulo de direito fundamental, na exata medida em que cabe ao Estado brasileiro, sujeito passivo desse direito – ou titular do dever respectivo – conceber a política de segurança pública, em sua tríplice dimensão federativa, com o diagnóstico do problema social e a projeção e estruturação das linhas de sua atuação, periodicamente renovadas, o que deve incluir, por óbvio, serviços públicos atrelados à segurança pública, ou seja, prestações positivas, essencialmente *uti universi*, que buscam atingir os fins dessa mesma política.

Apresentados os contornos do direito fundamental à segurança pública, deve-se avançar para o delineamento do respectivo dever, o qual, em um Estado Democrático de Direito, é associado ao Estado, titular do monopólio do uso da força.

15 Na definição de Renato Alessi, tem-se que “En sentido bastante amplio y genérico [...] el concepto de servicio público viene substancialmente a comprender toda actividad em beneficio de la colectividad o de los particulares, tomando así el concepto de las ciencias económicas y financieras, en las que aquél se entiende de modo totalmente genérico como actividad dirigida a satisfacer las necesidades públicas. En un sentido ya más técnico y restringido se habla de servicios públicos para indicar las actividades [...] dirigidas a procurar una *utilidad* a los ciudadanos, tanto de orden jurídico como de orden económico-social. En tal caso, dentro de dicho concepto se deben distinguir dos clases de actividad: La primera comprende las actividades dirigidas a procurar una *utilidad* genérica a los ciudadanos *uti universi*, sin posibilidad de distinguir la cantidad de *utilidad* que cada ciudadano obtiene. La segunda, por el contrario, comprende las actividades encaminadas a procurar *utilidades* específicas a determinados ciudadanos que se sirven del servicio ofrecido por la Administración. Se trata, pues, de actividades que se convierten en un beneficio disfrutado por los ciudadanos *uti singuli*” (In: **Instituciones de Derecho Administrativo (Tomo II)**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970, p. 364).

16 O pensamento, com contornos jurídicos, relativo às políticas públicas no Brasil ainda está em processo de consolidação, de modo a se identificar inúmeras linhas conceituais para se expressar a noção elementar de política pública. Uma interessante corrente é denominada de multicêntrica. Segundo ela, “a caracterização de uma política como pública decorre da natureza do problema sobre o qual ela atua – no caso, o problema relevante para a sociedade (problema público), independentemente do sujeito que protagoniza sua elaboração e/ou implementação. Uma associação de moradores – pessoa jurídica de direito privado – pode desenvolver no bairro onde opera, por exemplo, campanhas de conscientização sobre coleta seletiva de resíduos sólidos, de prevenção de dengue, de limpeza de terrenos baldios, de plantio de árvores em áreas verdes, até mesmo sem a participação do Poder Público. As políticas públicas protagonizadas pelo Estado, independentemente da esfera de poder que as protagoniza, são denominadas políticas governamentais (GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Políticas Públicas**. In: SABELLA, W.P., POZZO, A.A.F. e FILHO, J.E.B. (Org.). **Ministério Público: Vinte e Cinco Anos do Novo Perfil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 289.

## 2 SEGURANÇA PÚBLICA: UM DEVER FUNDAMENTAL

Na temática da segurança pública, o dever correspondente é estampado pela literalidade do artigo 144, *caput*, da Constituição da República, em que se lê: “A segurança pública, *dever* do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos”. A toda evidência, a segurança pública é um dever fundamental do Estado brasileiro. Mais uma vez, pela literalidade do texto, em uma primeira impressão, parece não ser uma questão que demanda outras considerações.

Contudo, também aqui, a própria categoria dos deveres fundamentais é outro aspecto constitucional não muito bem explorado pela doutrina brasileira<sup>17</sup>, não obstante o Capítulo I do Título II do Texto Fundamental, em que se encontra o artigo 5º, seja rotulado como “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Em geral, o exame do tema esgota-se na construção jurídica elementar segundo a qual a todo direito corresponde o respectivo dever, de modo a ser descenssário qualquer esforço para se construir uma teoria dos deveres já que seu conteúdo já seria abarcado pela respectiva teoria do direito a que ele corresponde. Logo, ao se delinear a sujeição passiva de um direito fundamental, seriam identificados os contornos do respectivo dever fundamental e essa correlação seria o bastante.

Malgrado a literalidade constitucional, entende-se como imprescindível avançar, ainda que brevemente, sobre a compreensão do tema, para se permitir um melhor exame do objeto fulcral deste artigo, já que, em alguma medida, examinar a exigibilidade do “plantão policial” é também examinar quais providências concretas estão compreendidas e até que ponto na prestação estatal que busca desincumbir-se do dever de segurança pública.

Antes de se dizer o óbvio no que toca ao artigo 144 do Texto Fundamental, é imperioso construir uma argumentação histórico-sociológica que, em nossa visão, muito explica a debilidade estatal na condução da segurança pública brasileira nos dias de hoje. A análise remonta à

---

17 Para uma visão de maior fôlego sobre os deveres fundamentais, vide os artigos “Derechos fundamentales y deberes fundamentales?” de Luis María Bandieri e “Deveres Fundamentais” de Dimitri Dimoulis e Leonardo Margins, ambos encontrados na obra “Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais”, Coordenadores LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel. Salvador: Juspodivm, 2011.

década de 1980, especificamente no período de redemocratização, em que se deu a forjadura do Texto Fundamental de 1988.

A partir de uma cuidadosa leitura desse período histórico, o antropólogo Luiz Eduardo Soares explica que, para viabilizar a transição do regime autoritário para a democracia, a temática da segurança pública manteve-se revestida na forma e, mais do que isso, nos valores ínsitos à caserna, não tendo havido, na época, espaço institucional para um debate amplo visando à reformulação drástica da segurança pública. Encontra-se, portanto, na Constituição da República de 1988, na esfera da segurança pública, uma âncora autoritária, a qual tem impedido ou, no mínimo, tem restringido o avanço brasileiro no enfrentamento da criminalidade, na perspectiva da eficiência e resguardada a observância dos direitos fundamentais. Em suas palavras<sup>18</sup>:

No domínio especificamente público, deve-se destacar a natureza do pacto político que viabilizou a transição para a democracia. As lideranças militares negociaram uma posição de força, a partir da qual calibraram o *timing* e a extensão da “descompressão”. Os líderes civis não ousaram tocar no cordão umbilical que ligava as polícias militares ao Exército. Não julgaram adequado pôr em risco o processo em nome de exigências voltadas para a reorganização radical da segurança pública, terreno pantanoso, ainda fortemente marcado pela doutrina da segurança nacional, em cujo âmbito a meta era defender o Estado.

Quando se instaura o Estado democrático de direito, o destinatário da segurança pública passa a ser a cidadania e a própria expressão “segurança pública”, passa a significar estabilização de expectativas positivas quanto à cooperação social e quanto à fruição dos direitos. Não obstante, essa alteração radical de finalidade, o arranjo insitucional consagrado na Constituição, no artigo 144, mantém a arquitetura institucional legada pelo regime militar. É verdade que princípios e valores democráticos foram adicionados e que as novas metas foram afirmadas. Entretanto, os novos componentes convivem com a estrutura organizacional anterior. Supunham, certamente, os legisladores, que as antigas formas acabariam por adaptar-se aos novos conteúdos, isto é, às novas finalidades e ao novo ambiente normativo, voltado para a defesa dos direitos. Subestimaram a força coercitiva da forma sobre o conteúdo. Não compreenderam o peso determinante das estruturas organizacionais sobre seu funcionamento real, sobretudo quando as culturas

18 **Raízes do Imobilismo Político na Segurança Pública.** In: Revista Interesse Nacional, Ano 5, Número 20, jan. a mar. 2013. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/raizes-do-imobilismo-politico-na-seguranca-publica/>>. Acesso em: 9 ago.2015.

corporativas atravessam intocadas o umbral da transformação histórica. São as culturas profissionais das polícias que movimentam os mecanismos de gestão e põem em prática – ou não – os mandamentos constitucionais, pela via oblíqua das emoções, dos valores e das crenças de suas elites dirigentes. Não deveria causar surpresa o fato de que navas arcaicas, conduzidas por profissionais formados na e para a ditadura, mantivessem rumos superados apenas no espírito da Constituição.

Ainda que deveras incisivas as palavras do autor, essa dualidade axiológica da segurança pública no plano histórico-social auxilia na compreensão das renitentes dificuldades encontradas no dia a dia da atividade policial, especialmente o emprego da violência para além do âmbito das causas excludentes da ilicitude (leia-se, a violência como método de trabalho ou a própria tortura), e também do vácuo no debate político de questões importantíssimas relativas à temática, como a desmilitarização da força policial e da unificação das polícias.

Assentada essa premissa, cumpre examinar a previsão do artigo 144 da Constituição da República para dele extraiem-se os caracteres essenciais de um dever fundamental de segurança pública por parte do Estado brasileiro.

Em uma leitura segmentada desse artigo constitucional, identificam-se as seguintes construções: (i) a relação Estado, indivíduo e sociedade em torno da segurança pública (*caput*, 1ª parte); (ii) as finalidades da segurança pública (*caput in fine*); (iii) o rol dos órgãos que compõem o aparato estatal a serviço da segurança pública (incisos); (iv) estruturação mínima e competência material da polícia federal, única regradada com algum grau de detalhe (§ 1º); (v) estruturação mínima e competência material das demais polícias, apresentadas de forma enxuta (§§ 2º a 6º); (vi) remissão à legislação infraconstitucional para a complementação do regramento das diversas polícias, “de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (§ 7º); (vii) autorização constitucional para criação de guardas municipais, como instrumento de garantia de seus bens, serviços e instalações dos Municípios (§ 8º); (viii) a utilização do subsídio como forma de remuneração dos integrantes dos órgãos policiais arrolados (§ 9º); e (ix) pormenorização do conteúdo da segurança viária e estruturação mínima e competência material dos respectivos órgãos (§ 10, introduzido pela Emenda Constitucional n. 82/2014).

Antes de se abordar o artigo 144 da Constituição Federal de uma

forma diferenciada, cumpre rememorar, ainda que rapidamente, aspectos ordinários dos estudos sobre o tema “segurança pública”, a qual está assentada essencialmente em três abordagens complementares, já clássicas em estudos sobre o tema (no plano do Direito Constitucional e das Ciências Criminais).

A primeira delas trabalha com a dualidade de objetivos da atividade policial, tendo, de um lado, o policiamento preventivo ou administrativo e, de outro lado, o policiamento repressivo ou judiciário<sup>19</sup>. Em breves linhas, a polícia preventiva atua antes da ocorrência do ilícito, buscando justamente evitar a sua prática; por essa razão, a polícia preventiva é marcada pelo caráter ostensivo e pela multiformidade de situações compreendidas em sua atuação. Por sua vez, a polícia repressiva ou judiciária<sup>20</sup> entra em cena após a ocorrência de um ilícito penal, buscando elucidar a materialidade e autoria da infração penal para, com isso, permitir-se a concretização da persecução penal pelo Sistema de Justiça; a rigor, a polícia repressiva é (deveria ser) pautada por uma atividade discreta, como técnica para potencializar o êxito das investigações. Hodiernamente, no Brasil, essa distinção tem comportado substanciais relativizações, principalmente pelo avanço da Polícia Militar, responsável primária pelo policiamento ostensivo, no campo da atividade investigativa<sup>21</sup>, e também pela circunstância de às instituições policiais se conferirem diversas outras atribuições administrativas que não se associam propriamente à segurança pública.

19 Para uma abordagem de maior fôlego sobre o tema, vide o artigo de José Cretella Júnior “Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro”, na obra *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

20 Em uma leitura crítica, pode-se identificar um ranço autoritário na expressão “polícia judiciária”, por meio da qual a “polícia”, no caso, a Polícia Civil e a Polícia Federal, é associada eminentemente à função do Poder Judiciário, em um traço ainda inquisitorial do sistema; com isso, põe-se à margem a atuação do Ministério Público, Instituição a quem incumbe a titularidade da ação penal e, por conseguinte, a atribuição de dar vida perante o Poder Judiciário ao que foi objeto de investigação pela polícia repressiva, na plena significação do sistema acusatório. Não por outra razão, em diversos países, há uma nítida aproximação da atividade policial ao Ministério Público, ainda que sem propriamente uma subordinação hierárquico-funcional; para uma noção dessa visão cultural diferenciada, vide o documento “*National Prosecution Standards*”, produzido pela *National District Attorneys Association*, em seu Capítulo 5 da Parte II (disponível em [www.ndaa.org](http://www.ndaa.org)), especialmente a construção da interessante figura do “*liaison officer*”.

21 Dois dados comprovam essa constatação. O primeiro deles é a possibilidade de a Polícia Militar e a própria Polícia Rodoviária proceder à lavratura de termos circunstanciados, procedimento por meio do qual se formalizarão os elementos de informação relativos à prática de uma infração penal, em geral de menor potencial ofensivo ou de trânsito e colhidos “*in situ*”, uma vez acionada a guarnição; sobre o tema, vide o julgamento do pedido de providências n. 1461/2013-22 pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O segundo deles é a constatação empírica, vivenciada em alguns municípios do próprio Estado de Santa Catarina, de que investigações de maior relevo têm sido conduzidas precipuamente pela Polícia Militar (a partir da figura do “P2”, *rectus* o serviço reservado de inteligência e contra-inteligência), dada a fragilidade institucional atual da Polícia Civil; não é raro escutar a fala de que a Polícia Civil, no mais das vezes, trabalha como um “cartório da Polícia Militar”, apresentando ao Sistema de Justiça, a título de atividade investigativa, tão somente os casos em que foi possível a prisão em flagrante, não havendo propriamente uma investigação autônoma de crimes.

A segunda abordagem foi amplamente debatida, no Brasil, nos últimos anos: cuida-se da discussão acerca da titularidade das investigações preliminares à persecução penal *in judicio*; em outras palavras, o fato de a Constituição atribuir às polícias federal e civil a apuração das infrações penais (§§ 1º e 4º) exclui, ou não, a possibilidade de órgãos e Instituições diversas, tais como: Ministério Público<sup>22</sup>, Tribunais de Contas, Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras, de proceder às suas próprias investigações, nos limites de suas atribuições, das quais poderão resultar os contornos de uma infração penal. O sepultamento popular da PEC 37, por meio das manifestações de junho de 2013, as quais ganharam voz na Câmara dos Deputados, e o conteúdo de reiteradas decisões dos Tribunais Superiores colocaram definitivamente um ponto final nessa risível construção jurídica: a atividade de investigação não se concentra exclusivamente nas mãos das polícias federal e civil, cabendo também a outras esferas do Estado de Direito Democrático Brasileiro<sup>23</sup>.

Por último, uma terceira abordagem ordinária do artigo 144 constitucional refere-se à compreensão dos órgãos estruturados a serviço da implementação das políticas de segurança pública, com as respectivas discussões, em geral, de cunho *interna corporis* e que em nada ou pouco contribuem para o deslize do dever fundamental à segurança pública por parte do Estado<sup>24</sup>. Com algum esforço, é possível alinhar-se três discussões que orientam, ainda que em caracteres secundários, o delineamento do dever de segurança pública: (a) a previsão do artigo 144 do Texto Fundamental é de observância obrigatória por parte dos Estados-Membros, razão pela qual não é possível a inclusão de órgãos diversos no catálogo constitucional; nesse sentido, não é possível se

---

22 Não obstante arrolado o Ministério Público ao lado de outros órgãos e Instituições, a discussão relativa ao poder de investigação do Ministério Público é peculiar diante dos demais, justamente pela constatação de que o *Parquet* é titular exclusivo da ação penal pública, o que lhe permite, pela teoria dos poderes implícitos e por diversos outros fundamentos, proceder à investigação de fatos que potencialmente tenham relevância penal, antes de se deduzir a pertinente ação penal. A obviedade dessa afirmação fala por si só.

23 Os comentários à PEC 37 já foram feitos em nota de rodapé anterior. De relevo e novamente particularizando a discussão para o Ministério Público, rememora-se que o Supremo Tribunal Federal, em conclusão do julgamento do RE 593727, submetido à técnica da repercussão geral, reconheceu o poder de investigação do *Parquet*, estabelecendo os limites dessa atribuição. Até a conclusão do presente artigo, a ementa do acórdão ainda não havia sido disponibilizada no endereço eletrônico da Corte Constitucional.

24 Uma constatação empírica do que se afirma é facilmente obtida pela visão global da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De um lado, examinando-se os temas já reconhecidos como de repercussão geral no âmbito desta Corte, verifica-se que todos aqueles que guardam relação com o artigo 144 da Constituição da República dizem respeito essencialmente ao regramento estatutário de membros das forças policiais (temas 65, 375, 646, 687, 717 e 753). De outro lado, ao examinar-se o periódico "A Constituição e o Supremo", publicado pelo STF, vê-se que a grande maioria das entradas alocadas no artigo 144 também referem-se a aspectos orgânicos das forças policiais.

incluir de forma autônoma os Institutos Gerais de Polícia<sup>25</sup>, a figura da Polícia Penitenciária<sup>26</sup> e o Departamento de Trânsito<sup>27</sup> como órgãos de segurança pública; (b) a segurança pública só será socialmente financiada por intermédio do pagamento dos impostos, não sendo possível a cobrança de taxa<sup>28</sup> diante do requerimento de particular para a disponibilidade de efetivo da Polícia Militar para resguardar evento aberto ao público; e (c) direito de greve de servidores públicos integrantes das forças policiais: essa discussão, pela via reflexa, muito importa ao objeto de análise do presente artigo, já que, ao se verificar a pertinência do direito de greve aos servidores dos órgãos de segurança pública do Estado, deve-se examinar em que medida a atividade por eles conduzida, dada a magnitude de função social, comporta interrupções; assim sendo, mais considerações sobre o tema serão apresentadas no tópico seguinte; contudo, para não se perder a sistematicidade do texto, vale registrar que o Supremo Tribunal Federal, por sucessivos precedentes de seu Pleno, já assentou que os servidores públicos que atuam em “atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito” [de greve] (Rcl 6568, DJe 25/9/2009)<sup>29</sup>.

Ora, esgotados esses três aspectos, é inafastável a conclusão acerca da baixa densidade normativa desse artigo constitucional, o qual, como visto, versa essencialmente sobre aspectos orgânicos dos diversos ramos da polícia, havendo pouquíssimas disposições estruturantes da segurança pública enquanto política pública. Aqui, a nosso ver, tem-se indicativo a corroborar a tese do sociólogo Luiz Eduardo Soares, acima mencionado, segundo a qual o legislador constituinte originário preocu-

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2827/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2010. Diário de Justiça Eletrônico.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 236/RJ. Relator Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 1º jun. 1992. Diário de Justiça.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1182/DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 10 mar. 2006. Diário de Justiça.

28 No exame da medida cautelar da ADI 1942, o STF reconheceu que a situação fática em questão não se amolda à nenhum dos possíveis fatos geradores da espécie tributária “taxa”, já que, de um lado, não se cuida propriamente do exercício do poder de polícia, e, de outro lado, a segurança pública é um serviço público indivisível (*uti universi*) e não específico. Veja-se que neste e em outros precedentes do Supremo, a questão de fundo, a rigor, não se refere à possibilidade ou não de o Estado dispor de seu efetivo para a segurança de eventos organizados por particulares.

29 No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 11246-AgR. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 fev. 2014. Diário de Justiça Eletrônico.

pou-se mais em conservar a estrutura dos órgãos de segurança pública existente à época do que propriamente dar um novo significado a ela, arrolando princípios, fundamentos e diretrizes de matiz democrática.

Veja-se que, no ponto, o artigo 144 do Texto Fundamental destoa do restante de suas disposições, especialmente as reguladoras de direitos sociais, como o direito à saúde (artigos 196, 198 e 200), direito à previdência social (artigos 201 e 202), direito à assistência social (artigos 203 e 204) e notadamente o direito à educação (artigos 205 a 212), entre diversos outros. Em todos esses nichos constitucionais regulatórios de direitos sociais, tem-se uma profusão de normas verdadeiramente estruturantes da respectiva política pública, as quais diuturnamente ganham uma exponencial aplicação na realidade brasileira, na exata medida em que, como o evoluir do pensamento constitucional, superou-se o tacanho conceito de norma constitucional de eficácia programática<sup>30</sup> para em seu lugar introjetar-se o ressoante conceito de força normativa da constituição<sup>31</sup>.

É inegável que dessa omissão constitucional em matéria de segurança pública surtam sensíveis efeitos práticos em múltiplas dimensões.

A primeira delas está na ampla discricionariedade conferida ao legislador e, na mesma medida, ao próprio administrador, na construção de uma política de segurança pública, nos âmbitos nacional, regional e local, já que o Texto Fundamental não lança diretrizes muito claras ou concretas sobre o tema, para além daquelas de natureza orgânica, anteriormente vistas. Com essa abertura normativa, padece o País diante do diminuto poder de coordenação da União na planificação de linhas gerais para a segurança pública<sup>32</sup>, da inabilidade ou, para dizer o menos, da irresolução do Estado-Membro em construir soluções de

30 A terminologia remonta à obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", de José Afonso da Silva, a qual, ainda que "superada", apresenta-se como um marco na construção do pensamento nacional sobre a Teoria das Normas Constitucionais. Para este autor, as normas constitucionais são classificadas como de eficácia plena, contida e limitada; estas, por sua vez, subdividem-se em de princípio institutivo e de princípio programático.

31 Esta construção doutrinária, por sua vez, remonta ao pensamento de Konrad Hesse, jurista alemão que, no pós 2ª Guerra Mundial, em conferência proferida na Universidade de Freiburg, no ano de 1959, trouxe as bases da concepção normativa de Constituição, estabelecida em obra posterior - "A força normativa da Constituição"; para Hesse, a Constituição é elevada ao *status* de norma jurídica e não mais um mero documento político, sendo provida de força vinculante e obrigatória, em posição de supremacia no ordenamento jurídico; com esses contornos, a Constituição tem força normativa e pode modificar a realidade; ainda segundo o autor, a força normativa da Constituição será tão forte quanto for a convicção de uma comunidade sobre a importância de sua Constituição ("vontade de Constituição" ou *Wille zur Verfassung*).

32 Nessa linha: BRASIL. Lei Federal n. 11.530, de 24 de outubro de 2007, a qual "Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI e dá outras providências.

segurança condizentes com a realidade regional, atentando-se para suas particularidades locais, e da inação do Município, pela restrição da competência material que lhe foi atribuída nessa seara. No ponto, a normatização constitucional da matéria não foi suficiente sequer para se distinguir um norte, um rumo para o qual se deve caminhar, um objetivo perene a orientar as atividades estatais, o que fragiliza o processo cultural de construção e acumulação de práticas exitosas na política de segurança pública.

A segunda grande dificuldade, decorrente da escassez normativa da Constituição Federal em matéria de segurança pública, é um corolário da primeira: por não haver contornos minimamente visíveis no plano constitucional, encontram-se enormes dificuldades em se proceder ao controle da Administração Pública no tocante à implementação deficiente de uma política de segurança pública por intermédio do Sistema de Justiça, em especial, a partir da atuação extrajudicial e judicial do Ministério Público, já que não há uma referência constitucional que funcione como paradigma para se fomentar ou, se preciso, exigir do Estado-Administrador determinadas prestações ou práticas de segurança pública. Com isso, a atuação estatal deixa de ter a relevantíssima contribuição decorrente da vivência do mecanismo dos *checks and balances*<sup>33</sup>, por meio do qual o diálogo entre as Instituições, ainda que no bojo de um processo judicial, enriquece a *praxis* e garante um mínimo de eficiência e compromissos de longo prazo com determinada política pública. Em geral, a construção jurídica utilizada para barrar esse diálogo é o princípio da separação dos Poderes, descrito no artigo 2º da Lei Fundamental, a impedir a ingerência do Poder Judiciário nas decisões político-administrativas do Estado, presentes as razões de conveniência e oportunidade no planejamento da segurança pública.

Nesse quadro, em concreto, verifica-se que os grandes problemas de segurança pública, particularmente no Estado de Santa Catarina, não ganham vida no Sistema de Justiça tal como ganham os também grandes problemas da saúde e educação públicas, por exemplo. É de se causar estranheza<sup>34</sup> que sejam dedutíveis e encampadas pelo Poder Judiciário

33 Não se descuidada da circunstância de que a expressão, em sua construção remota, orbita a ideia de controle recíproco entre os Poderes do Estado, de modo a evitar o excesso de um braço estatal; porém, no caso, a omissão ou deficiência estatal desmesurada, se impassível de controle externo, não deixa de ser um excesso, tendo a mesma repercussão político-social.

34 Aqui, por óbvio, a estranheza não está na louvável iniciativa e no mérito das referidas ações, que apenas buscam a defesa dos outros direitos sociais mencionados.

(i) ações com pedidos de vagas em creches, inclusive com o custeio perante a rede privada, se necessário; (ii) criações de turmas de ensino noturno, ainda que com demanda diminuta; (iii) ações cominatórias de medicamentos e procedimentos cirúrgicos, às vezes orientadas por médicos alheios ao Sistema Único de Saúde; e (iv) ações para manutenção ou criação de leitos em hospitais se, ao mesmo tempo, não seja sujeito a controle jurisdicional o ato administrativo (ou a política pública) que resulta na restrição do horário de atendimento de uma Delegacia de Polícia ou na diminuição do efetivo da Polícia Militar, a ponto de não haver guarnições suficientes para se atender com uma qualidade mínima uma determinada comunidade.

Na leitura que ora se constrói, atribui-se esse perfil jurisdicional diferenciado à intervenção em matéria de segurança pública justamente à baixa densidade normativa do Texto Constitucional nesse tema, especialmente se comparada à existente para outros direitos fundamentais. Por conta disso, ações que judicializam aspectos da política de segurança pública projetam aos juízes, ainda que por iniciativa da parte, em geral o Ministério Público, a expectativa de construir<sup>35</sup> parâmetros casuísticos para se examinar e, na sequência, impor-se ou não, uma determinada prestação positiva de segurança pública, *v.g.* a definição do adequado horário de funcionamento de uma Delegacia de Polícia ou a identificação de critérios que apontem o número suficiente de policiais militares para atender a uma comunidade<sup>36</sup>. Ao deparar-se com tal lógica decisória, o Poder Judiciário também encontra um cenário novo e repleto de desafios<sup>37</sup>, cuja essência da discussão está exatamente nos contornos e, por conseguinte, na exigibilidade jurídico-constitucional do direito fundamental à segurança pública e o respectivo dever estatal.

35 A afirmação tangencia toda a (cansativa) discussão concernente ao ativismo judicial, função criativa da jurisdição e decisionismo judicial; a despeito das críticas, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos 10 (dez) anos, julgou diversos casos em que, sem eufemismo, o conteúdo da decisão manifestamente estabeleceu um regramento para a questão de fundo examinada; exemplo lapidar está no julgamento da demarcação da terra indígena Raposa do Sol, na Pet 3388, julgada em 19/3/2009.

36 Partindo-se da premissa de que não há uma hierarquia entre os direitos sociais, ontologicamente, não há qualquer distinção entre essas determinações em matéria de saúde e educação e em matéria de segurança pública.

37 J.J.G. Canotilho, no artigo "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais', enuncia o papel dos juízes frente ao nível essencial das prestações concretizadoras de direitos sociais: "O problema é, afinal, neste contexto, o de saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a *direção* constitucional dos direitos sociais. O limite que os tribunais constitucionais invocam, em geral, é o de que não lhes pertence interferir nas *políticas públicas* - e com esta posição de princípios estamos fundamentalmente de acordo. Resta saber se o *ecological approach* da função judicial não vai entrar decisivamente na extrinsecação dos direitos sociais". In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267-268.

Cumpra agora, na conclusão deste tópico, repassar o conteúdo do artigo 144 da Constituição da República na busca de dele extrair algum substrato normativo que realmente auxilie a delimitação do dever fundamental de segurança pública que recai sobre o Estado brasileiro. Nesse esforço interpretativo, subsumem-se três ideias de relevo, as quais serão abaixo pormenorizadas.

Inicialmente, há de se destacar que o legislador constituinte originário optou pelo emprego da expressão “segurança pública” para expressar essa temática constitucional, abandonando a expressão “segurança nacional”, constante da Emenda Constitucional n. 01/1969, reformuladora da Constituição Federal de 1967. Há uma distinção fundamental entre os conceitos: a segunda expressão, em uma leitura sociológica e histórica, remete propriamente à segurança do Estado como ente soberano (“doutrina da segurança nacional”), não necessariamente associado aos interesses da comunidade que lhe dá vida<sup>38</sup>; a expressão “segurança pública”, por sua vez, aproxima-se do referencial do indivíduo, sujeito de direitos e razão última de toda e qualquer atividade estatal, prestigiando-se a convivência pacífica e harmoniosa da comunidade, pautada por valores jurídicos e éticos<sup>39</sup>. Não obstante o inegável avanço na expressão consagrada, ainda se faz presente a conclusão do sociólogo Luiz Eduardo Soares, já retomada algumas vezes, pois a construção textual do artigo 144 não faz um claro registro entre as atividades ínsitas à segurança pública e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo<sup>40</sup>.

Avançando na compreensão do artigo 144, especificamente em seu *caput*, é possível identificar o elenco do que se poderia rotular como finalidades ou objetivos da segurança pública, quais sejam, “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A primeira finalidade da segurança pública é, na literalidade constitucional, a preservação da ordem pública, expressão esta de plurissignificação, verdadeira cláusula geral que faz penetrar na ordem constitucional a gama de valores presentes na sociedade brasileira

38 Entretanto, a expressão “segurança nacional” não é desconhecida da Constituição de 1988, tendo sido empregada no artigo 173, *caput*, para construir-se uma das hipóteses constitucionais autorizadoras da exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Ademais, rotundo exemplo desse significado da expressão está na Lei Federal n. 7.170/1983, denominada de “Lei da Segurança Nacional”.

39 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001. p. 428.

40 Para aprofundar a compreensão da evolução de segurança nacional para segurança pública, com apontamentos pertinentes ao novel conceito de “segurança cidadã”, vide: FABRETTI, op. cit. p. 65-68.

de seu tempo. Como é consabido, por meio da técnica das cláusulas gerais, transforma-se o direito positivo de um sistema hermético para um sistema aberto, por meio do qual o intérprete soma sua atividade à do legislador, no processo de construção da solução normativa para o caso concreto<sup>41</sup>.

Reconhecida a porosidade da expressão, compreende-se a dificuldade em se apresentar uma definição estanque, já que seu significado só será melhor revelado à luz do exame de um caso concreto; entretanto, pode-se dizer que a ordem pública reúne o conjunto de dinâmicas sociais estabelecidas e que dão funcionalidade à vida em sociedade, exigindo-se, portanto, sua preservação por parte do Estado. Exemplo lapidar de projeção estrita desse conceito está na previsão do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, ao se erigir a ordem pública como um dos pressupostos da prisão preventiva, nos contornos do *periculum libertatis*<sup>42</sup>.

Há quem reconheça na expressão uma carga semântica repressiva ou, para dizer o menos, conservadora, já que qualquer deturpação ou alteração do equilíbrio social pode ser lida como violadora da ordem pública e, por conseguinte, passível de acionar os mecanismos de segurança pública; constrói-se essa crítica na premissa de que a vida em sociedade deve comportar o antagonismo de ideias e aspirações, do qual podem decorrer modificações e evoluções das práticas e dinâmicas sociais; entretanto, se manipulado o conceito de ordem pública, fecha-se a sociedade a esses embates, reprimindo-os ou desestimulando-os<sup>43</sup>.

41 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 198.

42 Em que pese se tratar de uma cláusula geral e, portanto, de significação aberta, o Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, bem conseguiu examiná-lo na condição de pressuposto para a prisão cautelar: “o conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídicopositiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101300. Brasília, 18 nov. 2010. Diário de Justiça Eletrônico).

43 As manifestações de junho de 2013 no Brasil são um interessante exemplo de como uma mesma movimentação social pode comportar leituras diversas, ora prestigiadas em seu viés democrático, ora reprimidas pelas forças policiais sob o argumento de deturpação da ordem: tome-se o exemplo concreto vivenciado na cidade de São Paulo; na virada de um dia para outro de manifestações, depois de ter sido criticada por uma suposta omissão em debelar alguns episódios de depreciação de patrimônio, a Polícia Militar foi mobilizada e, mediante intervenções planejadas, interveio em diversos pontos de manifestação, afastando-se a população da rua. Os episódios de junho de 2013 revelaram, com clarividência, a dificuldade institucional de as Polícias

Por sua vez, a segunda expressão – incolumidade das pessoas e do patrimônio – não guarda qualquer mistério, pois apenas trava a relação instrumental que deve haver entre as práticas de segurança pública e os interesses dos indivíduos, razão última dessa e de todas as demais competências do Estado. Nesse ponto, rememore-se o que já dito linhas atrás no que toca ao silêncio constitucional em fazer uma clara correlação entre as atividades de segurança pública e o respeito aos direitos fundamentais.

Em arremate, no § 7º, tem-se a positivação do valor “eficiência” na condução das atividades associadas aos órgãos de segurança pública. Interessante observar que a eficiência<sup>44</sup>, como princípio basilar da Administração Pública em geral, somente foi incorporado no Texto Constitucional pela Emenda n. 19/1998, com a alteração no artigo 37, *caput*; por sua vez, no campo da segurança pública, a eficiência já consta desde o texto inaugural de 1988; entretanto, a discussão jurídica sobre o conteúdo desse princípio somente avançou com a referida emenda constitucional, debruçando-se a doutrina para sua compreensão.

Cuida-se, novamente, de conceito demasiadamente amplo, mas que é bem captado, em suas linhas gerais, pela acuidade teórica de José dos Santos Carvalho Filho, que conclui que “o núcleo da eficiência é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”<sup>45</sup>.

Há reconhecidas críticas à positivação da eficiência como princípio da Administração Pública, que também alcançam esse parâmetro previsto para as atividades de segurança pública. De um lado, afirma-se que se trata de uma previsão desnecessária, pois é da própria natureza do Estado Democrático, a serviço da sociedade, primar o exercício de suas funções pela eficiência. De outro lado, questiona-se a dificuldade, em termos operacionais, de se mensurar a eficiência, pois não há critérios práticos ou consensuais que dão-lhe conteúdo, o que diminui sua carga normativa, não trazendo qualquer modificação real na atividade administrativa do Estado brasileiro.

---

Militares atuarem em movimentações democráticas de grande vulto.

44 Na redação do projeto de emenda constitucional que redundou na EC n. 19/1998, utilizava-se a expressão “princípio da qualidade do serviço prestado”.

45 **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

O que importa ao presente trabalho, a previsão do artigo 144, § 7º, da Constituição da República revela um comando claro ao legislador infraconstitucional: as leis orgânicas de segurança pública devem alicerçar a organização e o funcionamento dos órgãos na garantia da eficiência de suas atividades.

No ponto, deve-se manter em mente que a eficiência revela-se em dois planos, a saber: o endógeno e o exógeno. Logo, a busca da eficiência não se limita a estabelecer dinâmicas de trabalho que otimizem a realidade *interna corporis* do órgão de segurança pública (eficiência endógena); ao lado disso, deve-se buscar amplificar a atividade para o cidadão que demanda as atividades de segurança pública, facilitando seu acesso e aprimorando a qualidade do serviço prestado (eficiência exógena).

Percorrido o artigo 144 da Constituição da República, pelos vieses acima categorizados, a última e mais importante abordagem do dever de segurança pública do Estado brasileiro está na compreensão de quais prestações materiais resguardam o núcleo essencial do respectivo direito fundamental à segurança pública, de modo a se fazer presente em toda e qualquer política de segurança pública. Não se incorrerá neste texto em tamanha pretensão, por duas razões óbvias.

A primeira está na limitação temática do artigo, o qual se concentra justamente no exame do plantão da Polícia Civil como providência inafastável do Estado na concretização do direito fundamental à segurança pública, leia-se, o plantão policial compõe a relação de prestações materiais estatais inerentes ao dever de segurança pública.

A segunda está na dificuldade dogmática ínsita ao tema, a qual é revelada em dois planos. No plano da Teoria dos Direitos Fundamentais, há profunda discussão acerca do conteúdo mínimo intrínseco a um direito fundamental (e, por conseguinte, do dever a ele associado)<sup>46</sup>, o que, em outras palavras, significa examinar o “núcleo essencial” de um direito fundamental<sup>47</sup>. No plano do das Ciências Criminais, por sua vez, pensar o conjunto de intervenções estatais basilares visando à concretização da segurança pública significa projetar verdadeiramente as linhas estruturantes da própria política de segurança pública.

46 Para uma interessante abordagem do tema, vide: SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

47 Mais uma vez, J.J.G. Canotilho, no artigo “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais”, bem posiciona a extensão do conceito de “núcleo essencial” para os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261-262.

Logo, no tópico seguinte, à luz do que foi acima exposto, buscar-se-á a compreensão do problema concreto que peculiariza a atuação da Polícia Civil no Estado de Santa Catarina: a restrição de horários das Delegacias de Polícia, em especial as localizadas em Municípios sede de Comarca, com a interrupção de suas atividades em horário noturno, nos finais de semana e feriados, períodos em que há o direcionamento do registro de fatos penalmente relevantes para unidades regionais, instaladas em cidades de maior porte.

### 3 UM NECESSÁRIO REDIMENSIONAMENTO DA QUESTÃO ENFRENTADA: INTERRUPTÃO DA ATIVIDADE DA POLÍCIA CIVIL OU MERA REDISTRIBUIÇÃO TERRITORIAL DAS DELEGACIAS DE POLÍCIA

Antes de se perscrutar propriamente a questão mote deste artigo, há de se fazer uma adequação epistemológica na condução deste texto, para a correta compreensão do tema: a interrupção da atividade da Polícia Civil, em algumas Delegacias de Polícia – em geral, de Municípios menores – e em momentos determinados –, à noite, nos finais de semana e no feriado –, não caracteriza, pelo menos formalmente, uma cessação absoluta do serviço público prestado por esse órgão, já que, durante esses intervalos, a atuação policial é direcionada a uma unidade regionalizada, na qual a atividade será desempenhada plenamente. Logo, *a priori*, é sustentável, que, o que ocorre, a rigor, é “apenas” uma reorganização territorial da atividade da Polícia Civil em regime de plantão, visando a otimizar os recursos materiais e, sobretudo, os recursos humanos necessários à manutenção dos serviços por ela desempenhados. Por meio desse expediente, sustentam seus defensores, busca-se desonerar o efetivo de policiais para o desempenho das atividades de investigação propriamente ditas<sup>48</sup>, já que esses não mais terão suas horas

48 Por sua vez, a compreensão da necessidade administrativa de se otimizar a alocação de recursos humanos da Polícia Civil para atuar em regime de plantão é assunto que demandaria outro estudo, no qual se deveria examinar os reais motivos da insuficiência do efetivo desse órgão, o que seria facilmente atingido pela conjugação das seguintes análises: (i) comparação da taxa de diminuição do efetivo, por aposentadorias, licenças e exonerações, em face da respectiva taxa de manutenção/crescimento, mediante a realização de concursos públicos; (ii) os critérios para distribuição territorial do efetivo em serviço, em especial à luz da demanda local, notadamente se examinada a lotação dos Delegados de Polícia titulares e os prazos para remoção; e (iii) a potencial margem de crescimento em recursos humanos da Polícia Civil, presentes as limitações de ordem financeira e fiscal do Poder Executivo (a revelar, *a priori*, o mais desolador cenário). Em verdade, o fechamento dos plantões em Delegacias de Polícia é a revelação da precariedade da política de segurança pública do Estado, muitas vezes travestida, em um discurso retórico, na busca por eficiência administrativa.

de trabalho “desperdiçadas” no atendimento do plantão, o qual, em cidades menores, não conta com um número substancial de ocorrências para justificar sua manutenção<sup>49</sup>.

Não obstante o argumento anterior seja evidentemente um recurso retórico para a defesa do fechamento dos plantões policiais, sua consideração orienta o debate e permite a transferência da questão discutida, pousando-a na seguinte indagação: viola (ou não) o direito fundamental à segurança pública a regionalização da atividade em regime de plantão da Polícia Civil.

Essa correção epistemológica, necessária, porém sutil, tem uma consequência no raciocínio que se constrói: afasta-se o ônus argumentativo de se sustentar que a atividade da Polícia Civil configura um serviço público essencial<sup>50</sup> e, por conseguinte, de natureza ininterrupta<sup>51</sup>, já que tal conformação não é um ponto controvertido na hipótese<sup>52</sup>. Com isso, pode-se examinar a essência da questão.

Entretanto, antes de se examinar juridicamente o tópico nuclear do presente artigo, deve-se contemplar, à luz da realidade do Estado de Santa Catarina<sup>53</sup>, as consequências do fechamento dos plantões, para se

49 Ainda que comezinha, não se pode deixar de apontar o que é evidente: o servidor da Polícia Civil, quando em regime de plantão, não limitará suas atividades apenas e tão somente ao registro das ocorrências que se verificarem nesse período extraordinário; pode ele, obviamente, aproveitar o tempo “ocioso” para trabalhar, procedendo-se às autuações necessárias, elaboração de relatórios de investigação, após o trabalho de campo, e de exames indiretos (v.g. auto de avaliação) e até mesmo conduzindo diligências investigativas sem sair da Delegacia de Polícia, por intermédio da *Internet*.

50 Não é muito fácil encontrar na doutrina uma definição fechada de serviço público essencial, pois, em geral, a própria definição de serviço público é revestida do atributo da essencialidade do serviço, o que justifica a assunção de sua prestação pelo Estado em favor da sociedade. Não obstante, Fernanda Marinela esclarece: “É possível classificar os serviços públicos conforme a sua essencialidade e a possibilidade de delegação. Nesse caso, a doutrina tradicional divide os serviços em serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública. Para parte da doutrina, os primeiros, também chamados serviços próprios, são os que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público, considerados essenciais, indispensáveis à sobrevivência da sociedade e do próprio Estado. São prestados pela Administração, que se vale de sua supremacia, não admitindo delegação. Normalmente, são gratuitos ou de baixa remuneração, como a segurança, a higiene e a saúde pública.” (In: **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2010. p. 537).

51 O caráter ininterrupto de um serviço público nada mais é do que a outra face do princípio da continuidade dos serviços públicos, reconhecido amplamente pela doutrina de Direito Administrativo como um dos parâmetros de seu regime jurídico. Para conceituar o princípio, de compreensão bastante intuitiva, lançam-se as palavras de José dos Santos Carvalho Filho: “Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço público, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.” (*in* Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 331. Na mesma linha, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 702).

52 Haveria controvérsia se, na gestão das Delegacias de Polícia em regime de plantão, uma determinada comunidade não fosse associada a uma unidade policial regional, para fins de atendimento; a esse ponto, espera-se nunca chegar.

53 Nunca é demais lembrar, ainda que tangenciando o óbvio, que a dinâmica social de nosso Estado não se

ter a real dimensão de seus efeitos para a comunidade que se vê tolhida do acesso local a uma Delegacia de Polícia, sopesando-se esses desdobramentos no exame da regularidade do expediente adotado.

#### 4 PROBLEMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS E SOCIAIS DECORRENTES DA INTERRUÇÃO DOS PLANTÕES DAS DELEGACIAS DE POLÍCIA EM MUNICÍPIOS SEDES DE COMARCA

Múltiplas são as consequências decorrentes da supressão da atividade ininterrupta da Polícia Civil para uma comunidade, a partir do remanejamento de seu horário de funcionamento, limitado ao expediente ordinário, com a remessa das ocorrências no período noturno e nos finais de semana e feriados a uma unidade regionalizada. Para fins argumentativos, selecionam-se os três de maior amplitude.

**Das repercussões para a atuação da Polícia Militar.** Para os Municípios de menor porte, em especial no Oeste Catarinense, o efetivo da Polícia Militar também encontra limitações, de modo que, em geral, há apenas 1 (uma) guarnição por Município em patrulha, para os atendimentos de ocorrências<sup>54</sup>. Nesse contexto, toda e qualquer intervenção da Polícia Militar que resulte em flagrante delito, transcorrida em regime de plantão – período noturno e nos finais de semana e feriados, exige

---

resume ao que vivido em sua bela Capital ou às cidades que são prestigiadas pelo Oceano Atlântico ou que estão em suas proximidades. Para o IBGE, Santa Catarina é dividido em 5 (cinco) mesorregiões, a saber (i) Grande Florianópolis; (ii) Norte Catarinense; (iii) Oeste Catarinense; (iv) Serrada; (v) Sul Catarinense; (vi) Vale do Itajaí. De acordo com os dados obtidos no Censo Demográfico de 2010, as mesorregiões Oeste e Serrana totalizam, respectivamente, 1.200.712 e 406.741 habitantes, o que, se somado, ultrapassa 25% do total da população catarinense.

54 A insuficiência do efetivo e o sucateamento material da Polícia Militar é outra enorme dificuldade institucional vivenciada pelo Estado de Santa Catarina, cuja repercussão é mais sentida pela população nas cidades menores. Toma-se como exemplo, a partir da experiência pessoal desse subscritor, a realidade da comarca de Abelardo Luz, a qual, em essência, espelha a de inúmeras outras: o Batalhão da Polícia Militar com operação local atende aos três municípios da comarca – Abelardo Luz, Ipuauçu e Ouro Verde – e também ao município de São Domingos. Pelo diminuto efetivo e diante da escala de férias e de afastamentos temporários, o Comando local, muitas vezes, encontra dificuldade até mesmo para organizar o efetivo de modo a se ter uma guarnição disponível para cada um dos municípios abrangidos; nesse cenário deficiente, busca-se prestigiar as cidades maiores (Abelardo Luz e São Domingos) com a presença de uma guarnição, a qual deve se deslocar às outras, acaso acionada. Contudo, não se olvide que a mera disposição da guarnição na rua não esgota a atividade da Polícia Militar, já que esta deve necessariamente contar com policiais para atendimento do 190 e, nas cidades em que já instaladas, para monitoramento das câmeras de segurança. Por conta disso, não é incomum, e isso Estado afora, que municípios pequenos tenham apenas um único policial militar em atuação em seu turno de trabalho, quebrando-se as mais elementares regras de atuação de policiamento ostensivo; esse solitário policial, quando se depara com ocorrências de maior vulto, aciona guarnições de cidades vizinhas, esperando a chegada de reforço para deflagrar a abordagem; evidentemente, essa dinâmica, além de expor o policial a constantes riscos, prejudica profundamente a eficiência da atuação policial.

que essa única guarnição desloque-se até o Município onde se encontra a unidade regional da Polícia Civil, para a formalização do flagrante<sup>55</sup>. Lá chegando, partindo-se da premissa remota de que haverá o pronto atendimento da guarnição, o que nem sequer é faticamente exigível, tem-se o tempo ordinário exigido para o conhecimento inicial do caso pelos plantonistas, seguido da colheita do depoimento dos Policiais Militares e dos encaminhamentos burocráticos de práxis, para só então se liberarem os milicianos para o retorno ao Município de origem. No ponto, destaque-se que, ainda que elogiável a Lei 11.113/2005, ao alterar a redação do *caput* do artigo 304 do Código de Processo Penal, permitindo-se a pronta liberação dos Policiais Militares condutor e testemunhas, ainda há um tempo natural considerável que manterá a guarnição *in loco*. Superada essa etapa, deparam-se os Policiais Militares com todo o trajeto para o retorno a sua base territorial. Durante todo esse intervalo de tempo, a comunidade fica absolutamente desprotegida, pois está desguarnecida de qualquer Força Policial disponível para uma pronta atuação em uma ocorrência de cunho policial<sup>56</sup>.

Aqui, com clareza solar, vê-se o grau de imprevisto que marca essa providência administrativa adotada no âmbito da Polícia Civil, pois, sob a justificativa de se otimizar a “eficiência” de seus trabalhos, ampliando o trabalho investigativo, criou-se um problema colateral de segurança pública para a comunidade, problema este rigorosamente mais substancial do que aquele que se buscou inicialmente superar, já que o deslocamento constante das guarnições policiais para longe do município interrompe, em diversos momentos, em caráter absoluto e em horários críticos, o próprio desempenho do policiamento ostensivo na comarca. Antes de tudo, há uma verdadeira quebra da unidade que deveria pautar a política de segurança pública, mediante atuações complementares das Polícias Civil e Militar.

Visando a exaurir os reflexos desse cenário para a Polícia Militar, cabe iluminar um último aspecto da situação. Com o forçado deslocamento da guarnição para a Delegacia de Polícia de plantão regional,

---

55 Mais uma vez, como exemplo, vale-se da experiência local da comarca de Abelardo Luz: no caso, concentrou-se a atividade da Polícia Civil em regime de plantão na cidade de Xanxerê; tomando-se como referência as áreas urbanas centrais dos municípios de Abelardo Luz e Xanxerê, tem-se um trajeto de 42 (quarenta e dois) quilômetros e rodovia de pista simples, sem acostamento e com considerável tráfego de caminhões bitrens, cuja velocidade média orbita os 60 km/h, a exigir um tempo mínimo de 40 (quarenta) minutos de deslocamento (rodovia SC 155).

56 O conhecimento e manipulação dessa informação por uma associação criminosa pode viabilizar a prática de crimes graves em municípios de menor porte, ampliando-se as chances de impunidade.

obriga-se a Polícia Militar a realizar o traslado do autuado em flagrante delito por todo o trajeto de rodovia, o que coloca pelo prisma da responsabilidade civil do Estado qualquer evento ou acidente no transcurso dessa condução. Por fim, há também uma inegável dificuldade para lavratura do auto de prisão em flagrante no que toca à abordagem das demais pessoas envolvidas no caso, pois, na dinâmica atual, espera-se que vítima(s) e testemunha(s) desloquem-se espontaneamente (porque não é razoável que a Polícia Militar abrace também essa atribuição) até o Município vizinho para prestar seus depoimentos na respectiva Delegacia de Polícia. Cabe lembrar, muito embora seja um fato notório, que o êxito da persecução penal do Estado, na imensa maioria dos casos, dá-se justamente nas hipóteses de flagrante delito, em que a colheita da prova do fato é mais evidente e não demanda uma atividade investigativa rebuscada. Ora, com essa dinâmica, também esse segmento dos fatos com repercussão penal passam a encontrar prejuízos para a condução da investigação.

**Da restrição ao sistema protetivo no âmbito da violência doméstica e familiar – Lei n. 11.340/2006, artigos 10 a 12.** É inegável que a “Lei Maria da Penha” é um marco civilizatório brasileiro, ao erigir mecanismos de proteção em favor da mulher vítima de violência no âmbito de suas relações de afeto, quebrando-se um paradigma cultural que existe desde as raízes do Brasil como Nação<sup>57</sup>.

Dentro desse arcabouço normativo, destacam-se, sobremaneira, as medidas protetivas de urgência, em favor da ofendida ou em desfavor do agressor, descritas nos artigos 18 a 24 da referida Lei. Em termos operacionais, para a plena fruição dessa tutela protetiva, desempenha a Delegacia de Polícia (*rectus* a autoridade policial civil) um importantíssimo papel, já que o sistema legal projeta a unidade policial como a porta de entrada dos requerimentos de medidas protetivas (artigos 10 a 12).

Ora, com a interrupção da atividade da Delegacia de Polícia de uma localidade, impede-se às mulheres dessa comunidade o pronto

57 Na precisa análise dos membros do Ministério Público Isaac Sabbá Guimarães e Rômulo de Andrade Moreira, aquele valoroso colega do MP Catarinense: “A Lei Maria da Penha encerra, finalmente, o sistema de normatização do programa constitucional de combate à violência doméstica, declarando este propósito expressamente não apenas pela inserção de uma nova política criminal, com efeitos diretos no direito substantivo penal e no processo penal, como também, pelo estabelecimento de medidas preventivas e de tratamento da mulher seviciada. Aqui, já aparece uma política criminal que discrepa da anteriormente referida, determinando a não aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos crimes categorizados como de violência doméstica, sob o suposto de falta de efetividade de prevenção especial pretendida na transação penal” (In: **Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 31.

acesso à autoridade policial, responsável direto por deflagrar os mecanismos de medidas protetivas, registrando a ocorrência, especificando as medidas adequadas para o caso e levando-o ao conhecimento do Poder Judiciário.

Mais uma vez, conclama-se a examinar a questão à luz da realidade global do Estado de Santa Catarina, e não a partir de um modelo entabulado de sociedade, o qual não contempla as peculiaridades locais. Como é notório, a imensa maioria das ocorrências de violência doméstica e familiar ocorrem no período noturno e nos finais de semana, pois é nesses momentos que a convivência da ofendida com o agressor intensifica-se e os problemas surgem. O roteiro, infelizmente, é conhecido: o marido ou companheiro sai do trabalho direto para um bar para o consumo de álcool; na sequência, já embriagado, dirige-se para sua residência, onde encontra a esposa ou companheira e, após uma discussão, tem-se um episódio de violência doméstica e familiar; tudo a transcorrer fora do expediente "ordinário" da Delegacia de Polícia.

Ora, com o fechamento do plantão policial, na dinâmica da violência doméstica e familiar, tem-se uma situação institucional que gera ainda mais repugnância, pois, nesse contexto, projeta-se a essa mulher, já vitimizada, um deslocamento de quilômetros, por rodovia, até o Município onde se localiza a Delegacia de Polícia com plantão regional, responsável por lhe viabilizar o acesso a medidas protetivas que, ao fim e ao cabo, garantirão sua segurança e permitirão o acesso a sua própria casa; caso consiga deslocar-se até lá, não disporá ela e, em geral, seus filhos, de um local para dormir ou para passar o final de semana, pois está desamparada da medida de afastamento do agressor do lar e a fixação de distância mínima.

Esse é, sem dúvidas, um dos reflexos mais perversos da interrupção da atividade de uma Delegacia de Polícia e não há fundamento fático ou jurídico que demonstre o contrário. Aceitar a restrição do trabalho da Delegacia ao expediente ordinário é, *ipso facto*, aceitar e corroborar a situação vivenciada pela mulher vítima de violência doméstica e familiar.

**Da quebra da cultura da não violência e do ônus desarrazoado criado ao cidadão e à comunidade.** Arrola-se, por fim, um problema diagnosticado no plano sociológico. Em muitos municípios do Estado, em geral naqueles sede de comarca, o Estado de Santa Catarina, ao longo do tempo, consolidou uma estrutura mínima de atuação das Forças de

Segurança, na qual, especificamente no que toca à Polícia Civil, sempre incluiu o funcionamento ininterrupto da Delegacia de Polícia, a envolver, portanto, o plantão policial. Essa atuação consolidada do Estado-Membro criou para a comunidade uma expectativa constitucionalmente legítima de funcionamento dos órgãos de segurança pública, passando a integrar a dinâmica social. Com a alteração do horário de trabalho da Polícia Civil, o Estado de Santa Catarina rompe com uma conquista essencial à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos dessa comunidade, os quais se veem violados em seu direito fundamental à segurança pública, tangenciando também outros direitos fundamentais, como a vida, propriedade e liberdade<sup>58</sup>.

É inegável que o fechamento da Delegacia de Polícia em horários extraordinários – período noturno e aos finais de semana e feriados – rompe com uma expectativa de prestação de serviço público consolidada na comunidade e, ao mesmo tempo, prejudica um relevante processo histórico-cultural pelo qual passam as sociedades locais, em particular nos municípios do Oeste Catarinense, no qual se encontram assentamentos de reforma agrária e até mesmo reservas indígenas. Nessas localidades, com a progressiva penetração dos Poderes Públicos e do aparato de segurança pública, viu-se fortalecer o processo cultural de responsabilização estatal de fatos penalmente relevantes, deflagrando-se uma incipiente, mas contínua, reformulação de valores, a partir dos quais uma nova geração tem prestigiado “a lei”, na dicção típica da população, ou seja, a polícia e o Sistema de Justiça, como forma de resolução de disputas intersubjetivas. Aos poucos, a cultura de resolver os problemas “com as próprias mãos” transmuda-se para uma cultura de pacificação e solução institucionalizada dos conflitos, a partir da intermediação dos órgãos públicos.

É também à luz desse movimento histórico-cultural que se deve ponderar a medida adotada pela Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, ao decidir por limitar o funcionamento das Delegacias de Polícia ao horário do expediente ordinário (em geral, das 8h às 12h e das 14h às 18h de segundo a sexta).

O conhecimento empírico retirado das audiências judiciais, em especial das audiências preliminares do procedimento sumaríssimo, permite afirmar que há um efeito simbólico no registro de um boletim

<sup>58</sup> O princípio da vedação ao retrocesso social e sua incidência na questão posta será examinado linhas à frente.

de ocorrência na Delegacia de Polícia. Com essa providência, o cidadão envolvido no conflito tem a impressão, ainda que falaciosa, de que o problema saiu de suas mãos e que agora será resolvido “na lei”, ou seja, pela polícia e pelo Poder Judiciário, com a necessária intervenção do Ministério Público. Com isso, na prática, na imensa maioria dos casos, o problema, na vida real, é “paralisado”, aguardando-se o regular andamento do termo circunstanciado, do inquérito policial e da ação penal. Há, portanto, na atividade da Polícia Civil, em especial naquela prestada de imediato ao problema, em geral no horário do plantão policial, um efeito secundário de pacificação (temporária) social, enquanto se espera o desfecho da atuação dos órgãos constituídos do Sistema de Justiça.

A situação desencadeada pelo fechamento dos plantões policiais quebra com esse paradigma em formação, pois há de se imaginar a surpresa, para o cidadão que não tem contato frequente com as burocracias de uma Delegacia de Polícia ou do Fórum, ao se deparar com a unidade policial fechada, trabalhando apenas das 8 às 12 horas e das 14 às 18 horas, de segunda a sexta-feira. Há um desapontamento social nessa constatação, a qual, no curto prazo, passa à sociedade uma mensagem de abandono e desassossego, o que permite reavivar a cultura de violência e descrédito no Estado, titular do monopólio do emprego da força.

Essas considerações, longe de retóricas, servem para ilustrar a repercussão social que uma medida de cunho administrativo pode ter na vida de um cidadão e de uma comunidade.

No mais, a interrupção local das atividades da Delegacia de Polícia, com o fechamento do plantão policial, gera um grandioso prejuízo ao cidadão, o qual, por conta da deficiência estrutural do Estado de Santa Catarina na prestação de um serviço público essencial e ininterrupto, passa a assumir mais esse ônus, qual seja o de ter que se deslocar até um Município da região para o registro de um boletim de ocorrência no horário do plantão. Cuida-se de um ônus indevido e ilegítimo, violador do princípio da dignidade da pessoa humana e sobremaneira do direito fundamental à segurança pública. Não é sequer minimamente razoável ou proporcional, sob nenhum prisma de análise, exigir de um cidadão que se desloque por quilômetros<sup>59</sup>, para que tenha acesso a um serviço público essencial e ininterrupto, prestado por uma Delegacia de Polícia,

59 Mais uma vez, no caso da comarca de Abelardo Luz, tendo por referência a regional em Xanxerê, ter-se-ia um deslocamento mínimo de 84 (oitenta e quatro) quilômetros, no trajeto ida e volta.

justamente nos horários de maior vulnerabilidade da comunidade, ou seja, nos períodos noturnos e nos finais de semana.

Para se compreender essa dificuldade prática do cidadão de uma cidade do interior do Estado de Santa Catarina, deve-se despir da lógica habitual da vida ordinária em um centro urbano e de uma classe média, em que se tem à disposição um veículo próprio para locomoção ou um sistema de transporte minimamente estruturado para se deslocar na cidade ou dentro de sua região. Com isso, deve-se tentar vivenciar essa dificuldade na pele daquele cidadão que mora em um bairro afastado do centro ou, na maioria das vezes, em áreas rurais, no longínquo interior dos Municípios, que não dispõem de veículo próprio e não contam com meios de transporte públicos adequados.

Também não se pode menosprezar que o expediente adotado pela Polícia Civil em alguns Municípios do Estado de Santa Catarina viola frontalmente o princípio da isonomia e da impessoalidade, descritos no artigo 5º, *caput*, e artigo 37, *caput*, da Constituição Republicana, pois, com essa redistribuição regionalizada do expediente extraordinário da Polícia Civil, o Estado-Membro tem tratado de forma diferenciada os seus cidadãos no que toca ao pronto acesso ao serviço público prestado por uma Delegacia de Polícia, já que os catarinenses que residem em Municípios maiores e até mesmo em Municípios de dimensão populacional menor, mas que não foram submetidos a essa restrição<sup>60</sup> – fechamento dos plantões policiais, ainda contam com o trabalho de uma unidade policial em horários ordinário e extraordinário.

De resto, não se pode dar crédito ao argumento secundário, levantado pelos defensores da medida, de que há mecanismos paralelos que compensam a interrupção do plantão policial das Delegacias, quais sejam, as possibilidades de registro de boletim de ocorrência pela internet e a autorização para lavratura de termo circunstanciado pela Polícia Militar.

No que toca aos serviços disponibilizados pela rede mundial de computadores, dois dados não podem ser menosprezados: de um lado,

---

<sup>60</sup> A rigor, pelo menos em um primeiro momento, não houve um tratamento uniforme para a questão no âmbito da Polícia Civil, ou seja, não foi estabelecido um regramento geral para todo o Estado; com isso, deu-se margem a um quadro institucional em que municípios de mesmo porte (e as respectivas comarcas) têm acessos diferenciados aos serviços das Delegacias de Polícia, a depender da opção de mantê-la ou não em funcionamento ininterrupto. Em verdade, como já sustentado acima, o fechamento dos plantões policiais, antes de qualquer objetivo, busca compensar a baixa de efetivo policial nas Delegacias de Polícia; logo, nas unidades em que o efetivo é suficiente, não se lançou mão desse expediente.

o sistema disponibilizado pela Polícia Civil em seu *site* (disponível em <http://sistemas.sc.gov.br/bocidadao/>) restringe as ocorrências registráveis, de modo que a grande maioria delas é expressamente direcionada à “Delegacia de Polícia mais próxima”; de outro lado, mais uma vez, deve-se ponderar esse canal à luz das condições pessoais dos efetivos usuários, especialmente em cidades do interior e da zona rural, onde o acesso a computadores e mais, o acesso a computadores com *Internet*, não é algo suficientemente disseminado.

Por fim, registre-se que o termo circunstanciado lavrado pela Polícia Militar, instrumento útil e rigorosamente legítimo, não é nem pode ser a panacéia para a intervenção policial em ocorrências fora do expediente ordinário, pois a profusão de casos concretos e suas dificuldades para a pronta cognição recomendam a limitação deste instrumento apenas para casos cuja formalização é mais singela e não demanda grande colheita de provas. Caso contrário, também por essa via, está-se projetando para a Polícia Militar a densificação de mais uma de suas atribuições, fazendo coro ao problema secundário acima narrado.

## 5 A QUESTÃO FULCRAL: AMPLITUDE TERRITORIAL DO PLANTÃO DA POLÍCIA CIVIL

Observadas, ainda que superficialmente, as repercussões para uma determinada comunidade em decorrência da restrição do horário de funcionamento da Delegacia de Polícia, leia-se do fechamento do plantão policial, e tendo presente a correção epistemológica acima empreendida, deve-se agora examinar de frente a questão jurídica posta neste estudo: qual é, em termos jurídicos e à luz de uma política criminal eficiente, a amplitude territorial mínima do plantão da Polícia Civil? Antecipa-se a conclusão, antes da exposição dos fundamentos: a unidade mínima a ser respeitada é a da Delegacia de Polícia da Comarca.

Antes de mais nada, há de se reconhecer, como axioma, que a distribuição territorial da atividade policial, incluindo-se aquela desempenhada em horário extraordinário, em regime de plantão, é um imperativo de gestão da Polícia Civil<sup>61</sup>. Logo, não se questiona, de per

61 O atributo de o serviço desempenhado por um órgão ser essencial não resulta, por si só, na conclusão de que deve estar disseminado nos quatro cantos do Estado; nessa linha, encontra-se a regulação de serviços de saúde, por exemplo, os quais, muito embora essenciais, são também necessariamente distribuídos por

si, a autonomia administrativa desse órgão no que toca à necessidade e às possibilidades de dimensionar seu efetivo e o funcionamento de suas Delegacias de Polícia para fazer frente à demanda de trabalho. O que se deve perquirir, porém, é até que ponto pode a Polícia Civil restringir seu funcionamento para uma determinada comunidade, distanciando-se dela em termos territoriais, como foi feito com a implantação dos plantões policiais regionais, diante do fechamento das Delegacias de Polícia de Municípios e Comarcas nos horários extraordinários de trabalho.

Em um modelo ideal, pelos contornos que marcam a atividade policial civil, seria cogitável que sempre, no expediente ordinário e extraordinário, fosse respeitado o funcionamento ininterrupto da Delegacia de Polícia do Município, preservando-se o canal de contato direto e imediato com a comunidade a que serve. Contudo, sabe-se que essa expectativa não se mostra razoável, pois, além de se exigir uma estrutura de pessoal gigantesca e insustentável, uma parcela dos 295 Municípios do Estado de Santa Catarina não oferece demanda real para a manutenção de sua Delegacia de Polícia aberta ininterruptamente<sup>62</sup>.

Assim sendo, se desconsiderado o município como base territorial mínima, surgem as opções de se concentrar o plantão policial na Delegacia de Polícia da Comarca, ou seja, naquela instalada no município sede de uma determinada Comarca, ou na Delegacia de Polícia Regional, tendo presente a divisão administrativa do solo catarinense em 30 (trinta) regionais, ao lado da Capital<sup>63</sup>.

Entretanto, antes de se examinar jurídica e politicamente essa escolha, há de se jogar luz sobre um aspecto elementar à organização territorial das instituições que estão associadas à segurança pública no Estado de Santa Catarina: não há, em absoluto, qualquer paralelismo ou congruência entre as unidades regionais da Polícia Civil, Polícia Militar, Poder Judiciário e Ministério Público.

---

regiões do Estado, concentrando-se núcleos de especialização em cidades maiores do Estado.

62 Esse argumento exige 2 (duas) observações. A primeira diz respeito à consideração da “demanda” de trabalho local para os fins de se manter ou interromper o plantão policial em uma Delegacia de Polícia: é inegável que o volume de trabalho é uma variável importante e que deve orientar a gestão administrativa do efetivo da Polícia Civil; contudo, a demanda, isoladamente, não pode ser um fator conclusivo, pois outras perspectivas estão envolvidas, notadamente a viabilidade do acesso ao serviço prestado pela população da comarca; assim sendo, se a análise da demanda pode sinalizar a interrupção das atividades das Delegacias de Polícia de Municípios, o mesmo não pode dizer-se em relação à atividade nas Delegacias de Polícia de Comarca, pelas razões que serão apresentadas na sequência. A segunda observação é bastante evidente: a lógica da manutenção ou interrupção das atividades da Polícia Civil em regime de plantão não é a mesma para as atividades da Polícia Militar, tendo em conta a diversidade das atribuições desses órgãos.

63 [http://www.pc.sc.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=124&Itemid=122](http://www.pc.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=122). Acesso em: 22 ago. 2015.

Como já foi dito, a Polícia Civil organiza-se em 30 (trinta) regionais, cada qual sede de uma Delegacia de Polícia Regional, ao lado de Florianópolis. Já a Polícia Militar, a mais peculiar das instituições ora analisadas, é objeto de uma segmentação orgânica mais complexa, a envolver 10 (dez) regiões, incluindo-se Florianópolis, cada qual composta por batalhões, companhias, pelotões e grupamentos etc.<sup>64</sup> Por sua vez, em âmbito regional, o Poder Judiciário conta com 40 (quarenta) circunscrições, incluindo-se a Capital<sup>65</sup>. Por fim, o Ministério Público é regionalizado em 19 (dezenove) circunscrições e a Capital<sup>66</sup>. Vê-se, portanto, que cada ator do Sistema de Justiça, pautado em sua autonomia administrativa, seja do ente federativo catarinense (Polícias Civil e Militar), seja da Instituição Ministerial, seja do Poder Judiciário, estrutura-se em regiões que não guardam entre si qualquer sobreposição.

Essa assimetria organizacional administrativa repercute, com gravidade, na capacidade de diálogo interinstitucional que o trato de algumas matérias requer, como é o caso da atividade em regime de plantão dentro do Sistema de Justiça. Ora, como analisar, com rigor e isenção técnicos necessários, a adequação do plantão policial civil a título regional se, no presente momento, não há um regramento sistemático e coerente do regime de plantão nas atividades ministerial<sup>67</sup> e jurisdicional<sup>68</sup>. Em que pese se tratar de atividades distintas, já que ao Ministério Público e ao Poder Judiciário não se espera que fiquem de portas abertas ao público em horário extraordinário de serviço, ao contrário das Polícias

64 <http://www.pm.sc.gov.br/cidadao/endereco-das-unidades.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

65 <http://www.tjsc.jus.br/cgi-bin/nph-mgwsgi?MGWLPN=IJADM&SISTEMA=CGJ&VARIABEL=PESQOP>. Acesso em: 22 ago. 2015.

66 [http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/promotoria\\_circunscricao.aspx?secao\\_id=105](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/promotoria_circunscricao.aspx?secao_id=105). Acesso em: 22 ago. 2015.

67 No âmbito do Ministério Público Catarinense, a questão foi amplamente discutida há alguns anos, discussão esta que este subscritor não acompanhou, por não integrar a carreira à época. Hoje, o plantão ministerial é, como regra, centrado na Comarca, ressalvadas pactuações entre membros de Comarcas próximas, que se dispõem a organizar um plantão "regional", desde que aprovado pela Procuradoria-Geral de Justiça. Esse sistema, contudo, ainda que prestigie a autonomia do membro de aderir ou não a um plantão regionalizado, acaba por produzir iniquidades entre os pares: para uma parcela de Promotores, viabiliza-se o trabalho em regime de plantão em caráter esporádico; para outros, contudo, às vezes por falta de opção, quando não contam com a possibilidade de aderir a uma organização regionalizada, sujeita-se a responder de forma ininterrupta pela atividade ministerial, notadamente em Promotorias de Justiça Únicas. Não se pode perder de vista que um regramento padrão para o plantão ministerial, ao lado de ser uma opção político-institucional, pode (e deve) também ser compreendido pelo viés do direito estatutário do membro, pois não é concebível que Promotores de Justiça, muitos de igual entrância, estejam ou não vinculados de forma ininterrupta às atividades funcionais a depender do casuísmo de sua região contar ou não com um plantão na forma de colaboração; o sistema atual dá margem a tratamentos diferentes para membros em igual condição, incluindo-se aqueles com o mesmo tempo de carreira e na mesma entrância.

68 Já no âmbito do Poder Judiciário Catarinense, pelas informações coletadas diretamente com os magistrados, cada uma das 40 (quarenta) circunscrições conta com um modelo regionalizado de plantão, o qual é avaliado pela Corregedoria-Geral de Justiça local.

Civil e Militar, a correlação entre as atividades por eles desempenhadas sinaliza para uma necessária reflexão sobre o tema<sup>69</sup>.

Esclarecida, por honestidade intelectual, a questão acima, retomase a opção antes verificada: se inviável a manutenção de atividade ininterrupta das Delegacias de Polícia dos municípios, deve-se concentrar o plantão policial nas Delegacias de Comarca ou nas Delegacias Regionais? A resposta à indagação não é o resultado de uma operação matemática, em que argumentos se somam para se atingir uma resposta óbvia. Não obstante, reavivando-se todas as consequências deletérias que a experiência do plantão regionalizado resultou, expostas no tópico acima, tem-se por imperiosa a conclusão de que o plantão deve ser direcionado minimamente para as Delegacias de Polícia de Comarca.

Algumas considerações sustentam essa conclusão.

Em primeiro lugar, lembre-se, de um lado, que a “comarca” nada mais é do que a unidade territorial da competência jurisdicional, ou seja, é a jurisdição distribuída por critérios territoriais. Na lição clássica de Liebman<sup>70</sup>, “competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição”. Logo, a Comarca nada mais é do que a fração do território do Estado-Membro que está adstrita ao exercício dessa parcela de jurisdição (princípio da aderência ao território). De outro lado, rememore-se que, no expediente extraordinário do plantão, a Polícia Civil desempenhará exclusivamente a típica função de polícia judiciária, nela desaguando-se as ocorrências policiais de prisão em flagrante e registros de ocorrência em geral, as

69 A implementação, que se avizinha, das audiências de custódia, exigirá essa reflexão. Tome-se, mais uma vez, o exemplo da comarca de Abelardo Luz, que se replica para diversos municípios do Oeste Catarinense: hoje, mediante liminar, a Delegacia de Polícia da Comarca retomou suas atividades em regime de plantão; por sua vez, a Promotoria de Justiça local, a partir de tratativas com as Promotorias de Justiça de São Domingos e Ponte Serrada, implementou o plantão ministerial local; já o Poder Judiciário está organizado em um plantão regional, tendo como base a circunscrição de Xanxerê, que abrange as comarcas de Xanxerê, Ponte Serrada, Abelardo Luz e São Domingos. Nessa configuração interinstitucional, é possível deparar-se com situações concretas como este exemplo: uma prisão em flagrante no município de Abelardo Luz, a exigir uma audiência de custódia durante o final de semana, oportunidade em que um dos Juízes de Direito da Comarca de Xanxerê e o Promotor de Justiça da Comarca de Ponte Serrada estão com atuação em regime de plantão; a pergunta sobre onde (em que fórum) tal ato se dará é bastante evidente; outra pergunta causa ainda mais estranheza: se não no fórum da comarca de Abelardo Luz (local do fato), incumbirá a quem o transporte do preso para o local onde se dará a audiência de custódia, lembrando-se os parcos recursos humanos da Polícia Militar e da Polícia Civil que abastecem as comarcas, especialmente as de entrância inicial; lembre-se que, no tópico anterior, sustentou-se que uma das principais dificuldades decorrentes do fechamento do plantão da Polícia Civil nas Comarcas é justamente a necessidade de a Polícia Militar deslocar-se com o preso para a Delegacia de Polícia Regional, esvaziando o município da presença da guarnição policial; seria “curioso”, para dizer o mínimo, que este mesmo resultado fático fosse atingido por conta de uma ação capitaneada pelo Poder Judiciário, com a implementação das audiências de custódia. As críticas a origem, finalidade e implementação da audiência de custódia, porque manifestamente óbvias, deixa-se de apresentar nesta oportunidade.

70 **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 55.

quais serão, na sequência, uma vez formalizada a investigação, objeto de procedimentos que correrão perante o Poder Judiciário da Comarca, competente para homologar a promoção de arquivamento pelo Ministério Público ou por receber a ação penal e dar seguimento ao respectivo processo-crime, se oferecida a denúncia.

Logo, é imprescindível que esse paralelismo entre a unidade jurisdicional da Comarca e sua respectiva Delegacia de Polícia não seja rompido, presente a relação de instrumentalidade que existe entre a investigação policial e o exercício do poder jurisdicional, devidamente intermediado pela atuação do Ministério Público. O plantão policial regionalizado quebra essa correlação, já que, na prática, os casos da Comarca serão primeiramente levados ao conhecimento de uma estrutura policial distinta daquela com atuação *in loco* e que, uma vez retomado o expediente ordinário, não dará prosseguimento à investigação iniciada. Essa fragmentação do registro da ocorrência e dos atos de investigação prejudica a celeridade e a qualidade da atividade desempenhada pela Polícia Civil, além de dificultar, pelo distanciamento, a relação de trabalho entre os servidores e os Delegados da Polícia Civil e os Promotores de Justiça e Juízes de Direito que, ato contínuo, desempenharão seus papéis no desfecho em juízo desses mesmos casos concretos. O expediente adotado, portanto, relativiza o valor eficiência, orientador da atividade dos órgãos de segurança pública, como preconizado pelo artigo 144, § 7º, da Constituição da República.

Em segundo lugar, não se pode perder de vista que por um considerável intervalo de tempo, o Estado de Santa Catarina viabilizou aos catarinenses o acesso ininterrupto à atividade policial nas Delegacias de Polícia de Comarca, serviço este que, com o tempo, passou a compor o patrimônio jurídico-social da comunidade local, sedimentando-se na dinâmica da coletividade. Nesse cenário histórico, ressoa o princípio da proibição ou da vedação de retrocesso social, na linha do que sustentado por José Carlos Vieira de Andrade<sup>71</sup>. Para o autor português, tem o Estado o compromisso de manter o “nível de realização” de um determinado direito social, resguardando-se de atos legislativos e administrativos que resultem na extinção ou diminuição de uma política pública concretizadora de um direito social; para não se tolher indevi-

71 Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 391-393. Com sentido semelhante, porém direcionado ao retrocesso decorrente da atividade legiferante: ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Madri: Trotta, 2005.

damente a ação legislativa e administrativa, será admissível a restrição a uma prestação consolidada de um direito social apenas se uma política compensatória equivalente vier a ocupar seu lugar.

Como asseverado anteriormente, o direito fundamental à segurança pública é um direito de cunho social, o qual demanda prestações positivas por parte do Estado brasileiro. O princípio da proibição do retrocesso resguarda os avanços sociais colocados pelo Estado à disposição do cidadão, os quais viabilizam a fruição, em alguma medida, ainda que não a ideal, de um direito fundamental de cunho social. Aberta e concretizada essa via de acesso a um direito social, tem o Estado o dever primeiro de mantê-la em funcionamento, preservando-a de restrições relativas ou absolutas, sob pena de incorrer em violação à Constituição da República. O princípio da vedação ao retrocesso já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de sua 2ª Turma<sup>72</sup>, em substancioso voto do Ministro Celso de Mello, de cuja ementa se destaca, pelas elucidativas palavras, o trecho seguinte:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - **A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.** Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. [...]

Por essa compreensão normativa do Texto Fundamental, verifica-se que a restrição ao horário de funcionamento das Delegacias de Polícia das Comarcas, com o fechamento do plantão policial, constitui igualmente um retrocesso à fruição do direito fundamental, de matiz

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 set. 2011. Diário de Justiça Eletrônico.

social, à segurança pública, já que a coletividade e os cidadãos de cada Comarca deixaram de contar com pronto acesso ao serviço público desempenhado pela Polícia Civil. Outrossim, a alternativa disponibilizada, qual seja, o desempenho da atividade policial em regime de plantão perante uma Delegacia de Polícia Regional, não pode ser tida como providência compensatória equivalente, tendo presentes os inúmeros ônus decorrentes, pormenorizados no tópico *supra*. Por conseguinte, também por essa leitura constitucional hodierna, é possível exigir-se do Estado de Santa Catarina providências, de ordem positiva e material, para recompor o exercício pleno do direito à segurança pública pela coletividade e seus cidadãos.

Em terceiro e último lugar, deve-se ponderar, na hipótese, a concretização dos atributos do serviço público prestado pela Polícia Civil, quais sejam o caráter essencial e, por conseguinte, contínuo da atividade policial civil, o que sobreleva o ônus do Estado em bem desempenhar seu papel, sob pena de flagrante violação aos preceitos constitucionais.

Como exposto anteriormente, pode-se sustentar retoricamente que o plantão regional da Polícia Civil, ao interromper as atividades nas Delegacias de Polícia de Comarca, não configura uma ruptura formal com a continuidade do serviço público prestado, já que este é apenas direcionado à unidade regional. Porém, em termos materiais, há sim um inegável prejuízo ao acesso aos serviços da Polícia Civil por parte da população, já que a exigência de um deslocamento territorial do cidadão para dispor do contato primeiro com a autoridade policial civil representa dificuldade real e desproporcional à gravidade das situações que em geral leva alguém à procura de uma Delegacia de Polícia em horário extraordinário (período noturno e finais de semana e feriado).

Ciente dessa repercussão, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade<sup>73</sup>, já reconheceu a atividade da Polícia Civil como um serviço público essencial e ininterrupto, luz do princípio da continuidade dos serviços públicos, um dos pilares para a compreensão da matéria à luz da doutrina administrativista. Também nesses precedentes, reconheceu o Tribunal Constitucional o caráter indelegável da atividade

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 774 AgR/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 26 jun. 2014, Diário de Justiça Eletrônico. Rcl 11246 AgR/BA, Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, 27 fev. 2014, Diário de Justiça Eletrônico.

conduzida pela Polícia Civil, compondo, pelo uso exclusivo da força do Estado, aspecto ínsito à soberania brasileira.

Recentemente, em importante precedente julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup>, oriundo da Comarca de Videira deste Estado, o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de reconhecer a relevância jurídico-social do plantão policial em Delegacias de Polícia em Municípios sede de Comarca, mantendo-se hígido o acórdão da Corte Catarinense que determinou o funcionamento ininterrupto da Delegacia de Polícia daquele município, *in verbis*:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Constitucional. Ação civil pública. Delegacia de polícia. Destacamento de servidores para a manutenção do funcionamento. Regime de plantão. Necessidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido.

Logo, se bem compreendido o paradigma do Supremo Tribunal Federal, é possível sustentar que a manutenção do plantão policial, ao menos em Delegacias de Polícia em municípios sede de Comarca, apresenta-se como a prestação de serviço mínima a que o Estado Brasileiro, no caso o Estado-Membro Catarinense, está obrigado a oferecer e manter aos seus cidadãos, de forma homogênea e sem relativizações, por todo o seu território.

O compromisso, por interpretação constitucional, com a identificação desse mínimo tem diversas consequências positivas na construção e no controle de uma política de segurança pública coerente, pois passa a se ter um referencial pragmático e isento de influxos políticos, a ser preservado ao longo do tempo. Uma dessas consequências positivas está justamente na possibilidade que se abre ao Ministério Público de se posicionar institucionalmente com o compromisso de adotar providências, extrajudiciais e em juízo, para se retomar ou se implementar o plantão policial em todas as Delegacias de Polícia em Municípios sede de Comarca, generalizando essa prática e consolidando-a como pilar da

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669635 AgR/SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 17 mar. 2015. Diário de Justiça Eletrônico.

política pública de segurança no Estado. Outra repercussão importante dessa conclusão está na perspectiva de se (re)dimensionar a distribuição do efetivo policial civil no território do Estado, de modo a se garantir que todas as Delegacias de Polícia de Comarca estejam dotadas de recursos humanos suficientes para operar em regimes ordinário e de plantão policial<sup>75</sup>.

## 6 DA PERTINENTE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A situação fática criada pelo fechamento dos plantões policiais, em diversas Delegacias de Polícia, ao redor do Estado Catarinense, comporta a intervenção do Poder Judiciário, conquanto devidamente provocado a fazê-lo, em geral por meio de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, Instituição plenamente legitimada para a atuação nessa seara, por força da previsão do artigo 129, incisos II, III e VII<sup>76</sup>.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Esse campo de atuação do Poder Judiciário ganha relevo e maior densidade se a lesão que se leva a sua apreciação guarda relação fulcral com direito fundamental indisponível e de matiz social, como é o caso em questão.

Evidentemente, não se desconhece que a intervenção do Poder Judiciário nos casos em que é chamado a controlar atos determinados do Poder Executivo encontra balizas estruturais no conteúdo normativo do princípio da separação dos Poderes, enunciado pelo artigo 2º da Constituição da República, a remontar ao conceito montesquiano.

75 Sabe-se que ao lado do exame do efetivo mínimo para operar uma Delegacia de Polícia, há também a possibilidade de se perscrutar se esse número atenda à demanda de trabalho posta; caso não atenda, pode-se cogitar de intervenções ministeriais que postularão o aumento do efetivo policial. Não obstante se cuide de discussão relevante, enquanto não se firmar um referencial de serviço homogêneo e que seja defensável e extensível a todo o território do Estado, o aparelhamento da Polícia Civil em determinadas regiões pode representar (e em geral representa) a desestruturação desse mesmo órgão em outras regiões, algumas esquecidas no interior por não se destacarem em termos político-econômicos. A demanda de trabalho, como já foi dito, deve orientar a gestão da Polícia Civil, porém não a ponto de sacrificar o mínimo de prestação de serviços para localidades que, em tese, não apresentam “números de ocorrência” que justificaria um determinado efetivo de policiais.

76 A legitimidade ativa do Ministério Público para ações dessa natureza é manifesta e dispensa qualquer construção teórica para além do argumento *ope constitutionis*.

Contudo, no Estado Democrático e Constitucional de Direito, o Poder Judiciário é o órgão final de garantia do regime constitucional e dos direitos fundamentais, última barreira antes da arbitrariedade ou do descaso pelos Poderes Públicos, de modo que, para se garantir a força normativa da Constituição, aceita-se, porque legítimo e necessário, um controle mais acentuado dos atos do Poder Executivo, ainda que exteriorizados sob a falsa roupagem da concretização de uma política pública, dentro das limitações orçamentárias do ente público.

Frise-se que o que se busca em intervenções judiciais para casos concretos de jaez não é essencialmente melhor aparelhar a unidade da Polícia Civil em um determinado Município ou Comarca, aperfeiçoando-se a prestação desse serviço público essencial. O escopo de ações civis públicas nessa seara não é materialmente positivo, ou seja, não se quer incrementar a estrutura de uma Delegacia de Polícia em relação às demais. Não, pelo contrário. O que se busca é apenas e tão somente reestabelecer uma estrutura de operação minimamente funcional, a permitir que o serviço público prestado territorialmente pela Polícia Civil se dê de forma ininterrupta.

A partir dessa compreensão do objetivo, há de se reconhecer que a intervenção do Poder Judiciário na hipótese não causa real desequilíbrio na gestão do Estado de Santa Catarina por seu Poder Executivo, pois não exige do ente federativo um tratamento diferenciado para um determinado Município ou Comarca, mas apenas e tão somente uma alocação de recursos, em especial humanos, que permita à Delegacia de Polícia manter o seu funcionamento ininterrupto esperado.

Por último, não pode ser óbice à atuação jurisdicional na hipótese a famigerada tese do “efeito multiplicador” segundo a qual não pode um juízo intervir localmente em situações dessa natureza, sob pena de sua decisão ser replicada em todas as comarcas do Estado, inviabilizando-se o próprio funcionamento da Polícia Civil em toda Santa Catarina.

Essa tese, mostra-se totalmente dissociada de noção elementar aos direitos fundamentais, como o é a segurança pública, qual seja, o seu caráter inalienável, imprescritível e indisponível, de modo que o mínimo necessário para sua concretização não pode ser sonegado pelo Estado, sob pena de se ter configurada flagrante violação ao Texto Constitucional.

Em matérias como a presente, há, na verdade, um efeito secundário positivo quando se conjuga uma atuação multiplicada do Poder Judiciário em cada realidade local. A intervenção positiva do Judiciário, em cada Comarca, a determinar a estruturação mínima da Polícia Civil levará o Estado de Santa Catarina a adotar um movimento uniforme e homogêneo de melhoria na prestação deste serviço público, tão deficitário e menosprezado nos últimos anos.

Em arremate, como já comentado linhas atrás, por se tratar todos os casos de violação a direitos fundamentais indisponíveis, não há nenhuma distinção ontológica entre o controle que o Poder Judiciário faz em casos de ação civil pública para obtenção de vagas em creches<sup>77</sup>, reformas de escola<sup>78</sup> ou concessão de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos<sup>79</sup> e o controle do Poder Executivo que se projeta na questão ora debatida. De forma indistinta, em todos eles, o que se almeja é superar a omissão ou insuficiência da prestação de um serviço público pelo Estado réu, na busca de se concretizar um comando constitucional.

Aqui, há de se destacar um simbólico precedente, por sua primazia, do Supremo Tribunal Federal, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, julgado monocraticamente pela Ministra Cármen Lúcia, em meados de 2013. Cuida-se do ARE 679616/RS, em que discutia questão congênere à ora posta para julgamento, qual seja a própria criação do plantão policial em Comarca do Estado vizinho. Nesse *decisum*, a Ministra Cármen Lúcia, após citar farta jurisprudência do Tribunal Constitucional, entendeu por reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e restabelecer a sentença de 1º grau de jurisdição, a qual havia julgado procedente a ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinando a implementação do plantão da Polícia Civil (24 horas por dia, 7 dias da semana).

Na mesma linha de decisão, porém versando sobre aspectos outros da política de segurança pública, encontram-se os seguintes julgados: (i) ARE 654.823-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 12/11/2013, Primeira Turma, DJE de 5/12/2013: obrigação de o Estado proceder ao

---

77 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2008.059696-9, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 15 dez. 2009.

78 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2013.069500-5, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 2 set. 2014.

79 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2014.035575-7, rel. Des. Jaime Ramos, j. 11 set. 2014.

“destacamento de policiais para a garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores”; (ii) RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7/6/2011, Segunda Turma, DJE de 24/6/2011: obrigação de o Estado proceder à nomeação de delegados, investigadores e escrivães, de modo a fornecer recursos a atividade-fim; nesse caso, contudo, o precedente do Supremo não versa sobre a questão de fundo propriamente dita.

Essa posição do Supremo, por derradeiro, deságua no julgado RE 669635 AgR de Santa Catarina, relativo à determinação de manutenção do plantão policial na Delegacia de Polícia da Comarca de Videira, já mencionado no tópico anterior,

Já no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao lado do precedente de Videira e de outros<sup>80</sup>, traz-se também à colação o julgamento de caso congênere relativo à Comarca de Forquilha, em que a Corte Catarinense manteve a decisão liminar e, posteriormente, a sentença que obrigou o Estado de Santa Catarina a manter quadro de pessoal adequado para funcionamento ininterrupto da Delegacia de Polícia daquela Comarca<sup>81</sup>.

Destaquem-se, por fim, diversos precedentes de relevo oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>82</sup>, concernente a Comarcas em geral dotadas de Vara Única, nas quais a Corte Paranaense reconheceu o dever de o Estado vizinho desincumbir-se minimamente do ônus de resguardar a segurança pública, aparelhando-se as Delegacias de Polícias para atender à população a contento.

Com atuações como essas, o Poder Judiciário, antes de violar o princípio da separação dos Poderes, na verdade, concretiza seu conteúdo material, pois exerce sua função com independência, primando pelo resguardo da Constituição da República e pelo aperfeiçoamento do respeito aos direitos fundamentais.

Vê-se, por conseguinte, que o princípio insculpido no artigo 2º do Texto Fundamental não pode ser considerado óbice à própria cognição

80 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2008.033556-7, rel. Des. Newton Janke, j. 28/4/2009; Apelação Cível n. 2008.046842-6, rel. Des. Cid Goulart, j. 16 dez. 2013.

81 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.076369-7. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 15 abr. 2014.

82 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo 1101479-2, Relatora Maria Aparecida Blanco de Lima, DJe 27/11/2013; Processo 991911-8, Relatora Maria Aparecida Blanco de Lima, DJe 2/5/2013; Processo 111401-6, Relator Fernando Antonio Prazeres, DJe 8/2/2012.

do fato e do direito aplicável por parte do Poder Judiciário. Contudo, é inegável que um provimento jurisdicional na hipótese não pode desassociar-se dessa baliza interinstitucional de matiz constitucional.

Para equalizar-se o conteúdo da decisão ao princípio da Separação dos Poderes, entende-se que não compete ao Poder Judiciário (e conseqüentemente, não pode ser um pedido deduzido pelo Ministério Público) a definição de uma forma concreta de operacionalizar o funcionamento ininterrupto de uma Delegacia de Polícia de um Município ou Comarca. O delineamento e a forma de implantação dessa providência, por envolver aspectos de ordem administrativa diversos, é uma decisão da Administração Pública, no exercício da discricionariedade ínsita à gestão pelo Poder Executivo. Frise-se: o resultado final é passível de determinação pelo Poder Judiciário, porém a forma de se atingi-lo deve ser integralmente conduzida pelo Estado de Santa Catarina.

Veja-se: o princípio da separação dos Poderes não impede em si o controle judicial da matéria ora debatida; porém, esse comando principiológico deve, sim, funcionar como parâmetro na compreensão de como se dará a intervenção do Poder Judiciário no caso concreto.

Com esse sopesamento de valores torna-se possível, a um só tempo, reparar a lesão ao direito fundamental à segurança pública, ora violado, sem retirar ilegitimamente a capacidade de gestão do Poder Executivo, afeto à gestão dos recursos direcionados à função administrativa, a qual engloba a atividade da Polícia Civil.

Além disso, com essa delimitação do resultado-fim da função jurisdicional, sem descer a pormenores quanto à forma de implementação, faculta-se ao Estado de Santa Catarina levar em consideração, em seu processo decisório, outras variáveis da questão, notadamente aquelas relacionadas aos direitos estatutários dos servidores públicos da Polícia Civil, em especial os escrivães e os agentes de polícia, muitas das quais já judicializadas em ações coletivas promovidas pelas entidades de classe respectivas.

Com isso, viabilizar-se-á ao Estado de Santa Catarina, mesmo demandado em juízo, manejar essas variáveis e atingir o resultado-fim determinado pelo Poder Judiciário, atingindo-se plenamente a prestação jurisdicional, sem perder de vista sua capacidade e independência de gestão. Em outras palavras, o direito fundamental será minimamente

resguardado, sem ter havido uma indevida ingerência do Poder Judiciário na forma pela qual essa concretização será realizada<sup>83</sup>.

## CONCLUSÃO

A segurança pública, direito fundamental difuso de 2ª dimensão, exige do Estado prestações positivas para se garantir ao cidadão e à coletividade a sua plena fruição, o que inclui o acesso efetivo aos serviços essenciais prestados pela Polícia Civil, um dos órgãos de concretização desse direito fundamental. Nesse cenário, a interrupção do plantão policial nas Delegacias de Polícia, com a criação dos plantões regionalizados, viola frontalmente o direito fundamental à segurança pública e deve ser objeto da intervenção do Ministério Público e, se for o caso, de controle jurisdicional, resguardando-se, no mínimo, a atividade ininterrupta das Delegacias de Polícia em Municípios sede de Comarca.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo (Tomo II)**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970.

AVILA, Thiago André Pierobom. **A atuação do Ministério Público na Concretização do Direito Fundamental à Segurança Pública**. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, n. 4, Ano 2014, p. 159-189.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei Federal n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Brasília, 1983. Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei Federal n. 11.530, de 24 de outubro de 2007. Brasília, 2007. Diário Oficial da União.

83 Por óbvio, em um cenário em que se tem restaurada a atividade contínua da Polícia Civil em uma determinada comunidade, é possível vislumbrar, em tese, um problema secundário, relativo à eficiência da prestação desse serviço público. Contudo, nessa hipótese, tem-se situação ontologicamente distinta do que ora se examina, para a qual a solução poderá envolver a discussão em concreto da ampliação de efetivo policial, discussão essa que demanda uma visão mais incrementada do princípio da separação dos Poderes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2827/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2010. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. ADI 236/RJ. Relator Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 1º jun. 1992. Diário de Justiça.

\_\_\_\_\_. ADI 1182/DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 10 mar. 2006. Diário de Justiça.

\_\_\_\_\_. Rcl 11246-AgR. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 fev. 2014. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. HC 101300. Brasília, 18 nov. 2010. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. ARE 639337 AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 set. 2011. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. RE 669635 AgR/SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 17 mar. 2015. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. MI 774 AgR/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 26 jun. 2014, Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. Rcl 11246 AgR/BA. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 fev. 2014, Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. ARE 654.823-AgR/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 dez. 2013. Diário de Justiça Eletrônico.

\_\_\_\_\_. RE 559.646-AgR/MG. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 jun. 2011. Diário de Justiça Eletrônico.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.076369-7. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n. 2008.059696-9. Relator Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 15 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento n. 2013.069500-5. Relator Des. Jorge Luiz de Borba, j. 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n. 2014.035575-7, Relator Des. Jaime Ramos, j. 11 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento n. 2008.033556-7. Relator Des. Newton Janke, j. 28 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n. 2008.046842-6. Relator Des. Cid Goulart, j. 16 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo n. Processo 1101479-2, Relatora Maria Aparecida Blanco de Lima, DJe 27 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Processo 991911-8, Relatora Maria Aparecida Blanco de Lima, DJe 2 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Processo 111401-6, Relator Fernando Antonio Prazeres, DJe 8 fev. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elípio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

FABRETTI, Humberto Barrinuevo. **Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LIEBMAN, Henrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil - v. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

JUNIOR, José Cretella. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Madri: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.
- SABELLA, W.P., POZZO, A.A.F. e FILHO, J.E.B. (Org.). **Ministério Público: Vinte e Cinco Anos do Novo Perfil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOARES, Luiz Eduardo. **Raízes do Imobilismo Político na Segurança Pública**. Revista Interesse Nacional, Ano 5, Número 20, jan. a mar. 2013. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/raizes-do-imobilismo-politico-na-seguranca-publica/>>. Acesso em: 9 ago.2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madri: Trotta, 2005.

CRIMINAL

# AGRAVANTES E ATENUANTES NO PROCEDIMENTO DO JÚRI POPULAR: NOVO PARADIGMA A CONSIDERAR

**Raul Schaefer Filho***Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

## RESUMO

A Lei n. 11.689/08 concebeu um novo paradigma para considerar a sentença condenatória, agravantes e atenuantes, no procedimento do Tribunal do Júri – art. 492, I, “b”, do Código de Processo Penal – notabilizando o sistema de oralidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Procedimento. Tribunal do Júri. Agravantes e Atenuantes. Sistema de oralidade.

Já se disse alhures que todo o tema relacionado à instituição do Tribunal do Júri possui o dom de fomentar acerba polêmica, a começar por sua existência, como tribunal popular e inserido no ordenamento jurídico. Ciente, portanto, de que se está a tanto assumindo, busca-se refletir acerca das mudanças e novidades introduzidas no processo penal a partir da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, notadamente aquelas afetas à consideração quando da aplicação de agravantes e atenuantes por ocasião da dosimetria da pena na sentença condenatória.

Convém que se estabeleça que o legislador constituinte de 1988 reconheceu o júri como garantia constitucional, estando entre os direitos

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 111 - 120	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

e as garantias fundamentais – sendo, pois, cláusula pétrea –, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, atribuindo a sua organização à lei (conforme preceituado no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal).

A Lei, que remete à Constituição, para conferir organização ao júri, vem a ser a Lei n. 11.689, de 9/6/2008, antes referida, que introduziu diversa redação ao dispositivo de comando à sentença condenatória (art. 492, I, do Código de Processo Penal - CPP), expressando, na alínea “b”, que “considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes **alegadas nos debates**” (art. 492, I, “b”, do CPP – com o grifo não original necessário).

Com efeito, o dispositivo processual (art. 492, CPP) trouxe novo paradigma a disciplinar a sentença a ser proferida quando finda a votação dos jurados no procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri, em sua fase plenária, remetendo tão somente em caráter complementar ao modelo de disposição no art. 387 do CPP.

Dessarte, condenado o réu pelo conselho de sentença, cabe ao juiz-presidente, agora, prolatar sua decisão, com brevíssimo relatório, seguindo as novas regras, referindo-se ao entendimento dos jurados, com a menção ao número de votos, por maioria, detendo-se no referencial “4x...”, estabelecendo a pena-base e considerando eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes que tenham sido agitadas nos debates (inclusive na réplica e tréplica, ou posta em plenário pelo réu durante o interrogatório), com sequência nos itens “c”, “d”, “e” e “f” do inciso I do artigo do CPP examinado.

A doutrina constituída empós a reforma, não sem resistências embrenhadas nas mais diferentes ramificações, tem incursionado no sentido de considerar pertinentes as agravantes ou atenuantes quando alegadas nos debates, isto é, discutidas em plenário, pouco importando sua natureza, cumprindo ao juiz-presidente reconhecê-las, ou não, por ocasião da sentença. Pode-se trazer à colação, à guisa de referência, escólio de Bonfim:

Condenado o acusado, o juiz aplicará a pena com base no sistema trifásico, considerando, após a determinação da pena-base, as agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, os autos ou diminuições admitidos pelo Conselho de Sentença, observando as demais regras do art. 387. Ade-

mais, o magistrado estabelecerá os efeitos da condenação e deliberará sobre a prisão cautelar, impondo o recolhimento ou a manutenção da custódia, se presentes os requisitos da prisão preventiva.<sup>1</sup>

De outro lado, pontifica Tourinho Filho:

Caberá ao Juiz, e não mais aos jurados, atentar para eventuais agravantes e atenuantes alegadas e debatidas em plenário. Anteriormente, era o Conselho de Sentença ouvido a respeito. Era por demais cansativo, por exemplo, a quesitação acerca das atenuantes. Agora se eles forem objeto dos debates (ou as agravantes), cumpre ao Juiz-Presidente, quando da lavratura da sentença, atentar para sua configuração, levando-as ou não em consideração para a dosimetria da pena.<sup>2</sup>

E em comunhão, Pereira e Silva<sup>3</sup> e Nucci<sup>4</sup>, ainda que de modo lacônico, para concluir que a Lei n. 11.689/2008 eliminou os quesitos quanto a tais circunstâncias, transferindo a sua análise ao juiz-presidente, desde que alguma delas seja alegada nos debates (art. 492, I, “b”, do CPP).

Na seara da jurisprudência, diferente não tem sido o entendimento exposto pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, como torna-se possível extrair dos julgados (ementas) em elenco:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE A TESE TER SIDO DEBATIDA EM PLENÁRIO. JULGAMENTO REALIZADO NOS TERMOS DA LEI 11.689/2008. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Com a nova redação dada ao artigo 483 do CPP pela Lei 11.689/2008 não há mais obrigatoriedade de submeter aos jurados quesitos acerca da existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, sendo certo que, somente poderão ser consideradas pelo Juiz presidente, na formulação da dosimetria penal, as agravantes e atenuantes alegadas e debatidas em plenário, nos termos da regra constante do artigo 492, I, b, do CPP, circunstância não ocorrida na hipótese dos autos.

- 
- 1 BONFIM, Edilson Mougenot, **Código de processo penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 880.
  - 2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de processo penal comentado**: volumes 1 e 2. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.
  - 3 PEREIRA E SILVA, Rodrigo Fauz, **Tribunal do júri: o novo rito interpretado**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010. p. 212-213.
  - 4 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 799.

2. Agravo regimental desprovido.<sup>5</sup>

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

HOMICÍDIO TENTADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. DEFESA TÉCNICA. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. DEBATE EM PLENÁRIO. CONSIDERAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Esta Corte possui o entendimento de que a Lei 11.689/2008, alterando a redação do art. 492 do CPP, conferiu ao juiz presidente do Tribunal do Júri a atribuição de aplicar as atenuantes e agravantes alegadas nos debates.

3. O juiz presidente deve considerar como “alegada nos debates” ou “debatidas em Plenário” tanto a defesa técnica quanto a autodefesa realizada pelo acusado no momento do interrogatório, de forma que ambas são legítimas para ensejar o reconhecimento de atenuantes e agravantes.

4. A atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, deve ser aplicada em favor do condenado ainda que a sua confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante delito.

5. Habeas corpus não conhecido ante a inadequação da via eleita.

Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Execução aplique a atenuante da confissão.<sup>6</sup>

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL.

1. VIOLAÇÃO AO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA A, DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. ATENUANTE DA MENORIDADE. NÃO SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. JULGAMENTO REALIZADO ANTES DA LEI 11.689/2008. 2. CIRCUNSTÂNCIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. ANULAÇÃO DO JÚRI. DESNECESSIDADE. ATENUANTE OBJETIVA. 3. NOVO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE. TEMPUS

5 STJ, AgRg no REsp 1464762/PE, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2015, DJe 29/6/2015.

6 STJ, HC 161.602/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014.

REGIT ACTUM. NOVA SISTEMÁTICA. ATENUANTES E AGRAVANTES. NÃO SUBMISSÃO AOS JURADOS. ART. 492, INCISO I, ALÍNEA B, DO CPP. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Antes da alteração legislativa implementada pela Lei nº 11.689/2008, o parágrafo único do art. 484 do Código de Processo Penal previa a formulação de quesitos relativamente a circunstâncias agravantes e atenuantes trazidas nos arts. 61, 62 e 65 do Código Penal. Dessarte, só poderia incidir no cômputo da pena as circunstâncias efetivamente reconhecidas pelo Conselho de Sentença.

Portanto, nos termos do que registrou o Tribunal local, caberia efetivamente aos jurados reconhecerem a incidência da atenuante da menoridade, circunstância que nem ao menos foi quesitada.

2. Contudo, havendo verdadeira omissão quanto à questionação da menoridade, circunstância que é demonstrada de forma objetiva, por meio de documentação cível, seria mais consentâneo com o princípio do aproveitamento dos atos processuais apenas o redimensionamento da pena para incidir a atenuante. Note-se que, no caso, não haveria invasão à soberania dos veredictos, pois o tema nem ao menos foi levado aos jurados. Ademais, tendo o Tribunal de origem reconhecido a existência de documento comprovando que o recorrido era menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, sua submissão a novo julgamento pelo Júri, apenas para afirmar algo que já é patente, não poderia resultar na desconsideração da mencionada circunstância, sob pena de se cuidar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a atrair nova anulação.

3. Outrossim, acaso seja o recorrido levado a novo júri, o julgamento será realizado de acordo com a sistemática introduzida pela Lei nº 11.689/2008, porquanto no processo penal os atos são realizados de acordo com a lei vigente no momento de sua realização.

Assim, não serão as atenuantes e as agravantes submetidas ao Conselho de Sentença, devendo estas serem analisadas pelo Juiz-Presidente ao dosar a pena. Portanto, patente a ausência de utilidade na anulação do julgamento realizado pelo Júri, a fim de que outro seja realizado exclusivamente para analisar a incidência da atenuante da menoridade já constatada pela Corte a quo, e cujo exame não mais compete ao Tribunal Popular.

4. Recurso especial a que se dá provimento para desconstituir a nulidade reconhecida, haja vista a decisão recorrida ser desprovida de utilidade. Como consequência, os autos devem retornar ao Tribunal de origem, para o exame dos demais pontos da apelação interposta pelo recorrido,

incluindo o redimensionamento da pena pelo reconhecimento da atenuante da menoridade.<sup>7</sup>

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO OCORRIDO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.689/2008. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NECESSÁRIO DEBATE EM PLENÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. CORRETA INSTRUÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS: ÔNUS DA DEFESA, A QUEM COMPETE ACOSTAR AOS AUTOS DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR O CONSTRANGIMENTO ILEGAL ADUZIDO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Para se configurar a contradição, é necessário que a fundamentação do julgado esteja em desarmonia com a conclusão atingida, o que em nenhum momento foi demonstrado pelo Embargante.

2. O real objetivo do Embargante é conferir efeitos modificativos aos presentes embargos, visando revisão do julgamento, pretensão que não se coaduna com a via eleita, que tem a finalidade de sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, inexistentes na espécie.

3. Embargos de declaração rejeitados.<sup>8</sup>

De igual modo, o Tribunal de Justiça catarinense, por suas egrégias Primeira e Terceira Câmaras Criminais, conforme julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO (ARTIGO 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA EM NOVE ANOS DE RECLUSÃO EM VIRTUDE DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REDUÇÃO PARA ADEQUÁ-LA EM DOIS ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. NECESSIDADE DE DEBATE EM PLENÁRIO. REDAÇÃO DO ARTIGO 492, I, B, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.<sup>9</sup>

7 STJ, REsp 1097649/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2013, DJe 9/9/2013.

8 STJ, EDcl no HC 243.571/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/5/2013, DJe 21/5/2013.

9 TJSC, Apelação Criminal n. 2008.078651-3, de São José, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 30/6/2009.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA E RESPEITO AOS MORTOS. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE NULIDADE DO JULGAMENTO, AO ARGUMENTO DE A DECISÃO DO JÚRI TER SIDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE O RÉU TER AGIDO SOB O PÁLIO DA LEGÍTIMA DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE DOS CRIMES E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS EXISTENTES NOS AUTOS. RÉU QUE, APÓS DESFERIR 6 (SEIS) GOLPES DE FACA NA VÍTIMA E CONSUMAR O HOMICÍDIO, AMARROU UMA PEDRA AO CORPO DO OFENDIDO E O AFUNDOU NO MEIO DO LAGO DA HIDRELÉTRICA DA FOZ DO CHAPECÓ. EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA NÃO EVIDENCIADA. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA. ANIMUS NECANDI DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTOU POR UMA DAS VERSÕES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, DA CRFB/1988). PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE. RÉU QUE EFETUOU 6 (SEIS) FACADAS NA VÍTIMA, ATINGINDO-A NA CABEÇA, ABDÔMEN E LOMBAR ESQUERDA. DELITO MOTIVADO POR DISCUSSÃO INSIGNIFICANTE, INSTANTES ANTES DO CRIME, EM RAZÃO DE INGESTÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. MOTIVAÇÃO DESPROPORCIONAL FRENTE AO ATO PRATICADO. OFENDIDO, ADEMAIS, QUE FOI SURPREENDIDO ENQUANTO ESTAVA SENTADO BEBENDO, À BEIRA DO LAGO COM O RÉU, SEM QUE PUDESSE ESBOÇAR QUALQUER TIPO DE REAÇÃO, AINDA MAIS POR ENCONTRAR-SE EMBRIAGADO. RÉU E VÍTIMA QUE MANTINHAM RELAÇÃO DE AMIZADE, RAZÃO PELA QUAL O OFENDIDO NÃO TINHA MOTIVO PARA ESPERAR QUE FOSSE ATACADO. DECISÃO DOS JURADOS AMPARADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR. DOSIMETRIA. ALMEJADA REDUÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA. CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS. MAGISTRADO QUE UTILIZOU UMA DELAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE APENAS DE FORMA RESIDUAL, O QUE NÃO É A HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO QUE

DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA PREVISTA COMO AGRAVANTE GENÉRICA, QUE DEVE SER UTILIZADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MIGRAÇÃO DA REFERIDA QUALIFICADORA PARA A SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO FOI OBJETO DE DEBATE DURANTE SESSÃO DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO NA SENTENÇA. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Com a edição da Lei n. 11.689/2008, que efetuou reforma no Código de Processo Penal e, em especial, no procedimento relativo ao Tribunal do Júri, passou a ser possível o reconhecimento, na sentença, de circunstâncias agravantes e atenuantes não quesitadas ao Corpo de Jurados, desde que arguidas durante os debates orais em plenário. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.002496-5, de São João Batista, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 10/3/2015).<sup>10 11</sup>

Não se ignora, todavia, a existência de julgados ainda insistindo na livre aplicação, pelo juiz na presidência do júri, daquelas circunstâncias agravantes e atenuantes consideradas de natureza objetiva, dentre os quais respeitável voto da insigne Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 106.376, de Minas Gerais, proferido em 1º/3/2011, que, por justiça, diga-se, enfatizou na sua fundamentação o fato de a atenuante reconhecida naquela hipótese derivar de menção realizada pelo réu, em autodefesa, quando do interrogatório, integrando, pois, na categoria de direito público subjetivo e como garantia ao princípio da individualização da pena.

Em que pese o descortínio, no caso específico e peculiar, da Primeira Turma do Excelso Pretório, o que se permite deduzir da reforma introduzida no processo penal, máxime em pertinência ao procedimento afeto ao tribunal do júri, é que a *mens legislatoris* destinou-se, com efeito, à diferença, em êxito do sistema da oralidade, de domínio absoluto quando se cuida da instituição do tribunal do júri, cuja competência atinge o julgamento dos crimes contra a vida, em perfeita consonância à dialética da consubstanciação do argumento e do contra-argumento. Daí porque já a previsão, no *caput* do art. 476 do CPP, da sustentabilidade, pelo Ministério Público, quando de sua palavra em plenário, da eventual existência de circunstância agravante (e, por certo, de atenuante,

10 TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.072587-5, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j. 16/6/2015.

11 Há Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acompanhando a divergência jurisprudencial.

dada a posição da instituição do Ministério Público no ordenamento jurídico), sem mencionar distinção quanto à natureza das circunstâncias, reiterando-se a consideração no novo modelo a ser seguido por ocasião da sentença condenatória (art. 492, I, “b”, do CPP).

Até porque a expressão “circunstância”, sob o ângulo jurídico, que deriva do latim *circumstantia*, de *circunstare*, significa aquilo que está ao redor, que cerca, que vem anexo ao fato ou ao direito. Rodeiam ao delito, dando a ideia de acessório, ou, como preleciona Rogério Greco, “são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado. Por permanecerem ao lado da definição típica, as circunstâncias em nada interferem na definição jurídica da infração penal”<sup>12</sup>.

Antolisei (*apud* Mossin, 2012), arremata:

Enquanto a falta de um elemento essencial faz com que um fato não possa considerar-se delito, o que passa de uma a outra figura delituosa, a falta de uma circunstância não influi sobre a existência do delito ou de determinado delito. A circunstância pode existir ou não existir, sem que o delito desapareça em sua forma normal, razão pela qual tem caráter eventual (*accidentalia delicti*).<sup>13</sup>

Perfazendo-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, ora, dados gravitacionais não se divorciam da exegese conferida ao sistema de procedimento relativo ao tribunal do júri pelo legislador ordinário, não maculando o princípio da individualização da pena a necessidade de, para eventual sopesamento pelo juiz-presidente, por ocasião da sentença condenatória, de trazê-las aos debates, não sendo causa de *capitis diminutio*.

Infere-se, todavia, do tema, que o debate encontra-se no ovo.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot, **Código de processo penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 880.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério, **Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus. 2015. p. 200.

<sup>13</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio, **Comentários ao Código Penal à luz da doutrina e da jurisprudência: doutrina comparada**. Leme: JH Mizuno, 2012. p. 365.

GRECO, Rogério, **Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus. 2015. p. 200.

MOSSIN, Heráclito Antônio, **Comentários ao Código Penal à luz da doutrina e da jurisprudência: doutrina comparada**. Leme: JH Mizuno, 2012. p. 365.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 799.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz, **Tribunal do júri: o novo rito interpretado**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2010, p. 212-213.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de processo penal comentado: volumes 1 e 2**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

CRIMINAL

# A REVISÃO CRIMINAL CONTRA CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

**César Danilo Ribeiro de Novais**

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso  
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do  
Ministério Público de Mato Grosso*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Revisão Criminal. 2 Democracia no Poder Judiciário. 3 Soberania Constitucional do Júri. 4 Harmonização entre a Revisão Criminal e a Soberania dos Veredictos. Considerações Finais.

## RESUMO

O texto analisa a possibilidade de Revisão Criminal em face de sentença condenatória oriunda do Tribunal do Júri, com a fixação da ideia de que seu espaço é limitado por força do princípio da soberania dos veredictos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri. Soberania dos Veredictos. Coisa Julgada. Revisão Criminal. Juízo Rescisório. Juízo Rescindente. Novo Julgamento.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 121 - 136	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

## INTRODUÇÃO

Uma das questões mais intrincadas da Ação de Revisão Criminal está atrelada a seu cabimento e efeito contra a sentença condenatória do Tribunal do Júri. Tal questão diz respeito à possibilidade de a Revisão Criminal alterar e substituir decreto condenatório oriundo do Colegiado Popular, cujas decisões são batizadas pelo princípio da soberania dos veredictos.

Questiona-se se a sentença condenatória, protegida pela autoridade da *res iudicata*, emanada do Tribunal do Júri deve ser substituída quando do acolhimento da Revisão Criminal.

A esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência<sup>1</sup>, escorada no argumento da supremacia do direito à liberdade ao princípio da soberania dos veredictos, admite que a Revisão Criminal possa substituir a sentença condenatória popular, acobertada pela coisa julgada, com a consequente relativização desse princípio informativo do Tribunal Popular.

A propósito, vale destacar a lembrança histórica de Ary Franco<sup>2</sup>:

Com o advento da Constituição de 1946, estabelecendo no §28 de seu art. 141 a soberania dos veredictos do júri, decidiram as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão de 30 de julho de 1947, por maioria de votos, não mais caber a revisão criminal de julgamento do júri, por contrária à prova dos autos, mas o Supremo Tribunal Federal reformou o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal no habeas corpus n.º 30.011, publicado no Diário da Justiça, de 31 de outubro de 1949, determinando que o pedido de revisão fosse considerado para julgá-lo como de direito, o que passou a ser seguido pelos demais tribunais de Justiça.

Esse julgamento é um marco histórico, pois dele derivou a jurisprudência pacífica pela admissão da Revisão Criminal contra julgamentos do Júri.

Todavia, a relação da Revisão Criminal com a coisa julgada ligada

1 [...] 1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri. [...] 5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo. [...] (STJ - 5ª T. - REsp 964.978/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), julgado em 14/8/2012, DJe 30/8/2012)

2 FRANCO, Ary de Azevedo. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1960. p. 185.

à sentença condenatória do Tribunal Popular deve ocupar o pensamento jurídico, em virtude da soberania dos veredictos.

A questão não pode ser tão simples e pragmática como pregam a doutrina e a jurisprudência, ou seja, esse tema não pode ser tratado a distância do real significado desse princípio constitucional afeto ao Tribunal do Júri e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Vale dizer, a incidência da Revisão Criminal sobre a sentença condenatória oriunda da Justiça Popular assume delicadeza ímpar tendo em vista a disposição constante no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição, que contempla o princípio da soberania dos veredictos.

Nessa senda, é importante a revisitação ao tema para fins de delimitação da Revisão Criminal contra sentença condenatória emanada do Tribunal do Júri, e já acobertada pela coisa julgada, diante do princípio da soberania dos veredictos.

E é exatamente a isso que este texto se propõe: desconstruir esse entendimento, com a apresentação de proposta de harmonização ou concordância prática de ambos os engenhos jurídicos.

## 1 REVISÃO CRIMINAL

Coisa julgada ou caso julgado é um fenômeno jurídico revelado na decisão judicial de que já não caiba mais recurso nem remessa necessária (§ 4º do art. 6º da LIDB e art. 475 do CPC), atingindo seu mais alto grau de eficácia. Encontra-se riscada em pedra (art. 5º, XXXVI, da CF) e busca garantir a paz social e a certeza do direito. É expressão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Como ensina Luiz Guilherme Marinoni<sup>3</sup>:

A coisa julgada, portanto, serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário.

Logo, por força dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

lidade, apenas em casos excepcionais, previstos pelo legislador, a coisa julgada pode ser relativizada.

Vale, neste ponto, a lição de José Augusto Delgado<sup>4</sup>:

A segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial. [...] Ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição, deve-se averiguar a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade.

Para tanto, na seara cível, há a Ação Rescisória (art. 485 do CPC), enquanto que, no âmbito penal, a Revisão Criminal (art. 621 do CPP). Duas ações de impugnação da coisa julgada. É o choque entre dois valores: segurança e justiça.

A Revisão Criminal consiste em uma ação de impugnação exclusiva da defesa e tem por alvo a sentença condenatória transitada em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP<sup>5</sup> - fundamentação vinculada.

Esse instrumento jurídico busca desconstituir<sup>6</sup>, por motivo de injustiça, a coisa julgada material anteriormente formada em outro processo.

Para sua admissibilidade, é necessário haver, além das condições da ação e dos pressupostos processuais, uma sentença condenatória transitada em julgado e a constatação de um dos fundamentos de rescindibilidade, residentes no mencionado artigo (erro judiciário). Cuida-se de rol taxativo, que, por consequência, não admite interpretação ampliativa ou analógica.

Ao contrário de outras Constituições brasileiras, a Revisão Criminal não está explicitada no rol de direitos e garantias fundamentais da atual Constituição, porém figura como direito fundamental implícito.

4 DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: NACIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.35.

5 Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

6 Por isso é classificada como ação penal de natureza constitutiva.

Foi regulamentada pelo Código de Processo Penal. Tem incidência nos casos de condenação injusta, em que se busca a absolvição, a melhora da situação jurídica ou a anulação do processo.

Na Revisão Criminal, busca-se a nulidade do processo ou a rescisão da sentença para proferir novo julgamento em substituição ao anterior. Fala-se em juízo rescindente ou revidente (*judicium recidens*) e juízo rescisório ou revisório (*judicium rescindens*)<sup>7</sup>.

No julgamento da Revisão Criminal, se o tribunal decidir desconstituir a decisão impugnada, diz-se que houve juízo rescindente. Se, além de desconstituir a decisão impugnada, o próprio tribunal proferir outra decisão em substituição àquela que foi rescindida, diz-se que houve juízo rescisório. Em síntese, após realizar o juízo rescindente, pode ocorrer (ou não) de o tribunal realizar o juízo rescisório.

Daí que, segundo o art. 626 do CPP, julgando procedente a Revisão Criminal (juízo rescindente), o tribunal poderá: a) alterar a classificação da infração (juízo rescindente + juízo rescisório); b) absolver o réu (juízo rescindente + juízo rescisório); c) modificar a pena (juízo rescindente + juízo rescisório); ou d) anular o processo (nesse caso, só haverá juízo rescindente porque o processo será devolvido ao primeiro grau onde lá será proferida nova sentença).

## 2 DEMOCRACIA NO PODER JUDICIÁRIO

O parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal declara que “todo poder emana do povo”. É a afirmação do princípio da soberania popular.

Como ensina José Afonso da Silva<sup>8</sup>, esse dispositivo “consagra a regra de que o povo é a fonte primária do poder, que caracteriza o princípio da soberania popular, fundamento do regime democrático”.

Na democracia representativa, o poder efetivo é exercido por poucos em nome de todos. Assim, é o povo que elege seus representantes nos Poderes da República. Todavia, apenas os Poderes Executivo e

7 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2004, v.2, p. 293.

8 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 40.

Legislativo contam com a participação do povo para a sua composição, não havendo tal em sede do Judiciário, uma vez que, como regra, seus membros são constituídos pela via de concurso público (meritocracia) e não de eleição (democracia), ou seja, o Poder Judiciário não ostenta lastro popular.

No entanto, compensando o rompimento do princípio democrático quanto à composição do Poder Judiciário, a Constituição contemplou em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, o Tribunal do Júri, instituição eminentemente popular. É a porta de entrada da democracia nesse Poder.

Dito de outro modo, a instituição do Tribunal do Júri representa, claramente, a oxigenação democrática do Poder Judiciário. É a justiça democrática em ação.

A propósito, como é sabido, não há nada mais democrático do que o poder exercido diretamente pelo povo. E é exatamente isso que ocorre no âmbito do Tribunal Popular. É o exercício público da justiça.

Não é por outra razão que o Tribunal do Júri possui como um de seus princípios a soberania dos veredictos.

Conclusão altamente intuitiva e eloquente: o princípio da soberania dos veredictos é corolário do princípio da soberania popular no âmbito do Poder Judiciário.

Bem por isso que, com a mesma genética do sufrágio eleitoral, o jurado, livre de pressão, deposita o voto de forma sigilosa e imotivada. Ou seja, o voto é de consciência, em que não é cobrada sua revelação nem suas razões.

Diferentemente do que ocorre com os membros do Poder Judiciário, que devem fundamentar suas decisões, o jurado decide de forma imotivada, tal qual o cidadão ao registrar seu voto na urna eleitoral. E a razão disso é muito simples: ele é o titular do poder e exerce a democracia direta, logo sua decisão é soberana. Basta, portanto, responder sim ou não aos quesitos. Os magistrados togados, ao contrário, devem motivar e fundamentar suas decisões, já que não são ungidos pela democracia, senão pela meritocracia. Por isso, devem justificar ao povo o porquê da decisão. Só assim esta terá legitimidade jurídica, política e social.

### 3 SOBERANIA CONSTITUCIONAL DO JÚRI

Examinando o texto constitucional, logo se vê que o Tribunal do Júri é o órgão judicial competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Assim, havendo prova da materialidade dos crimes de homicídio, participação em suicídio, infanticídio ou aborto e indícios suficientes de autoria ou participação, incumbirá ao Colegiado Popular o julgamento da causa penal.

Para cumprir essa importantíssima missão, o constituinte assegurou que a instituição do Júri fosse pautada pelos seguintes princípios: a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Isso significa dizer que os parâmetros e linhas do Tribunal do Júri foram traçados propositalmente pela Constituição Federal para que a instituição ficasse livre de ingerência indevida do legislador, da doutrina e da magistratura togada.

Outro não é o sentido da lição de Mauro Viveiros<sup>9</sup>:

Assegurar à instituição do Tribunal do Júri a soberania dos veredictos foi a materialização de um desejo claro do legislador constituinte originário de conferir às decisões do Júri popular o caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão do Estado. Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificada pelos juízes profissionais.

Logo se vê que a soberania dos veredictos pregada pelo texto constitucional não é uma fórmula prescritiva oca, já que, na linha do pensamento de Carlos Maximiliano<sup>10</sup>, a Constituição não pode albergar palavras vazias, inúteis, ociosas, sem significação alguma.

Por tudo isso, o princípio da soberania dos veredictos merece atenção especial, pois, como afirmaram Antonio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian<sup>11</sup>, “júri sem soberania é corpo sem alma, instituição inútil”.

O vocábulo soberania significa aquilo que está acima, supremo.

9 VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do Júri - Na Ordem Constitucional Brasileira: um Órgão da Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 23.

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 110.

11 PONTE, Antônio Carlos; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Teoria e prática do júri*. São Paulo: CPC Livraria e Editora, 2005. p. 13.

Vejamos a definição de De Plácido e Silva<sup>12</sup>:

SOBERANIA. De *soberano*, oriundo do baixo latim *superanus*, e este de *super* (sobe, em cima), ou de *superanus* (superior), designa a qualidade do que é soberano, ou possui a autoridade suprema. É o *poderio supremo*, ou *poder sobre todos*. No conceito jurídico, soberania entende-se *poder supremo*, ou o poder que se sobrepõe ou está acima de qualquer outro, não admitindo limitações.

Logo, na lição de Antonio José Feu Rosa<sup>13</sup>, “ não se pode falar em soberania sujeita a um poder superior”.

Ao prever a soberania dos veredictos como um dos princípios do Tribunal do Júri, quis o constituinte assegurar que a última e definitiva palavra acerca de julgamento dos crimes dolosos contra a vida fosse do Colegiado Popular. É a reafirmação do princípio da soberania popular.

Numa palavra: a decisão do Tribunal do Júri não pode ser substituída pela decisão de outro órgão judicial. Nenhum tribunal pode substituir os jurados, condenando ou absolvendo o acusado, sob pena de aniquilamento de rara democracia participativa no Judiciário por meio do Júri. A magistratura togada (meritocracia) não pode se sobrepôr à magistratura popular (democracia), já que esta, sim, é genuinamente soberana.

Significa dizer que as decisões do Conselho de Sentença, tomadas quando da votação dos quesitos, não podem ser substituídas nem pelo juiz-presidente, nem por órgão jurisdicional de superior instância. Por conseguinte, as decisões exaradas pelos jurados vinculam o juiz-presidente, quando da prolação da sentença, e os tribunais, quando da análise do mérito da causa, seja em grau recursal, seja em sede de ação impugnatória.

Vale, por oportuno, colar a lição de Márcio Schlee Gomes<sup>14</sup>:

Tratando-se de órgão composto por cidadãos, em clara situação de participação popular e, assim, de democracia, somente se pode admitir como, efetivamente, valiosa para o meio social, se tiver assegurada a forma de exercer seu poder. Caso contrário, sem soberania, haveria o Júri apenas o caráter formal, uma figura jurídica “no papel”, se as suas decisões não fossem definitivas, acabando por serem

12 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 1308.

13 ROSA, Antonio José Feu. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 431.

14 GOMES, Márcio Schlee. **Júri - Limites Constitucionais da Pronúncia**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 50.

passíveis de reforma pelos Tribunais togados.

Consectariamente, o Tribunal de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não podem alterar o mérito da sentença, mas, no máximo - repita-se, no máximo -, determinar a submissão do acusado a novo julgamento popular.

Em suma, o monopólio da última e definitiva palavra sobre a matéria - crimes dolosos contra a vida - é da sociedade, por meio do Tribunal do Júri, pois este é soberano, supremo a qualquer outro órgão judicial.

Valem, mais uma vez, as palavras de Antonio José Feu Rosa<sup>15</sup>:

A justiça, e, por conseguinte, os meios próprios de obtê-la, são direito da sociedade. Quem poderia contestar-lhe o direito de julgar e de agir em consequência disso? Que ela se engane, é possível. Mas uma questão de prerrogativa soberana não é uma questão de infalibilidade. Se para ser legítima uma atribuição qualquer da soberania devesse ser exercida numa maneira infalível, não haveria soberania possível. Mas, em caso de erro, o povo, como os indivíduos, suporta muito melhor o que vem daqueles que estão investidos em seu nome, de seus interesses, do que daqueles que lhe são estranhos.

#### **4 HARMONIZAÇÃO ENTRE A REVISÃO CRIMINAL E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS**

Por força do princípio da soberania dos veredictos, a sentença condenatória exarada pelo Tribunal do Júri não pode ser tratada como se fosse uma simples sentença condenatória.

Não se pode esquecer que, no Tribunal do Júri, há o exercício direto da democracia, ou seja, é o próprio povo exercendo parcela de soberania do Estado, a jurisdição, sem intermediários (representantes). Nisso reside o fundamento da soberania dos veredictos.

Por isso, a magistratura togada, despida de lastro democrático, não detém legitimidade para fazer com que suas decisões substituam aquelas oriundas do Tribunal do Júri. Nem mesmo diante de flagrante injustiça.

<sup>15</sup> ROSA, Antonio José Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 431.

Dito diretamente, por outras palavras: em seu feudo pretensamente soberano, alheio e divorciado da soberania popular (democracia), a magistratura togada não pode rever o mérito das decisões exaradas pelo Tribunal do Júri.

O Poder Judiciário carece de legitimidade constitucional para atropelar o cenário desenhado na sala especial, quando da votação dos quesitos pelo Conselho de Sentença. Não pode aniquilar o poder exercido constitucionalmente pelo povo, o cidadão-jurado.

Cumpra repetir aquilo que já foi dito em linhas passadas: ao prever a soberania dos veredictos como um dos princípios do Tribunal do Júri, quis o constituinte assegurar que o julgamento de última instância dos crimes dolosos contra a vida fosse do Colegiado Popular.

Não há, no ordenamento jurídico pátrio e principalmente na Constituição Federal, qualquer exceção a essa regra.

Parafrazeando Boaventura de Souza Santos<sup>16</sup>, “a erosão da soberania dos veredictos acarreta consigo a erosão do protagonismo do povo no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Por aí se vê que não é jurídica e logicamente sustentável a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, que constitui um despau-tério de grandes proporções.

A esta altura, levanta-se uma pergunta inescapável: isso significa dizer que as sentenças condenatórias, passadas em julgado, do Tribunal do Júri estão imunes à Revisão Criminal?

A resposta, ainda que possa parecer paradoxal, é negativa.

Primeiro, como está claro, há uma colisão de bens constitucionalmente protegidos, que deve ser resolvida pelo princípio da concordância prática ou harmonização.

Conforme ensina Marcelo Novelino<sup>17</sup>:

Na hipótese de colisão entre bens constitucionalmente protegidos, o intérprete deverá fazer a redução proporcional do âmbito de aplicação de cada um deles, de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro.

16 SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. O Caso Português. Porto: Afrontamento, 1996. p. 29.

17 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 78.

Pedro Lenza<sup>18</sup>, na mesma linha, aduz que

[...] partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando-se, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque.

Nesse sentido, ante a existência de conflito de bens protegidos constitucionalmente, deve-se buscar interpretações por meio das quais ambos os direitos (ou bens constitucionais), em conformidade com a possibilidade de seu equilíbrio e proporcionalidade, sejam garantidos, em autêntica concordância prática.

Assim, a Revisão Criminal, fundada no direito à liberdade, e a soberania dos veredictos podem conviver harmoniosamente, desde que o intérprete esteja montado no princípio da concordância prática.

Por conseguinte, torna-se evidente a possibilidade de questionar decreto condenatório oriundo do Colegiado Popular pela via de Revisão Criminal, porém, *cum granus salis*, qual seja, o tribunal poderá efetivar o juízo rescindente, sendo-lhe vedado, em regra, o exercício do juízo rescisório, na mesma linha do que ocorre em sede de apelação. Exceções: substituição de decisão do juiz-presidente, nas hipóteses das alíneas “b” e “c” do artigo 593 do CPP (juízo rescisório mitigado). O juízo rescisório alcança apenas as decisões do juiz presidente, mas jamais as decisões dos jurados. Por isso é mitigado.

É simples: na hipótese de o tribunal entender que a decisão do Júri não encontra respaldo no conjunto probatório do processo, o mesmo poderá exercer o juízo rescindente, determinando a submissão do acusado a novo julgamento popular, o Tribunal do Júri, que é órgão jurisdicional responsável pelo juízo rescisório.

Doutra banda, o tribunal poderá exercer o juízo rescisório nos casos em que a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados e quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou medida de segurança.

Observado isso, há perfeita harmonia entre a Revisão Criminal e a soberania dos veredictos.

18 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73.

Outra não é a lição de Guilherme de Souza Nucci<sup>19</sup>:

Longe de um instituto ferir o outro, há perfeita possibilidade de harmonização. Somente não se fará o entrelaçamento de ambos se houver deliberada vontade de arranhar a soberania popular. Que mal existe em permitir ao próprio tribunal do Júri, obviamente por meio de outros jurados, que reveja a decisão condenatória com trânsito em julgado? Assim fazendo, em última decisão continuará com o povo, assegurando a mencionada soberania dos veredictos.

Antonio Scarance Fernandes<sup>20</sup> engrossa a fileira desse posicionamento:

[...] é possível garantir a soberania dos veredictos e a revisão criminal. Se há prova nova, ainda não apreciada pelos jurados e que pode, por meio de um juízo prévio de probabilidade, alterar o quadro condenatório, o correto seria cassar a decisão e encaminhar o réu a novo julgamento. O mesmo aconteceria se ficasse demonstrado ser falsa a provas dos autos. Estaria respeitada a soberania dos jurados e não ficaria o réu impossibilitado de reverter a situação em seu desfavor.

No mesmo sentido, e com inteira razão, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. Como se sabe, as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri não podem ser alteradas, relativamente ao mérito, pela instância ad quem, podendo, tão-somente, dentro das hipóteses previstas no art. 593, do Código de Processo Penal, ser cassadas para que novo julgamento seja efetuado pelo Conselho de Sentença, sob pena de usurpar a soberania do Júri. Na verdade, o veredicto não pode ser retificado ou reparado, mas sim, anulado. 2. O cerne da questão, no presente pedido, situa-se no fato de que a decisão do Júri foi reformada, em seu mérito, em sede revisional que, diferentemente da apelação, cuja natureza é recursal, trata-se de verdadeira ação que é ajuizada sob o manto do trânsito em julgado. 3. A meu sentir, seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal a quo, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento. [...] (HC 19.419/DF, 5.<sup>a</sup>)

19 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 446.

20 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 191-192.

Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 18/11/2002)

[...] 1. Ao Tribunal do Júri, conforme expressa previsão constitucional, cabe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo-lhe assegurada a soberania dos seus veredictos. 2. Por outro lado, o ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal. 3. In casu, o recorrente foi condenado pelo delito de homicídio qualificado, tendo transitado em julgado a sentença. Com base na retificação de depoimento testemunhal, foi apresentada revisão criminal, em que se pleiteava a absolvição do requerente, por ausência de provas. 4. Considerando-se que o Tribunal de Justiça julgou procedente a revisão criminal para determinar a realização de novo julgamento popular, com fundamento na soberania dos veredictos, não merece reparo o aresto objurgado por estar em consonância com julgado desta Corte Superior. 5. Recurso desprovido." (REsp 1.172.278/GO, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/9/2010)

Por tudo isso é que os veredictos dos jurados são intocáveis, incumbindo ao tribunal, em sede de Revisão Criminal, reconhecer nulidade, readequar a pena (artigo 59 do Código Penal) e, nos casos de falsidade documental, contrariedade ao texto de lei ou à evidência dos autos ou prova nova, reenviar o acusado para novo julgamento popular. Jamais poderá alterar o mérito consagrado pelos veredictos dos jurados.

Não se pode admitir que o Judiciário usurpe o poder democrático do sufrágio popular, consubstanciado pelo voto do cidadão-jurado, e substitua a decisão desenhada pelo Conselho de Julgamento.

Com esse proceder, estarão resguardados os princípios da soberania popular e soberania dos veredictos (Estado Democrático de Direito).

Daí que não há qualquer espaço exegético para que a soberania dos veredictos continue a ser tratada como mera figura decorativo-retórica de uma democracia consolidada e viva que flui no Tribunal do Júri.

*Quae sunt Caesaris, Caesari:* ao tribunal togado, o juízo rescindente e juízo rescisório mitigado (Revisão Criminal); e ao tribunal popular, o juízo rescindente e juízo rescisório pleno (soberania dos veredictos, soberania popular)<sup>21</sup>.

21 Coisa SOBERANAMENTE julgada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Recurso de Apelação contra sentença do Tribunal do Júri, pode o Tribunal de Justiça efetivar o juízo rescisório amplo?

A resposta é um retumbante não.

Veja, pois, o contrassenso: apelação contra sentença do Júri - obviamente descoberta de coisa julgada - só admite o juízo rescisório mitigado (alíneas "b" e "c" do artigo 593 do CPP), mas, estranha e contraditoriamente, a doutrina e a jurisprudência admitem o juízo rescisório amplo em sede de Revisão Criminal que - detalhe - ataca a coisa julgada material.

Quer isso dizer que a sentença condenatória do Júri acobertada pela *res iudicata* vale menos que aquela ainda não transitada em julgado, portanto, despida de cláusula de imutabilidade.

Claramente se vê que há doutrina e jurisprudência manipulando o conceito e esvaziando o conteúdo do princípio da soberania dos veredictos. Deixam de atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê mais eficácia.

Isso é inadmissível.

Por força do princípio da soberania dos veredictos, o espaço para a Revisão Criminal é limitado. Não pode ser diferente.

Pelo que foi dito, fica claro que nenhum órgão jurisdicional pode reformar o mérito de uma decisão do Tribunal do Júri, para o fim de absolver (ou condenar) o acusado.

Bem por isso que, em grau recursal, revisional ou impugnatório, os tribunais estão limitados a analisar se a decisão dos jurados encontra mínimo respaldo no conjunto de provas. No caso de ausência de lastro probatório, a decisão deve ser cassada, com a consequente submissão do acusado a novo julgamento popular.

Assim fazendo, a magistratura popular (soberania dos veredictos) estará resguardada de ingerência indevida da magistratura togada sobre a democrática decisão dos jurados.

Do contrário, a soberania popular (democracia) no âmbito do Poder Judiciário não apenas estará em perigo, como também ficará

amputada. Virará uma farsa.

Como disse Rui Barbosa, “garantir o júri, não pode ser garantir-lhe o nome. Há de se garantir-lhe a substância, a realidade, o poder”. E Tribunal do Júri sem soberania é veia sem sangue, osso sem tutano, corpo sem alma...

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.
- DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In: NACIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2004, v.2.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FRANCO, Ary de Azevedo. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- GOMES, Márcio Schlee. **Júri – Limites Constitucionais da Pronúncia**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PONTE, Antônio Carlos; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Teoria e prática do júri**. São Paulo: CPC Livraria e Editora, 2005.
- ROSA, Antonio José Feu. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâ-**

**neas.** *O Caso Português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do Júri - Na Ordem Constitucional Brasileira: Um Órgão da Cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CIVIL

# A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS *CAUSA MORTIS* EM RELAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO *DE CUJUS*

**Naiara Czarnobai Augusto**

*Assessora de Gabinete*

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UNIVALI)*

**Rafael Niebuhr Maia de Oliveira**

*Bacharel em Direito pela UNIFEBE*

*Especialista em Direito Processual pela UNIDERP*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Arquivos Digitais Enquanto Bens Incorpóreos. 2 Possibilidade de Transferência de Arquivos Digitais *Causa Mortis*. 3 Direitos de Personalidade e de Privacidade do *De Cujus*. 4 Solução do Conflito entre os Princípios da Herança e da Privacidade. Considerações Finais. Referências.

## RESUMO

Objetiva-se abordar a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais *causa mortis* em relação aos direitos personalíssimos do *de cuius* que poderiam ser violados com a divulgação de suas informações armazenadas em meio eletrônico. Para obtenção da resposta ao problema apresentado, busca-se, primeiramente, estabelecer o conceito de bens digitais e se estes podem ser classificados como incorpóreos, além das

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 137 - 168	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

implicâncias jurídicas do pleito dos eventuais herdeiros de terem acesso irrestrito aos arquivos mantidos pelo falecido. Na sequência, aborda-se a natureza jurídica, modalidades e a extensão temporal dos direitos de personalidade, questionando-se se estes podem ser defendidos pelo Estado, ainda que após a morte da pessoa, e mesmo que contra a vontade de seus herdeiros. Por fim, estabelecem-se quais regras hermenêuticas devem ser utilizadas para interpretar esse choque de princípios constitucionais, definindo qual deve preponderar no caso em análise. Por meio da pesquisa doutrinária e do método indutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, constatou-se que, apesar de o tema não ter sido enfrentado objetivamente pelos tribunais pátrios, tampouco haver previsão legal expressa – embora existam projetos de lei sobre o assunto –, a análise detida dos princípios e a preponderância daquele de maior valor deve orientar o posicionamento a ser firmado sobre a matéria, e, em tese, no choque em questão, a personalidade do *de cuius*, quando inconciliável com o direito de herança, deve merecer maior atenção em relação a esta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bens digitais. Direito de herança. Direitos de personalidade.

### ABSTRACT

This article discusses the legal possibility of transmitting digital goods *causa mortis* in the light of the *de cuius* personal rights perspective, in relation to the personal rights of the “deceased”, which could be invaded with the disclosure of your information stored in electronic media. To obtain the answer to the problem presented, the aim is to first establish the concept of digital assets and if these can be classified as intangible, as well as the legal implications of the election of any heirs to have unrestricted access to the files maintained by the deceased. Following deals with the legal nature, modalities and the temporal extension of personality rights, questioning whether these can be defended by the State, even after the death of the person, and yet, even if against the wishes of his heirs. Finally, it establishes which hermeneutics

rules should be used to interpret this clash of constitutional principles, defining what must preponderate in the present case. Through the doctrinal research and the inductive method, operated with the techniques of the referent, the categories, the operational concepts and research of documentary sources, it was noted that although the theme has not been faced objectively patriots courts, nor be express legal provision – although there are bills on the subject– the analysis held that principles and the preponderance of greater value should guide the positioning to be signed on the subject, and in theory, the shock in question, the personality of the *de cuius* when irreconcilable with the inheritance law, should deserve most attention in relation to this.

**KEYWORDS:** Digital goods. Inheritance law. Personality rights.

## INTRODUÇÃO

Constituiu-se como objeto deste artigo científico a pesquisa, no direito brasileiro, acerca dos bens imateriais, abordando a sua proteção e a possibilidade de transferência por meio da herança, mais especificamente os bens digitais, investigando, na sequência, a temporariedade dos direitos individuais, concluindo qual seu termo inicial e, principalmente, seu termo final, verificando-se se a morte biológica faz cessar a proteção estatal sobre os direitos individuais daquela pessoa, para finalmente verificar na doutrina e jurisprudência nacionais de que forma vem se tratando esse tema e como deve o magistrado decidir quando se deparar com esse choque de princípios constitucionais.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa se encontra no fato de que o direito, como se sabe, não move suas correntes na mesma velocidade que a sociedade, a qual por meio dos avanços tecnológicos muda o seu comportamento, seus costumes, seu consumo, sem que o direito positivo esteja preparado para tanto. Com isso, mudou-se também a forma de se armazenar riqueza que, antes acessível à mão, hoje se encontra, cada vez mais, no espectro virtual das chamadas “nuvens” de armazenamento digital. Muito embora não haja previsão legal, o direito deve solucionar conflitos que já começam a surgir acerca da disputa de propriedade sobre esses bens, e que no presente estudo, concentra-

-se sobre o direito de transmissão desta propriedade aos herdeiros. Contudo, o armazenamento de arquivos não se resume a bens digitais valiosos, mas também a informações sigilosas e/ou confidenciais do *de cuius*, cuja revelação pode acarretar ofensa a seus direitos individuais, além de eventuais terceiros envolvidos. Surge, então, o interesse e a relevância da pesquisa que se passa a relatar nas linhas que seguem.

A presente pesquisa se origina de três problemas, quais sejam: a) Os arquivos digitais podem ser considerados bens passíveis de transferência *causa mortis*? b) Os direitos morais do *de cuius* permanecem intactos mesmo após a sua morte? c) Qual solução deve ser aplicada nos casos onde não haja declaração de última vontade do *de cuius* acerca de seus ativos digitais? Para os quais, propuseram-se, respectivamente, as seguintes hipóteses: a) os bens imateriais são protegidos pela legislação constitucional e civil brasileira, não havendo motivos para se distinguirem os arquivos digitais dos demais bens incorpóreos, que, embora não palpáveis, agregam valor ao patrimônio de seus proprietários, razão pela qual se torna possível a sua transmissão aos herdeiros, após a morte de seu titular; b) a dignidade humana deve transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo com o óbito de cada indivíduo; e c) em se tratando de choque de princípios fundamentais, dificilmente se encontrará simples decisões, de forma que, ao que parece, no choque entre direitos patrimoniais e morais, tende-se a crer que a preservação da intimidade do *de cuius* deva prevalecer sobre o direito patrimonial de seus herdeiros, não excluindo-se, obviamente, a apreciação específica de cada caso concreto.

Para se atingirem os objetivos perseguidos, inicialmente, será estabelecido o conceito de bens incorpóreos, para que se verifique se os bens digitais podem ser entendidos como subespécies desses e, na sequência, se esses bens podem ser transferidos por herança. Além disso, buscar-se-á a conceituação dos direitos morais e de privacidade do *de cuius*, sendo, para tanto, necessário o estabelecimento do termo *ad quem* da tutela desses direitos, em relação à morte do cidadão.

Por fim, examinando o conflito entre os princípios constitucionais do direito de herança e o direito de privacidade, examinar-se-á qual deve ser a presunção aplicada em caso de ausência de disposição de última vontade do *de cuius* sobre seus arquivos digitais.

No desenvolvimento desta pesquisa, será utilizado o método indutivo, ou seja, pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.

Na investigação, far-se-á uso da técnica do referente, das categorias e do conceito operacional, por meio de pesquisa doutrinária, cujas referências das obras citadas serão colacionadas ao final. Por opção metodológica, tratar-se-á primordialmente dos aspectos destacados da doutrina civil e constitucional nacional, relacionada ao tema abordado, com breves e esporádicas análises legais sobre a matéria. Os pressupostos conceituais serão trazidos, no decorrer do desenvolvimento da presente pesquisa, por meio de notas de rodapé, assim como as referências ao longo do texto.

## 1 ARQUIVOS DIGITAIS ENQUANTO BENS INCORPÓREOS

Para dar início à presente pesquisa, é imprescindível que se apresente o conceito de bens incorpóreos e de arquivos digitais, para que se possa delinear se os segundos podem ser incluídos como espécie dos primeiros.

Dessa forma, tem-se que os bens são elementos basilares do estado democrático brasileiro, uma vez que são a perfectibilização do direito à propriedade previsto na Carta Magna, no seu art. 5<sup>o</sup>, como uma de suas cláusulas pétreas. E, como tal, merecem proteção destacada do Estado, como garantia de manutenção da ordem socioeconômica liberal.

O Código Civil, por sua vez, destaca um livro - Livro II - exclusivo para disciplinar a matéria, que encontra guarida entre os artigos 79 e 103 da referida Lei, onde o legislador muito embora classifique as modalidades de bens e defina algumas regras básicas, deixa de fixar um conceito para o tratado signo.

Diante da ausência de definição legal, busca-se auxílio nas lições de França<sup>2</sup>, que define “a coisa que constitui ou pode constituir objeto de um direito”, Beviláquia<sup>3</sup> assevera que estes “constituem a parte po-

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

2 FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

3 BEVILÁQUIA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1856. p. 209.

sitiva do patrimônio”. Por fim, Monteiro e Pinto<sup>4</sup> destacam que “bens são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito”.

Assim, bens podem ser definidos, de maneira geral, como todo e qualquer aspecto positivo que integre o patrimônio de uma pessoa. É certo, ainda, que os bens são gênero do qual se encontram diversas espécies, a maioria citadas nos três capítulos e nas suas seções do Livro II do Código Civil, que tratam especificamente dos bens imóveis, móveis, fungíveis ou consumíveis, divisíveis, singulares ou coletivos, reciprocamente consideráveis ou públicos.

Todavia, ainda que o legislador tenha demonstrado a sua preocupação em dividir as especificidades de bens existentes no direito privado brasileiro, este não logrou êxito – se é que essa foi sua intenção – de esgotar as possibilidades de modalidades de bens que permeiam as relações jurídicas. Isso se nota, por exemplo, quando da ausência de menção aos chamados bens incorpóreos, que, por definição, não podem nem serem considerados imóveis, por não preencherem o disposto no art. 79 do Código Civil<sup>5</sup>, tampouco móveis, uma vez que não podem ser movidos conforme definição do art. 82<sup>6</sup> do mesmo Código, e sequer se encaixarem no rol de bens equiparados aos móveis, descrito no artigo seguinte – tendo em vista que nem todo bem incorpóreo será uma forma de energia, conforme prevê o inc. I do art. 83.

Em que pese o silêncio injustificado do legislador, pois se está diante de uma legislação completamente reformada no ano de 2002, quando os bens incorpóreos já eram pacificamente aceitos no direito privado nacional, essa modalidade de bem não carece de aceitação jurídica tanto na doutrina quanto nos tribunais.

Ainda, importante frisar que, embora essa espécie de bem não encontre guarida expressa no texto exposto do Código Civil, o mesmo não ocorre em legislações esparsas, inclusive anteriores à atual edição, e que preveem claramente subespécies de direitos incorpóreos, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 9.610/1998, que trata dos direitos autorais.

---

4 MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. vol. 1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

5 Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

6 Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Quanto à aceitação dos tribunais também não se pode considerar nem sequer uma celeuma, ante a vasta e serena aplicação do direito em casos concretos que envolvam esse tipo de bem, como se exemplifica pelo Recurso Especial n. 420303<sup>7</sup>, julgado, em 6 de junho de 2002, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que se aceitou sem maiores discussões a penhora de um bem incorpóreo.

No que tange à doutrina, colhe-se de Nader<sup>8</sup> que, tratando das várias subespécies de bens incorpóreos, “todos são objetos de direitos subjetivos, mas apenas o que apresentam suporte corpóreo se enquadram na tipologia da parte geral”.

Quanto à definição dessa espécie, Monteiro e Pinto<sup>9</sup> asseveram que os bens incorpóreos são aqueles que, “embora de existência abstrata ou ideal, são reconhecidos pela ordem jurídica, tendo para o homem valor econômico”. Já França<sup>10</sup>, tratando como bens imateriais, que pode ser considerado sinônimo para bens incorpóreos, assevera que esses “são objetos de direitos quando apresentam pelo menos um interesse moral”.

Vencida a temática acerca da existência e validade jurídica dos bens incorpóreos, resta a esta pesquisa a definição de bens digitais, que são conceituados por Santos<sup>11</sup> como sendo “uma espécie de *software* de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados *bits*. Cada conjunto de oito *bits* forma um *byte*”.

Gandini et al., por sua vez, conceituam o documento eletrônico como aquele “que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Nada mais é do que uma sequência de *bits*, que por meio

7 PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TERMO DE PENHORA. ASSINATURA. REQUISITO INDISPENSÁVEL. PENHORA DE BENS INCORPÓREOS. IRRELEVÂNCIA. ART. 665, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - Nos termos do art. 665-IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado. II - A regular penhora antecede à intimação para apresentação dos embargos. III - Segundo antigo brocardo latino, *tibi lex non distinguit nec interpres distinguere debet* (STJ - REsp: 420303 SP 2002/0031425-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/06/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/8/2002 p. 223).

8 NADER, Paulo. *Curso de direito civil* - parte geral. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 262.

9 MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*. vol. 1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

10 FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 98.

11 SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. *Bem digital* - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

de um programa computacional, mostrar-nos-á um fato”<sup>12</sup>.

Pelo que se pode denotar, os arquivos digitais podem ser considerados subespécies de bens incorpóreos, segundo a definição desse signo recém apresentada, razão que leva à conclusão lógica da possibilidade de sua proteção no âmbito do direito privado nacional.

Assim, ante a sua crescente utilização, os tribunais não perderam tempo em adaptar a sua jurisprudência, dando a esse modo de armazenamento de arquivos o mesmo tratamento dispensado aos documentos físicos. É o que se percebe, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 8858911, de relatoria do Desembargador Victor Martim Batschke, prolatado, em 3 de julho de 2002, na 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>13</sup>, que confirmou decisão juízo *a quo* ao determinar a medida cautelar de busca e apreensão de arquivos digitais.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>14</sup>, embora tenha reformado a decisão atacada, levou em consideração a perda de arquivos digitais contendo fotografias dos autores como motivo para compelir o réu a indenizar os danos morais sofridos pelos primeiros, conforme se verifica do julgamento da Apelação Cível n. 9181082302008826, de relatoria do Desembargador Gilberto Leme, realizado, em 15 de maio de 2012, pela 27ª Câmara de Direito Privado.

Não se pode esquecer do emblemático precedente datado do ano

- 
- 12 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. **A validade jurídica dos documentos digitais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=4411&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- 13 AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DISPONIBILIDADE DOS ARQUIVOS DIGITAIS DE DADOS CADASTRAIS. INFORMAÇÕES DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SCPC/SEPROC). TUTELA ANTECIPADA PARA O FORNECIMENTO DOS DADOS EM MÍDIA DIGITAL NO PRAZO DE 48:00 HORAS. ESTIPULAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 372 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 Nos termos da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, na ação de exibição de documentos, não cabe à aplicação de multa cominatória. 2 Conforme entendimentos que ensejaram a Súmula 372, a busca e apreensão é a medida cabível para efetivar a exibição dos documentos, caso não seja atendida a ordem judicial. 3 As multas previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil são destinadas às ações cominatórias de obrigação de fazer e não fazer, não se alcançando, pois, a cautelar de exibição de documentos. (TJ-PR - AI: 8858911 PR 885891-1 (Acórdão), Relator: Victor Martim Batschke, Data de Julgamento: 03/07/2012, 6ª Câmara Cível)
- 14 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FOTOS ARQUIVADAS EM CARTÃO DE MEMÓRIA DE CÂMERA FOTOGRÁFICA DIGITAL. GRAVAÇÃO EM CD (COMPACT DISC). ALEGAÇÃO DE QUE O ARQUIVO DE FOTOS FOI INDEVIDAMENTE APAGADO DO CARTÃO DE MEMÓRIA DURANTE A REALIZAÇÃO DE TAL SERVIÇO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Legitimidade do proprietário das fotos para figurar no polo ativo da demanda indenizatória. Prova testemunhal produzida nos autos que corrobora a alegação da ré de que o cartão de memória foi devolvido, ao autor, intacto com todos os arquivos. Ausência de prova de ter a ré praticado ato ilícito, que ensejasse a obrigação de indenizar. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 9181082302008826 SP 9181082-30.2008.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 15/5/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/5/2012).

de 1998, no qual, muito embora versando sobre matéria tributária, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário n. 176626-3/SP<sup>15</sup>, diferenciou os *softwares* em bens ou serviços dependendo da escala de sua produção, de modo que, sendo produzido para atender a uma demanda específica, seriam considerados serviços, ao passo que, sendo produzidos em larga escala, equiparar-se-iam aos bens corpóreos, do que chamou de “*software de prateleira*”, atendimento que persiste até hoje na jurisprudência nacional.

Diante do que se observa, os arquivos digitais, que, cada vez mais, fazem parte do cotidiano das pessoas, independem de maior regulamentação específica para serem admitidos no direito brasileiro, pois encontram guarida como subespécies dos bens incorpóreos e, como tal, devem receber a exata proteção que esses recebem, podendo ser objeto de negociação entre as pessoas e de defesa do Estado quanto a ataques internos, pelo que se confirma a hipótese anteriormente apresentada.

## 2 POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE ARQUIVOS DIGITAIS CAUSA MORTIS

Em princípio, Venosa<sup>16</sup> remete à ideia de que, “como o direito subjetivo é poder outorgado a um titular, requer, portanto, um objeto”, que é “a base material sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa, com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior”.

Nesse contexto, tudo o que pode proporcionar alguma utilidade deve ser considerado bem, que, no campo jurídico, é aquilo que possui valor. O Código Italiano, em seu art. 810, estabelece que “são bens todas as coisas que podem formar objetos jurídicos”<sup>17</sup>.

15 Programa de computador (*software*): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador” - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado ‘*software de prateleira*’ (*off the shelf*) - os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário n. RE-176626-3-SP. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU. 11/12/98.).

16 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 313.

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 314.

Ao longo da sua vida, a pessoa acumula bens das mais diversas espécies e que constituem todo o seu patrimônio, aqui não conceituado exclusivamente no que se refere ao seu suposto valor econômico. Com a morte, defere a lei a transferência de todo esse acervo aos herdeiros legítimos e testamentários, consoante disposto no art. 1.784 do Código Civil<sup>18</sup>.

O direito sucessório, constituído na possibilidade de transferir bens *causa mortis*, é um dos corolários do direito de propriedade, para que esta justamente não fique despida do seu caráter de perpetuidade. Radbruch, citado por Diniz<sup>19</sup>, assevera que “o direito sucessório assenta na ideia de uma hipotética harmonia preestabelecida entre o interesse individual e o interesse social, à semelhança do que ocorre com o direito de propriedade”.

Ainda, juridicamente, a sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação que lhe advém de uma outra pessoa<sup>20</sup>. Para o presente estudo, interessa a sucessão em sentido estrito, segundo a qual se transfere a outrem os direitos e as obrigações de pessoa falecida, isto é, transmite-se, com a morte, toda a universalidade de bens do *de cuius*, consoante o princípio da *saisine*.

Discordando, em parte, do princípio da patrimonialidade, segundo o qual a herança se reveste apenas dos bens que interessam à sucessão devido ao seu valor patrimonial, Diniz<sup>21</sup> assevera que o que se transfere “é aquilo que o ‘de cuius’ era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros”, mas, inclusive, todos “os direitos, pretensões, ações, exceções de que era titular o defunto, se transmissíveis”.

Nesse sentido, Rodrigues<sup>22</sup> ressalta que a herança é um bem coletivo e universal, e defere-se como um todo e se mantém indiviso até que seja perfectibilizada a partilha, de modo que não importa quantos são os herdeiros, nem quais bens integram esse acervo. Em outras palavras,

18 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

19 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

20 PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7.

21 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

22 RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil: família e sucessões**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 216.

essa transmissão autoriza que tudo o que pertencia ao falecido, ativa e passivamente, é integralmente repassado aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

Ancorando-se nesse raciocínio doutrinário, poder-se-ia presumir que todo o conjunto de bens transmite-se aos herdeiros, nele incluídos todos os bens classificáveis, pois certo é que o objeto da sucessão *causa mortis* é a herança, dada a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*.

Entretanto, há que se ressaltar que nem todos os direitos e todas as obrigações do autor da herança são transmissíveis, seja em razão do seu caráter personalíssimo, encerrados com o óbito – como o poder familiar, a tutela, a curatela e os direitos políticos –, seja em função de serem bens e direitos patrimoniais de natureza obrigacional infungível. Bittar<sup>23</sup>, a seu tempo, assevera que alguns direitos de personalidade da pessoa são transmissíveis após a morte, citando como exemplo os direitos patrimoniais do autor sobre sua obra literária, bem esse classificado como incorpóreo.

Imbuído dessa perspectiva, Venosa<sup>24</sup> destaca que a herança necessariamente é absorvida pelo conceito de patrimônio, que é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Segundo o autor, o patrimônio transmissível possui bens materiais e imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente, e não se confundem com os direitos personalíssimos extintos com a morte. Isso acontece porque o herdeiro não é representante do *de cuius*, pois sucede os seus bens e não a sua pessoa, assumindo apenas a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido.

Logo, concatenando as disposições doutrinárias sobre a matéria, de transmissão por herança se pode entender tudo aquilo que representar patrimônio para a pessoa e, considerando a definição de Monteiro e Pinto<sup>25</sup>, anteriormente destacada, no sentido de que bens incorpóreos têm reconhecido valor econômico para o contexto jurídico, há que se definir pela possibilidade de transferência de arquivos digitais do *de cuius* a seus herdeiros.

23 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 13.

24 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

25 MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. vol. 1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

Isso é possível porque o avanço tecnológico interfere não só na vida dos indivíduos mas também na evolução do dinamismo jurídico em razão das novas relações decorrentes da modernização dos acontecimentos por meio da informática e da viabilização de fácil acesso à rede mundial de computadores. Negócios jurídicos podem ser perfectibilizados pela *Internet* entre pessoas de nacionalidades distintas, transações bancárias realizadas sem contato físico, os livros deixaram de ser expostos nas estantes de livrarias para abarrotarem as pastas de acervo digital, as fotografias antes distribuídas em álbuns físicos hoje são separadas e classificadas em arquivos de computadores, estão espalhadas pelos celulares, *tablets* e podem ser editadas ou excluídas com facilidade. Assim como acontece com as músicas, distribuídas em todos os dispositivos de mp3, *pen drives* e *HDs* para armazenamento de dados de computadores.

Atualmente, conflitos sobre o compartilhamento de mídias ressalta a necessidade de os tribunais avaliarem o direito consumerista e a aplicabilidade nessas situações, sobretudo quando envolvem os direitos autorais da transmissão desses arquivos, muitos dos quais, inclusive, são adquiridos por meio do pagamento de preço estabelecido pelo fornecedor. Além disso, há outras formas de contratação via *Internet* e cujos termos digitalmente estabelecidos conferem solidez à instrução probatória, consoante entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>26</sup>. Tudo pode ser encontrado no mundo virtual, perfazendo o patrimônio digital da pessoa. E por que não se objetivar a transmissão desses bens via sucessão *causa mortis*?

Empresas como o *Google* consideraram essas implicâncias da expansão de armazenamento de arquivos digitais como margem de segurança na rede mundial de computadores, além da necessidade de se preverem disposições de última vontade quanto ao conteúdo armazenado em contas de *e-mail*, e, a partir dessa preocupação, disponibilizaram a seus usuários serviços como a “Gestão de Contas Inativas” e o “Testamento Virtual”, por meio dos quais se podem indicar até 10

26 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS OU AUTENTICADOS. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Ausência de requisito legal que condicione a apresentação do original, ou cópia autenticada, do contrato que baseia a ação executiva. 2. Cédula de Crédito Bancário que traz na lateral a anotação de registro de documento eletrônico, no 1º Registro de Títulos e Documentos de Maceió/AL. Presunção relativa de veracidade, passível de impugnação pela parte interessada. Aplicação do disposto no artigo 365, VI, do Código de Processo Civil 3. Decisão reformada. 4. Recurso provido. [Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/8/2011; Data de registro: 22/9/2011]

pessoas para acessarem o material após um determinado período de inatividade, com isso permitindo visualização de imagens, mídias e arquivos armazenados em nuvem. Do mesmo modo, o usuário pode programar a desativação automática da sua conta em caso de falecimento, com isso excluindo definitivamente da rede quaisquer resquícios de suas atividades desempenhadas no mundo virtual<sup>27</sup>.

No ordenamento jurídico pátrio, não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social.

Versando sobre a matéria, o Projeto de Lei n. 4099/2012, apresentado pelo Deputado Jorginho Mello, objetiva seja acrescentado ao Código Civil um parágrafo único ao art. 1.788, dispondo que “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”. E como justificativa para tanto, o referido parlamentar argumenta que chegam aos tribunais pátrios situações em que “as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de *internet* e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas”.

Mais específico é o PL n. 4847/2012, do Deputado Marçal Filho, que pretende a inclusão do Capítulo II – A e os arts. 1.797 – A a 1.797 – C no Código Civil, disciplinando que a herança digital “defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual nas condições seguintes: senhas, redes sociais, contas da *Internet*, qualquer bem e serviço virtual de titularidade do falecido”, cabendo aos herdeiros a possibilidade de apagar os respectivos dados ou a totalidade das contas e ainda transformá-las em memorial.

---

27 O que deve acontecer com suas fotos, e-mails e documentos quando você para de usar sua conta? O Google coloca você no controle. Você pode querer que seus dados sejam compartilhados com um amigo ou familiar confiável, ou pode querer que sua conta seja completamente excluída. Há muitas situações que podem impedi-lo de acessar ou usar sua conta do Google. Seja qual for a razão, damos a você a opção de decidir o que acontece com seus dados. Ao usar o Gerenciador de contas inativas, você pode decidir se e quando sua conta deve ser tratada como inativa, o que deve acontecer com seus dados e quem deve ser notificado. (Conteúdo disponível em: < <https://www.google.com/settings/account/inactive>>. Acesso em: 13 mar. 2015.)

Essa última proposta legislativa merece um pouco mais de cuidado, por interferir nas relações contratuais estabelecidas entre o falecido usuário dos provedores e as plataformas de redes sociais. Do mesmo modo, o PL n. 4099/2012, também deve ser visto com cautela, já que prevê acesso amplo e irrestrito a todo o material armazenado e acessível por meio de senhas, medida esta que poderá ferir a intimidade e a privacidade do *de cujus* e de terceiros envolvidos, além de obrigar o registro de testamentos específicos para bens virtuais.

De todo o modo, apesar da iniciativa legislativa, não há como se ignorar que o direito precisa evoluir conforme as transmutações do comportamento dos indivíduos que compõem a respectiva sociedade. Nesse viés, verifica-se não só a necessidade de o legislador inovar para poder garantir a estabilidade e segurança jurídicas mas também de incluir a hipótese de apreciação pelo judiciário de questões controvertidas a respeito da classificação de quais tipos de bens que compõem o acervo digital e que poderiam ser transmitidos por herança.

A dúvida se faz pertinente porque há indistintamente arquivos suscetíveis de apreciação econômica, como mídias, músicas, filmes, blogs, *sites*, que representam um conteúdo patrimonial para o *de cujus* e certamente deveriam ser transmitidos pela herança por simplesmente serem classificados como bens incorpóreos, consoante já explanado. De outro vértice, há outros materiais digitais que não representam nada além de expressão afetiva, que, se não forem alvo de disposição de última vontade do falecido, não poderão ser invadidos, nem sequer sob ordem judicial, sob pena de afronta ao princípio da privacidade consagrado na Constituição Federal, e cuja ilicitude configura violação da honra objetiva, passível de indenização, conforme adiante será abordado.

### **3 DIREITOS DE PERSONALIDADE E DE PRIVACIDADE DO *DE CUJUS***

Tendo-se definido a conceituação e classificação dos bens digitais como subespécies de bens incorpóreos e, assim, definindo-se a possibilidade jurídica de sua transmissão pela via da *causa mortis*, mister para a análise que se propõe no presente artigo a discussão acerca da personalidade jurídica do *de cujus* quanto à sua proteção mesmo após o óbito.

E nesse contexto, Bittar<sup>28</sup>, ao se definir como naturalista, em oposição à teoria positivista que considera como direitos de personalidade aqueles assim arrolados pelo Estado, conceitua os direitos de personalidade como direitos inatos, que devem ser tutelados independentemente de estarem previstos em rol estabelecido positivamente, devendo, portanto, ser tutelados pelo Estado contra o arbítrio do poder público ou às incursões particulares, caracterizando-os, por fim, como direitos próprios da pessoa em si e aqueles referentes às suas projeções para o mundo exterior.

Silva cita Pontes de Miranda<sup>29</sup>, para rechaçar o argumento do autor acima citado, replicando o trecho onde este afirma que os direitos de personalidade não são de fonte sobrenatural, mas, sim, decorrentes de sistemas jurídicos positivados pelo homem. O mesmo autor<sup>30</sup>, então, conceitua os direitos de personalidade, aos quais dá o sinônimo de direitos personalíssimos como “direitos que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, etc”.

Ao menos para o que se pretende na presente pesquisa, a celeuma entre naturalistas e positivistas não mostra relevância, pois os direitos de personalidade aqui perseguidos, imagem, honra e intimidade, encontram menção expressa no ordenamento jurídico nacional, sendo inclusive gravados como garantias fundamentais do cidadão, no inc. XX do art. 5º da Constituição Federal<sup>31</sup>, que disciplina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Quanto ao direito à intimidade, Bittar (1989, p. 103) esclarece que, muito embora alguns vejam a intimidade como gênero de outros direitos que lhe seriam espécies, como honra e imagem, este a seu ver, deve ser visto de forma autônoma. Acerca de sua conceituação, então, Silva (2003, p. 41) estabelece uma compreensão social desse direito, assim o conceitua:

fenômeno socio-psíquico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre

28 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 7-10.

29 SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003. p. 14.

30 SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 7.

31 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

o indivíduo que em razão desses mesmos valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos mais particulares da sua vida.

Bittar (p. 103), ainda que escrevendo no ano de 1989, já se manifestava em relação à crescente importância de defesa desse direito personalíssimo, fundamentando essa preocupação na “contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o a exposição permanente perante públicos os mais distintos [...]”.

A honra, por sua vez, além de previsão constitucional, possui ainda proteção internacional no âmbito dos direitos humanos, mais especificamente no art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>32</sup>, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 678/92, e assim dispõe: “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

No texto infraconstitucional interno, a honra também recebe proteção expressa, tanto na esfera penal, no Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata especificamente dos crimes contra a honra, quanto no âmbito civil, conforme texto do art. 20 do Código Civil<sup>33</sup>.

Nesse sentido, Farias e Rosenvald<sup>34</sup> definem a honra como “soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”. Já Bittar<sup>35</sup> aduz que “inerente à natureza humana e no mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte [...]”.

Diferenciando o direito à honra do direito à intimidade, Silva<sup>36</sup> explica que, no que tange à honra, visa-se à proteção do seu prestígio social, com a divulgação de falsas imputações ou fatos desabonadores,

32 BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992. *Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1992.

33 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

34 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149.

35 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 125.

36 SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 85.

ao passo que, na intimidade, busca-se a proteção da exposição desnecessária do cidadão, ainda que fundada em fatos reais.

Por fim, o direito à imagem é definido por Durval<sup>37</sup> como “a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”. Bittar<sup>38</sup>, por seu turno, trata do direito à imagem como aquele “que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade.”

Comparando esse direito aos demais direitos de personalidade, Bittar<sup>39</sup> explica:

Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou a chamada “imagem moral” ou “conceitual”), à intimidade ou a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado).

Assim, como muito bem define o autor, o direito à imagem, embora seja direito autônomo entre as espécies de direitos à privacidade, pode ser utilizado como meio para a violação de outros direitos da mesma natureza, como se verifica em relação à honra, por exemplo, quando a imagem é utilizada para atingir a reputação de um cidadão, caso em que, embora a violação daquela seja meio, o que fica, por fim, maculada é a honra do sujeito.

Tem-se, portanto, que tanto o direito à honra quanto o direito à privacidade e, por fim, o direito à imagem, são espécies inseridas no rol de direitos de personalidade, gozando de proteção expressa no texto constitucional, de forma que o Estado tem o dever de proteger o indivíduo nessas áreas específicas de sua personalidade de ataques tanto de particulares quanto do próprio Poder Público.

Para o que se pretende, deve-se estabelecer a temporariedade dos direitos acima abordados, de forma que no que tange ao termo *a quo*

37 DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p. 105.

38 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.

39 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 90.

dos direitos de personalidade, Nader<sup>40</sup> destaca existirem duas correntes doutrinariamente defensáveis, sendo elas a teoria concepcionista, que é defendida por civilistas Freitas e Beviláquia entendendo que a personalidade iniciaria com a concepção. E, de outro lado, a corrente adotada pelo Código Civil, dita naturalista, segundo a qual a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida.

Embora o art. 2º do Código Civil<sup>41</sup> seja categórico ao condicionar a personalidade à teoria naturalista, o ordenamento jurídico não deixa de reconhecer direitos de nascituros, tanto no próprio código civil, na parte final do mesmo artigo, como em normas esparsas, pelo que se forma divergência acerca deste tema de interessante debate, mas que não se atentará de forma pormenorizada, eis que o foco perseguido é o termo *ad quem* dos direitos personalíssimos.

Dessa forma, sobre o termo final dos direitos de personalidade, Nader<sup>42</sup> é enfático ao afirmar que estes se extinguem com a morte ou ausência, opinião inclusive endossada pelo art. 6º do Código Civil<sup>43</sup>. Já, Bittar<sup>44</sup>, embora concorde que de maneira geral que estes terminam com a morte do titular, admite, de outro lado, que isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, pelo que cita o direito à imagem, entre eles.

A chamada tutela de direitos de personalidade *post mortem* está prevista no Código Civil<sup>45</sup>, no parágrafo único do art. 21, que dispõe que, “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também reconhece a extensão dos direitos de personalidade após a morte do ofendido, conforme se verifica, por exemplo do REsp n. 697.141-MG, DJ 29/5/2006, REsp n. 521.697-RJ, DJ 20/3/2006, e REsp n. 348.388-RJ, DJ 8/11/2004, e REsp n. 913.131-BA, onde deixa claro o entendimento de que o direito, embora evocado pelos sucessores, não são oriundos da herança, mas di-

40 NADER, Paulo. **Curso de direito civil** - parte geral. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163-164.

41 Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

42 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, parte geral. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 164.

43 Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

44 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 12-13.

45 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

reito próprio, conferido pelo parágrafo único do art. 21 do Código Civil, que lhes permite defender a imagem do ofendido. Mesmo entendimento foi seguido no julgamento da Apelação Cível n. 32770620078260543<sup>46</sup>, de relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini, proferido em 1º de janeiro de 2011, na qual admitiu indiretamente a possibilidade de defesa da honra do falecido.

Ainda, especificamente quanto à tutela *post mortem* do direito à honra, observam Pamplona Filho e Gagliano<sup>47</sup> que, “associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte”.

Pelo que se pode ver, a garantia de direitos personalíssimos do cidadão, mesmo após a sua morte, vem sido amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, contudo celeuma ainda existe no que tange ao titular desse direito, e aqui não se aborda a questão de legitimidade processual ativa, mas, sim, de quem é a titularidade do direito perseguido, se do próprio *de cujus*, ou dos herdeiros, que teriam interesse em tutelar a honra de seu parente falecido.

Sobre o tema, Andrade<sup>48</sup> destaca que o Superior Tribunal de Justiça parece evitar o enfrentamento dessa questão, optando por uma orientação finalística, conforme assevera com mais detalhados pormenores o citado autor:

Contudo, a decisão oscila entre duas tendências, pois de um lado reconhece a possibilidade de que o sucessor possa tutelar a imagem do parente falecido. De outro, afirma que pelo fato de a imagem da pessoa falecida “possuir efeitos econômico para além de sua morte, seus sucessores passam

46 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME E DADOS PROFISSIONAIS DE PESSOA FALECIDA SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NOME, IMAGEM E HONRA EM SEU ASPECTO OBJETIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Caso em que restou caracterizada a utilização do nome e dados profissionais de pessoa falecida, em trabalhos assinados pelo réu como agrimensor, sem qualquer autorização, como mecanismo de captação de clientela. 2. Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar. 3. Sentença reformada para condenar o réu/apelado ao pagamento de indenização por danos morais, cujo valor deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, além de atingir suas finalidades reparatória e sancionatória. 4. Apelação do espólio autor parcialmente provida. (TJ-SP - APL: 32770620078260543 SP 0003277-06.2007.8.26.0543, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 1º/12/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 2/12/2011)

47 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil* – Parte Geral. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173.

48 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection->. Acesso em: 19 mar. 2015.

a ter, por direito próprio, legitimidade para postular indenização em juízo". Evitando posicionar-se sobre uma teoria específica, o STJ opta por uma orientação finalística: o fato de a pessoa já haver falecido não retira de seus sucessores a possibilidade de resguardar a sua imagem, concedendo-lhe o direito à indenização. Nesse contexto, verifica-se que não está inviabilizada a caracterização dos direitos da personalidade como direito subjetivo.

Conquanto essa indefinição na jurisprudência possa parecer uma questão meramente teórica sem maiores consequências práticas, o fato é que aquela pode acarretar problemas efetivos, quando os próprios herdeiros forem os violadores dos direitos de personalidade de seu parente falecido. Nesse caso, carece de definição acerca da titularidade do direito de personalidade *post mortem*, pois essa é a chave para se definir se esse direito pode ser exercido contra a vontade dos herdeiros ou não.

Assim, em se entendendo pela titularidade originária do próprio *de cuius*, sua imagem poderia ser defendida por terceiros, ou inclusive pelo Ministério Público, quando esta for objeto de ofensa pelos próprios herdeiros, ao passo que em se optando pela via transversa, o Estado não poderia agir em defesa dos interesses, pois estes pertencem aos ofensores, que, dessa forma, têm o direito de prejudicar um direito próprio.

Essa problematização passará a ser melhor trabalhada no próximo ponto deste artigo, onde se confrontarão as teses levantadas neste sentido, para se chegar a uma definição para os fins desta pesquisa.

#### **4 SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA HERANÇA E DA PRIVACIDADE**

Inicialmente, convém registrar que a presente abordagem não tem a ousada pretensão de esgotar a análise dos princípios constitucionais, mas, apenas, limitá-la aos dois princípios que se destacam para resolução dos questionamentos apresentados, quais sejam o direito à privacidade e o direito de herança.

Mas se ambos os direitos, da privacidade e da herança, estão inseridos em um mesmo contexto constitucional de proteção daquilo que representa a parte mais essencial da personalidade humana, e por isso mesmo, fundamentais em seu conteúdo, o questionamento é no

sentido de como classifica-los em nível hierárquico de importância. Para se esclarecer esse ponto, socorre-se à ciência hermenêutica e de solução de choque de princípios, passando por uma superficial análise acerca dos direitos fundamentais.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e em sua propriedade, conceituação que ainda é considerada atualmente pelos operadores jurídicos. Para se evitar a interferência estatal na liberdade do sujeito, cria-se mecanismos para repelir qualquer violação da sua esfera íntima, e até mesmo meios de se contra-atacar eventuais agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.<sup>49</sup>

Certo é que a dignidade humana concede integração entre os direitos e as garantias fundamentais, posto que inerente à personalidade. Tal fundamento, por conseguinte, “afasta a ideia de predomínio das concepções transpersonalistas do Estado e Nação em detrimento da liberdade individual”, na medida que a “dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se, por isso, em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico que clame por excelência deve assegurar”<sup>50</sup>.

E é assim justamente porque os direitos fundamentais não se constituem basicamente como direitos do homem frente ao Estado ou a terceiros, mas como direitos básicos consagrados nas Cartas Constitucionais, os quais relacionam-se diretamente com os vários objetivos do Estado Democrático, consoante afirma Delgado.

Observa-se que o reconhecimento, além da proteção dos direitos fundamentais do homem, alcançou seu estágio atual de forma lenta e gradual, por meio de várias gerações, assim denominadas por terem sido construídas ao longo de diferentes momentos históricos. As gerações, logo, representam conquistas pela humanidade de ao menos três espécies de direitos fundamentais<sup>51</sup>.

49 SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 167.

50 SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. abr-jun./2011. p. 167.

51 SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. abr-jun./2011.

Bonavides<sup>52</sup> explica que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade; “os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que, em grande parte, correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. Já a segunda geração, originada na clamada igualdade à francesa, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão e não mais para deixar de fazer alguma coisa, tratando-se de uma prestação positiva do Estado, corresponde aos chamados direitos sociais, verificados no Brasil a partir do art. 6º da Constituição Federal. E, por fim, os direitos de terceira geração correspondem à solidariedade, que decorrem de uma sociedade já modernamente organizada que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização<sup>53</sup>.

Extraí-se, assim, que as garantias constitucionais revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, tendo em vista que asseguram que os direitos contidos nas Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas, mantendo o contato institucional com a realidade concreta, propiciando, dessa forma, a fruição completa das liberdades humanas<sup>54</sup>.

Para que atinjam sua finalidade, os direitos fundamentais recebem duas linhas de eficácia: horizontal e vertical; a primeira se realizando por meio da corrente contemporânea, segundo o qual é manifestação do direito privado e dali se exsurge a necessidade de se analisar a sua amplitude de incidência, ao passo que a vertical é referente ao direito de liberdade do indivíduo perante o Estado, de modo que os direitos fundamentais formam um grupo de direitos e serem exercidos contra uma entidade maior<sup>55</sup>.

Em outros termos, a eficácia horizontal constituiria uma forma de desdobramento dos direitos fundamentais, já que esses não são dirigidos ao Estado, mas, inclusive, aos membros da sociedade.

---

p. 170.

52 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000. p. 517.

53 SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. abr-jun./2011. p. 170.

54 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000. p. 481.

55 FACHIN, Luiz Edson; Ruzyk, Carlos Eduardo Pranovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil**: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90-91.

Canotilho<sup>56</sup> condicionou a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas à determinabilidade das normas, ou seja, que elas possuam conteúdo em que se defina o âmbito de proteção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos.

Seria diferente, porém, se estivéssemos diante de uma hipótese de conflito de uma norma de direito fundamental e um princípio de autonomia privada, por meio do qual se delinaria uma interpretação de acordo com o caso concreto, buscando-se uma resposta pautada na valorização dos direitos em análise, optando-se tanto quanto possível pelo não sacrifício dos direitos fundamentais.

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua<sup>57</sup>.

Ao abordar a eficácia da norma jurídica e a conduta conflitiva, Silva<sup>58</sup> disserta que:

A eficácia da norma jurídica tem como consequência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, por meio de um comando, determinando um agir ou não agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e neste caso com uma força paralisante da que é conflitante com o comando determinado.

Na espécie, está-se diante de um conflito de princípios constitucionais, partindo-se da análise de dois direitos fundamentais garantidos em um mesmo texto constitucional, havendo especial destaque o fato de que os direitos da personalidade, entre eles o da privacidade, são inerentes ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Como ressalva Moraes<sup>59</sup>, os direitos humanos e fundamentais, entre eles os direitos e as garantias individuais e coletivos, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 149.

57 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

58 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 65.

59 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39.

atividades ilícitas, sob pena de desrespeito a um verdadeiro estado de Direito. Isso é bem evidente como conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, e que pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Sem aprofundar-se acerca da importância dos direitos fundamentais, tampouco sobre as alternativas de interpretação em caso de conflito entre princípios contidos em um mesmo texto constitucional, passa-se a destacar o direito à privacidade e o direito de herança, que importam ao presente estudo.

Nesse tocante, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º, inc. X, estabelece que são “invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”<sup>60</sup>. De um superficial estudo etimológico da palavra violação extrai-se a origem do latim *violare*, ou seja, ultrajar, desonrar. Trata-se, pois, de uma disposição declaratória e assecuratória, visto que, ao tempo em que define a inviolabilidade dos direitos pessoais elencados no texto, também garante uma compensação em caso de descumprimento da norma.

Essa proteção constitucional da vida privada tem a finalidade precípua de reservar um limite para manutenção da intimidade, livre de interferências externas, realizadas de modo ilícito. Vida privada e intimidade, como abordado no tópico anterior, não se confundem, embora estejam profundamente interligadas. Aliás, a intimidade e a inviolabilidade da vida privada têm por objetivo assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade.

Ademais, é inevitável a consideração que tanto a intimidade quanto a vida privada são direitos fundamentais, que, nos dizeres de Sarlet<sup>61</sup>, são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...] retiradas da esfera de disponibilidade dos

60 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

poderes constituídos”.

Nesse rumo, aliás, decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>62</sup> que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa da ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. Essa inviolabilidade, inclusive, foi reforçada pelo Código Civil.

De outro lado, a Constituição Federal também dispõe, no capítulo dos direitos e das garantias fundamentais, sobre o direito de herança, especificamente no inc. XXX do art. 5º, e o Código Civil cuida do assunto em quatro títulos acerca do direito sucessório, os quais compõem o Livro V, regulando o direito sucessório.

Apesar de prematuramente abordada no tópico de número dois do presente estudo, é conveniente ressaltar o *status* constitucional conferido ao direito de herança, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes<sup>63</sup>, para quem essa proteção é uma garantia institucional e um direito subjetivo. Esse caráter patrimonial envolvido assegura que o Estado não será destinatário do acervo reunido em vida pelo sujeito, a menos que incidente a respectiva hipótese legal.

Para Bulos<sup>64</sup>, assim como para Venosa<sup>65</sup>, o conceito de herança e a previsão constitucional de sua proteção baseiam-se justamente na ideia de destaque de tudo aquilo que representa o patrimônio e a sua importância. Em outros termos, o que não representar conteúdo econômico não é capaz de ser repassado aos herdeiros via *causa mortis*.

Em resumo, a herança, como direito fundamental assegurado pela Carta Magna, garante ao sujeito a certeza do acesso à propriedade dos bens deixados pelo *de cuius*, na forma e nos termos prescritos pelo Código Civil, assegurando aos herdeiros legitimados a investidura na posse e propriedade desses bens, com todos os seus elementos e suas características.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança** 23.669-DF, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/4/2000, DJU 17/4/2000.

63 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 526.

64 BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 249.

65 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 213.

Como visto, tanto o direito à privacidade quanto o direito de herança estão inseridos no art. 5º da Constituição Federal, e, em tese, mereceriam o mesmo tratamento jurídico. Todavia, diante de um caso concreto, há que se resolver o impasse com a preponderância do direito mais importante no que se refere à essência da dignidade humana. O patrimônio, como já abordado, não pode ser colocado em posição superior de proteção do que a honra, intimidade, e, via de consequência, privacidade do sujeito de direitos.

É oportuno acrescentar que Bellatoni e Benigni<sup>66</sup> ressaltam que “o objeto do direito à reserva, à discricção e à vida privada tem como conteúdo o direito à exclusividade do conhecimento daquilo que atine à esfera pessoal, no senso que ninguém pode tomar conhecimento e nem revelar aquilo que de tal esfera o sujeito não deseja seja de conhecimento de outra pessoa”. Essa afirmação justifica-se ao ponto que, se atualmente é possível a qualquer pessoa testar livremente seus bens, inclusive, corpóreos, se fosse do seu real interesse repassar a qualquer legatário as informações mantidas reservadamente em vida, não haveria motivação para a discussão adentrar na esfera de transmissão de herança *causa mortis*.

Configura-se, na hipótese, a colisão entre os próprios direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”<sup>67</sup>. Na circunstância ora analisada, caberá ao intérprete utilizar o princípio da harmonização de forma a analisar os bens jurídicos em conflito e promover a harmonia do texto constitucional, com sua finalidade precípua.

Para Reinaldo Filho<sup>68</sup>,

Na tarefa de balancear direitos constitucionais em conflito, o julgador deve ter a percepção ou procurar identificar aquele que mais se aproxima de uma aceitação majoritária da sociedade. Em relação à atividade questionada, deve, ainda, se basear pelos critérios da razoabilidade e da severidade, deve estar especialmente atento para as transformações nas relações sociais da nova sociedade da informação.

66 BELLATONI, Domenico e BENIGNI, Alessandro. *Lesione dei diritti dela persona*. Padova: Cedam, 2007. p. 265.

67 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 657.

68 REINALDO FILHO, Demócrito. *A privacidade da sociedade da informação: Direito da Informática, temas polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 39.

Por essa linha de raciocínio, na colisão de direitos fundamentais (herança x privacidade), há que prevalecer aquele que melhor visa à garantia da dignidade da pessoa humana, na espécie consubstanciada na proteção da intimidade e da honra da pessoa falecida, já que embora a personalidade tenha se extinguido com a morte, merece especial proteção e não poderia ser violada pelos próprios titulares a quem a lei conferiu legitimidade para pleitear essa proteção.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a celeuma acerca da proteção da imagem e da honra da pessoa, mesmo após a sua morte, deva ser decidida de forma a manter hígido o mais importante patrimônio – no sentido amplo – que esse pode deixar não apenas para seus familiares, como para todas as gerações futuras, não se podendo admitir, que todo o zelo e esmero que alguém carregue ao longo da vida para construir uma imagem honrada perca completamente a proteção estatal imediatamente após a sua morte, deixando-a ao simples arbítrio de seus herdeiros – se é que essa pessoa terá herdeiros – que nem sempre guardam a mesma preocupação que o *de cuius* com os aspectos morais de suas vidas.

Por fim, ressalta-se que a intimidade e a privacidade inseridas nos meios de tecnologia situam-se numa linha tênue e têm limites frágeis, podendo ser rompidos com facilidade. Se, por um lado a tecnologia trouxe comodidades, por outro facilitou a interferência na vida íntima das pessoas<sup>69</sup>. Compete ao sistema jurídico, ao contrabalancear a preponderância do direito de herança e o direito à privacidade, conferir maior destaque a esse, especialmente ao se considerar que, se fosse do desejo do *de cuius*, seu patrimônio digital não estaria protegido por mecanismos de segurança como senhas e armazenamentos em nuvens. Inclusive, o direito à privacidade e a intimidade, assim como os demais direitos da personalidade, são oponíveis *erga omnes*, “devendo a coletividade respeitá-los e o Estado assegurá-los”<sup>70</sup>.

Ademais, ao encontro desse entendimento, o art. 3º da Lei n. 12.965/2014<sup>71</sup> disciplina o uso da *Internet* no Brasil e tem, entre outros, o princípio da proteção da privacidade, além dos dados pessoais. O art. 7º do respectivo diploma legal determina que ao usuário da *Internet*

69 BRANT, Cassio Augusto Barros. *Os direitos da personalidade na era da informática*. Revista de Direito Privado. Ano 11. n. 42. abr.-jun./2010. p. 20.

70 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 178.

71 BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 24 de mar. de 2015.

são asseguradas a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, assim como a “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela *Internet*, salvo por ordem judicial, na forma da lei”. Do mesmo modo, o sobredito dispositivo assegura o direito à “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

Por derradeiro, há que se analisar a questão com parcimônia e prudência, visto que na hipótese de os herdeiros pleitearem nos autos do inventário a concessão de alvará para acesso ao acervo digital do *de cuius*, será a medida judicial o único meio capaz de afastar a inviolabilidade das comunicações privadas, devendo o magistrado reservar especial preocupação, inclusive, com o direito de terceiros respectivamente envolvidos. A controvérsia, longe de estar superada, desenvolve-se em tramas outras que tornam imperiosa seja a legislação atualizada para contemplar essas consequências da modernização informática.

Logo, por tudo o quanto exposto, seja pelo resultado da aplicação da hermenêutica na interpretação dos princípios constitucionais e da preponderância daquele com maior relevância para a sociedade, ou ainda pela consideração da única legislação em vigor que disciplina o uso da *Internet* no Brasil, há que se preferir manter a privacidade do *de cuius* e, via de consequência, sua intimidade e de terceiros com quem eventualmente esse mantinha relações, em detrimento do interesse dos respectivos herdeiros em acessar o acervo digital do falecido protegido por senhas e dispositivos de segurança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo esclarecer a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais *causa mortis* em relação aos direitos personalíssimos do *de cuius*. Num primeiro momento, foi abordado que os bens digitais podem ser classificados como incorpóreos, conquanto não sejam disciplinados na lei vigente.

Também ficou demonstrado, a partir do exame dos conceitos doutrinários, que o acervo digital do falecido pode constituir o conjunto de bens do espólio, porquanto materialmente disponíveis. Entretanto,

em razão da supremacia dos direitos da personalidade, especialmente o de privacidade e intimidade, aliados à proteção da honra e, consequentemente, da dignidade humana, analisou-se qual a interpretação mais adequada entre esses princípios constitucionais e a garantia de herança prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Para solucionar a controvérsia, ficou evidenciada a técnica hermenêutica originada no princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, com a finalidade de promover uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.

Em se tratando de garantias constitucionais, revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, por assegurarem que os direitos contidos nas Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas. Logo, o presente estudo revelou que compete ao julgador, diante do pleito dos eventuais herdeiros do autor da herança, considerar com especial destaque a necessidade de proteger a honra do *de cuius* que não se extingue com a respectiva morte e o término da personalidade, inclusive de terceiros eventualmente citados e envolvidos nos arquivos que compõem o acervo digital a que se pretende repartir entre os sucessores.

Assim, foi possível concluir que a dignidade humana deve, sim, transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo o óbito de cada indivíduo, direitos estes que devem ser colocados em um patamar de importância superior ao do direito patrimonial dos herdeiros.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection->. Acesso em: 19 mar. 2015.

BELLATONI, Domenico e BENIGNI, Alessandro. **Lesione dei diritti dela**

**persona**. Padova: Cedam, 2007.

BEVILÁQUIA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1856.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000.

BRANT, Cassio Augusto Barros. **Os direitos da personalidade na era da informática**. Revista de Direito Privado. Ano 11. n. 42. abr.-jun./2010.

BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992. *Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)* celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1992.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1.988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 24 de mar de 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4099/2012. Altera o art. 1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4847/2012. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>

> . Acesso em: 25 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança 23.669-DF**, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/4/2000, DJU 17/4/2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**.

Coimbra: Almedina, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pranovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil**: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. *A validade jurídica dos documentos digitais*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=4411&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 18 mar. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. 1. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, parte geral. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REBOLLO DELGADO, Lucrécio. **El Derecho Fundamental a la intimidad**. Madrid: Dykison, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A privacidade da sociedade da informação**: Direito da Informática, temas polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil**: família e sucessões. 4. ed. São

Paulo: Rideel, 2009.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. *Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORDEM TRIBUTÁRIA

# TREDESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP): A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE POLÍTICO E A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**Beatriz Machado Beneton**

*Assistente de Promotoria de Justiça*

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do MPSC em convênio com a UNIVALI*

**Fabiana da Rosa Mondo**

*Assessora Jurídica de Procuradoria de Justiça*

*Especialista em Direito Trabalhista e Processual Trabalhista pela AMATRA*

**Thiago Mondo Zappellini**

*Advogado*

*Pós-Graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*

## SUMÁRIO

Introdução. 1 Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública e o princípio da afetação de recursos. 2 Responsabilidade do agente político. 2.1 Responsabilidade penal. 2.2 Responsabilidade civil. 2.3 Responsabilidade Político-administrativa. 3 O papel do MPSC na

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 169 - 194	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

apuração de desvios orçamentários da receita da COSIP. 3.1 Como o MPSC pode verificar a tredestinação dos recursos da COSIP ao fim de responsabilizar o agente infrator. 3.2 Atuação do MPSC na responsabilização do agente político.

## RESUMO

O presente artigo versa sobre a responsabilização do Prefeito no caso de tredestinação dos recursos públicos provenientes da Contribuição para o custeio do Serviço de Iluminação Pública, a qual é de competência dos Municípios e do Distrito Federal, além da importante atuação do Ministério Público tanto na fiscalização do uso correto da verba pública como nas ações para responsabilização do agente político. Primeiramente, analisou-se a origem da contribuição e o princípio da afetação de recursos. Depois, estudaram-se as formas para responsabilizar judicialmente o Prefeito que aplicou indevidamente as verbas, no âmbito penal e cível, finalizando-se o trabalho com a análise da função do Ministério Público na apuração dos recursos orçamentários municipais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contribuição. Tredestinação. Responsabilidade. Fiscalização.

## ABSTRACT

This article is about the accountability of the mayor in the case of deviations of public funds from the Contribution to the Public Lighting Service, which is the responsibility of municipalities and the Federal District, as well as the important role of the prosecution in both surveillance proper use of public funds, and in actions for accountability of political agent. First, we analyzed the source of the contribution and the principle of resource allocation. Then we studied the ways to legally hold the Mayor that improperly applied the funds in the criminal and civil context, ending up working with the analysis of the public ministry's role in the determination of municipal budgetary resources.

**KEYWORDS:** Contribution. Deviation. Responsibility. Supervision.

## INTRODUÇÃO

Por ocasião da Emenda Constitucional n. 39/2002, foi outorgada competência aos Municípios e ao Distrito Federal para instituir Contribuição destinada ao Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP). Por se tratar de uma subespécie de Contribuição, os Municípios e o Distrito Federal devem respeito aos princípios inerentes àquela espécie tributária, do qual se inclui o da Afetação de Recursos.

Ocorre que, na prática, nem sempre os recursos angariados pela COSIP são aplicados em sua finalidade e acabam por ser alocados em destinos diversos daquele previsto em Lei. Tal conduta, além de ocasionar desrespeito aos direitos fundamentais dos Contribuintes, ocasiona, também, ato de improbidade administrativa e crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas.

O presente estudo visa a analisar as normas e princípios que impõem a aplicação do produto da arrecadação da COSIP em despesa certa e pré-determinada, a responsabilidade civil e criminal do Prefeito que desrespeita esse preceito, além do papel do Ministério Público na apuração do cometimento da infração e penalização do agente.

## 1 CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA AFETAÇÃO DE RECURSOS

Os Municípios brasileiros exigiam de seus contribuintes a Taxa de Iluminação Pública (TIP). Contudo, em razão de que essa obrigação tributária não decorria de um serviço público específico e divisível (não havia como mensurar os beneficiários pela atuação estatal), o Supremo Tribunal Federal a declarou inconstitucional por afronta ao artigo 145, inciso II, da Constituição Federal.<sup>1 2</sup>

1 De acordo com este dispositivo as taxas decorrem do exercício regular do Poder de Polícia ou do uso efetivo ou potencial de serviço público específico e divisível. No caso da TIP, há a prestação de um serviço público específico, todavia, por não ser divisível, contraria o conceito de taxa e por isso foi declarada a sua inconstitucionalidade.

2 “Súmula 670: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 670. Publicada em 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>

Desde então, os Municípios e o Distrito Federal<sup>3</sup> se viram em situação de significativa perda de receita, mas continuaram a ser responsáveis pela iluminação pública (artigo 30, inciso V, da CRFB), agora financiada com a receita oriunda dos impostos.

O constituinte derivado se sensibilizou com a derrota dos Municípios no STF e resolveu constitucionalizar aquilo que havia sido declarado inconstitucional, editando a Emenda Constitucional n. 39/2002, que acrescentou à CRFB o artigo 149-A e outorgou-lhes competência para a criação de Contribuição destinada ao Custeio do Serviço de Iluminação Pública.<sup>4-5</sup>

Trata-se de uma nova espécie de Contribuição. Como seu próprio nome já nos informa, destina-se ao Custeio do Serviço de Iluminação Pública, sendo de competência dos Municípios e do Distrito Federal. É facultada a sua cobrança por meio da fatura de energia elétrica, o que, para Hugo de Brito Machado, pode resultar em uma forma coercitiva de exigência tributária, tendo em vista que, caso o contribuinte não efetue o pagamento da COSIP e, conseqüentemente, da fatura, poderá ser interrompido o fornecimento de energia elétrica, em desacordo com o princípio do devido processo legal, impossibilitando o exercício do direito de defesa por parte do contribuinte.<sup>6</sup> No mesmo sentido, posiciona-se Eduardo Sabbag.<sup>7</sup>

Em que pese entender se tratar de imposto finalístico, Sacha Cal-

---

jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%28s%FAmula+670%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/kax9o78>. Acesso em: 5 ago. 2015).

- 3 O Distrito Federal também passa por idêntica situação tendo em vista que a ele compete instituir os tributos Municipais dentro de seu território (art. 147 da CRFB).
- 4 “Dessa forma, veio à luz a anômala contribuição de iluminação pública, a qual à primeira vista nada mais é que a antiga taxa declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, constitucionalizada e travestida pela EC 39/02, que a apelidou de ‘contribuição’ para afastar novas impugnações à sua legitimidade jurídica, haja vista que ‘o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa’ (Súmula 670). (PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral e contribuições em espécie**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 321).
- 5 “[...] esta esdrúxula contribuição não se compadece com a sistemática constitucional tributária, porque reveste a fisionomia jurídica da malsinada Taxa de Iluminação Pública, com inconstitucionalidade decretada pelo Supremo Tribunal Federal [...]” (MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112).
- 6 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 434-435.
- 7 “Desgraçadamente, na maior parte dos municípios, a cobrança da energia consumida (conta de luz elétrica) é feita de modo ‘casado’ com a exigência da COSIP, sendo impossível a quitação de uma sem o fazer com relação à outra. A ardilosa sistemática, inibitória de ligiosidade, cria uma espécie de blindagem ao mecanismo de cobrança que se mantém inatacável, além de obstar que se tragam as exigências à discussão, individualizadamente, o que parece afrontar o art. 39, I, do Código de/defesa do Consumidor, a par do art. 5º, LIV e LV, e do art. 60, § 4º, ambos da CF.” (SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 473).

mon Navarro Coêlho descreve com clareza os aspectos da incidência da COSIP:

A contribuição de iluminação pública, cujo fato gerador é consumir energia elétrica, tendo por base de cálculo o valor do consumo (capacidade contributiva) e por sujeitos passivos os consumidores, é um imposto instituído por emenda constitucional, que acrescentou aos impostos municipais mais este, alterando a repartição de competências tributárias. É, de outro lado, finalístico pois visa custear os gastos que os Municípios pagam às concessionárias de serviço público, pela iluminação dos logradouros públicos, razão pela qual não podem seus recursos ser tredestinados, devendo os tribunais de conta e câmaras municipais fiscalizar o Executivo, até para adequar as alíquotas ao gasto efetivo, ajustando-o na peça orçamentária.<sup>8</sup>

Apesar de o autor afirmar que a hipótese de incidência da COSIP é o consumo de energia elétrica, pode ocorrer de um Município ou o Distrito Federal adotar outro critério, uma vez que a Constituição não previu qual seria a hipótese de incidência da COSIP. Entretanto, reconhece-se que, na maior parte dos Municípios, é adotado o consumo de luz como ensejador do nascimento da obrigação tributária, conforme sugere o parágrafo único do art. 149-A da Constituição.

Por se tratar de Contribuição, deve, portanto, respeitar os princípios inerentes àquela espécie tributária, dentre os quais se destaca o da afetação de recursos.

De acordo com Arthur Maria Ferreira Neto, para ser válida, uma Contribuição necessita atender a três graus de concretização de finalidades constitucionais. O grau um se encontra no texto da Constituição, que estipula uma atuação estatal que poderá ser viabilizada por meio da instituição de uma Contribuição. O grau dois é exercido pelo legislador que, atento para a finalidade constitucionalmente autorizativa, edita ato normativo (Lei) que autoriza a exigência, em abstrato, da Contribuição. Por derradeiro, o grau três trata da atividade administrativa, da aplicação da norma ao caso concreto, ou seja, da exigência, do recolhimento e da alocação do recurso das Contribuições.<sup>9</sup>

O artigo 149 da CRFB, ao conferir competência à União para ins-

8 COÊLHO, Sacha Calmon. *Contribuições no direito brasileiro* - seus problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 125-126.

9 FERREIRA NETO, Arthur Maria. A invalidade superveniente das contribuições em razão do descumprimento da finalidade constitucional através de legislação orçamentária. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, n. 48, p.125-150, mar./abr. 2006. p. 142-145.

tituir Contribuições como instrumento de atuação em áreas específicas, leva o intérprete à conclusão de que o produto da arrecadação daquela espécie tributária deve, impreterivelmente, ser direcionado para a concretização de uma finalidade. Tal assertiva quer dizer que os recursos das Contribuições têm destinação certa e específica.

A mesma sistemática se aplica à COSIP, a única diferença é que o sujeito ativo da obrigação tributária pode ser o Município ou o Distrito Federal, que devem aplicar os recursos angariados exclusivamente no custeio do serviço de iluminação pública.

Por isso, o papel da COSIP não é o de suprir o Tesouro Municipal de recursos<sup>10</sup>, como se prestam os impostos, mas o de financiar o serviço público específico (mas indivisível) de iluminação pública. Qualquer aplicação de recurso oriundo dessa Contribuição em outra despesa caracteriza ofensa ao princípio da afetação de recursos.

Assim, “sob esse prisma, revela-se destituída de plena eficácia a regra inserta no art. 4º, II, do CTN no sentido de que para qualificar a natureza jurídica específica do tributo é irrelevante ‘a destinação legal do produto de sua arrecadação’.”<sup>11</sup> A redação daquele dispositivo do Código Tributário Nacional “é estranha ao assunto que ora nos ocupa, uma vez que, [...] a vinculação da receita obtida, por incontornável determinação constitucional, é da essência das contribuições”.<sup>12</sup>

Caso contrário, se o Município ou o Distrito Federal instituírem tributo intitulado de Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública sem afetar seus recursos àquela finalidade, terá criado, na verdade, novo imposto, e de forma inconstitucional.<sup>13</sup>

Especificamente no Município de Florianópolis, o artigo 6º da Lei Complementar n. 109, de 30 de dezembro de 2002, é claro ao aduzir que “o produto da arrecadação da contribuição de que trata esta Lei Complementar será depositado em conta bancária vinculada e integralmente destinado ao custeio dos serviços de iluminação pública.”<sup>14</sup>

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 422.

11 MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96.

12 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. rev. ampl. e atual. Malheiros, São Paulo: 2013. p. 667. (Grifo do autor).

13 PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral e contribuições em espécie*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

14 FLORIANÓPOLIS. *Lei Complementar n. 109, de 30 de dezembro de 2002*. Institui a Contribuição para o

Vale destacar que os gastos com o serviço de iluminação pública não se confundem com as despesas do Município com energia elétrica ou com a iluminação de imóveis de uso especial da administração pública municipal ou distrital. A atuação que a COSIP se presta a financiar é a luminosidade dos logradouros públicos.

A desvirtuação do produto da COSIP “pode se dar por duas maneiras: (i) mediante ato administrativo que determina a aplicação em outros fins ou; (ii) determinação imposta por lei orçamentária.”<sup>15</sup>

O presente estudo visa a analisar o primeiro caso e quais as consequências para o agente infrator. A hipótese nos reporta ao grau três de concretização normativa de Arthur Maria Ferreira Neto, que abrange a atividade administrativa financeira e envolve a cobrança, arrecadação e, principalmente, a alocação dos recursos.

Sabendo que ao Prefeito compete determinar a alocação dos recursos angariados pela COSIP, resta analisar quais as consequências da inserção dessa receita pública em outras despesas que não as de iluminação pública, no tocante à responsabilidade cível e criminal do agente político.

Segue-se, portanto, com as consequências da tredestinação dos recursos da COSIP e o papel do Ministério Público do Estado de Santa Catarina na apuração do ilícito.

## 2 RESPONSABILIDADE DO AGENTE POLÍTICO

Verificado o dever de o gestor público alocar o produto da arrecadação da COSIP exclusivamente nos gastos do Município ou do Distrito Federal com iluminação pública, cabe analisar quais as consequências da inobservância desse preceito legal e a responsabilização do agente infrator.

---

Custeio dos serviços de iluminação pública – COSIP, revoga dispositivos da Lei Complementar n. 7/97, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/t/florianopolis/lei-complementar/2002/11/109/lei-complementar-n-109-2002-institui-a-contribuicao-para-o-custeio-dos-servicos-de-iluminacao-publica-cosip-revoga-dispositivos-da-lei-complementar-n-7-97-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

15 STUCKY, Thales Michel. Análise dos efeitos do desvio das finalidades das contribuições via lei orçamentária. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, n. 48, p. 160, mar./abr. 2006.

O Prefeito, no desempenho de suas funções diante do Poder Executivo, pode praticar atos que atentam contra o ordenamento jurídico, causem prejuízos à sociedade e ao erário, implicando sua responsabilização perante as esferas penal, político-administrativa e civil, cujos processos e sanções são autônomos e independentes.

Por outro lado, não haverá responsabilização do Alcaide no âmbito disciplinar, uma vez que o Prefeito não é servidor público, e sim agente político, motivo pelo qual não lhe são aplicadas as sanções previstas no estatuto dos servidores públicos, senão aquelas pertinentes aos governantes, compatíveis com a complexidade de suas funções.<sup>16</sup>

Assim, cabe analisar quais as consequências nas esferas penal e civil do agente político que desvirtuar os recursos da COSIP.

## 2.1 RESPONSABILIDADE PENAL

No âmbito penal, a responsabilização do gestor político derivará da conduta tipificada em lei como crime ou contravenção penal, sendo que seu processo tramitará e será julgado pelo Tribunal de Justiça, consoante dispõe a Constituição Federal em seu artigo 29, X.

O Código Penal destina o Capítulo I do Título XI à sistematização das condutas previstas como crimes contra a Administração Pública, cuja autoria pode ser imputada àqueles que se subsumam ao conceito de funcionário público expresso no artigo 327 desse diploma legal. Dentre o rol de crimes ali descrito, a tredestinação dos recursos provenientes da COSIP se enquadra no artigo 315: “dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”, conduta sujeita à pena de detenção, de um a três meses, ou multa.

Contudo, por se tratar de conduta praticada pelo Prefeito, Hely Lopes Meirelles observa que

O prefeito, como autoridade municipal, só poderá incidir nos crimes de responsabilidade expressamente previstos e tipificados no Decreto-lei 201, de 27.2.1967; mas como agente público poderá também ser responsabilizado pelos crimes funcionais definidos no Código Penal que não estejam absorvidos pelos crimes de responsabilidade

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 802.

equivalentes, ou seja, pelos crimes funcionais não cogitados pela lei especial.<sup>17</sup>

Desse modo, tendo em vista que o Decreto-Lei n. 201/67 tipifica como crime de responsabilidade, independentemente de pronunciamento da Câmara de Vereadores, a apropriação, uso, desvio ou aplicação indevida de rendas ou verbas públicas (artigo 1º, incisos I a III), condutas equivalentes ao crime funcional disposto no artigo 315 do CP, por se tratar de legislação especial, a responsabilização do Alcaide será submetida às sanções previstas no Decreto-Lei n. 201/67, correspondentes à pena de reclusão de dois a doze anos para os incisos I e II, ou detenção de três meses a três anos para o inciso III, conforme a situação prática analisada, somadas à pena acessória de perda de cargo e inabilitação para exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação pelo prazo de 5 anos, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Nesse sentido, “se a Constituição vincula a receita de dados tributos a determinados fins, a tredestinação pelo Estado, caracteriza ilicitude de gestão e tipifica crime de responsabilidade (é o caso das ‘contribuições’ no Brasil).”<sup>18</sup>

O Prefeito, ou quem eventualmente o substitua, de maneira transitória ou definitiva, é o sujeito ativo do crime previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 201/67. Trata-se, portanto, de crime próprio, que exige o exercício da função pública pelo infrator como elementar do tipo penal. Entretanto, após questionamentos relevantes acerca da legitimidade ativa do ex-Prefeito pelos crimes de responsabilidade cometidos durante o exercício do mandato, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento prevalecente, assim dispondo o teor da súmula 164: “o prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Dec.-Lei n. 201, de 27/02/67”.<sup>19</sup>

A propósito, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - EX-PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - ART. 1º, I, DL 201/67 - ATIPICIDADE DA CONDUTA E

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 804.

18 COELHO, Sacha Calmon. *Contribuições no direito brasileiro - seus problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 72-73.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*. Anotações à Lei n. 10.028, de 19/10/2000. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 80.

FALTA DE PROVAS - IMPROCEDÊNCIA - PRESENÇA DE JUSTA CAUSA - ERRO DE CAPITULAÇÃO - ENQUADRAMENTO NO ART. 315 DO CP - DESCABIMENTO - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - ACUSADO QUE ERA O CHEFE DO EXECUTIVO LOCAL NA ÉPOCA - ORDEM DENEGADA. [...] Para solucionar o conflito aparente de normas, para fins de capitulação dos fatos imputados, entre delitos similares constantes no Código Penal e no Decreto-Lei 201/67 (o qual define os Crimes de Responsabilidade de Prefeitos), aplica-se o princípio da especialidade, porquanto o acusado praticou eventual delito quando era, à época, o chefe do Executivo local, no exercício de suas funções. Ordem denegada.<sup>20</sup>

Admite-se, ainda, o concurso de pessoas, na modalidade de participação.<sup>21</sup>

Para que o Prefeito seja responsabilizado nos termos do mencionado artigo, exige-se o elemento subjetivo, o dolo do agente, ou seja, para que o desvio da receita proveniente da COSIP seja tipificado como crime, deve ficar demonstrado que o gestor agiu intencionalmente para a apropriação, uso, desvio ou aplicação indevida dos recursos, ou assumiu o risco de produzir o resultado, dispensando-se sua valoração para tipificação do delito.<sup>22</sup>

Nelson Roberto Bugalho e Luís Roberto Gomes destacam que

O traço distintivo entre os incisos I e III, do artigo 1º, do Decreto-lei 201/1967, é a maior gravidade do primeiro em relação ao segundo, uma vez que no inciso I o desvio de rendas públicas é realizado em proveito próprio ou alheio, e na hipótese do inciso III, em que menor a reprovabilidade da conduta, o desvio pressupõe uma manipulação diversa daquela legalmente prevista na dotação orçamentária, mas o dinheiro público é empregado em favor da Administração ou no atendimento de interesses da coletividade.<sup>23</sup>

A depender do enquadramento realizado no caso concreto, se condenado pelo delito previsto no artigo 1º, III, do Decreto, sustenta

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 31.214**, de Pernambuco. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em 8/6/2004, DJ 2/8/2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301897087&dt\\_publicacao=2/8/2004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301897087&dt_publicacao=2/8/2004)> Acesso em: 5 ago. 2015.

21 PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel. **Leis penais especiais**: parte II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215

22 MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 807.

23 PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel. **Leis penais especiais**: parte II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.

Bittencourt que o Alcaide fará jus ao benefício da suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos impostos pelo artigo 89 da Lei n. 9.099/95, porquanto a pena mínima prevista para o crime não ultrapassa 1 ano de prisão.<sup>24</sup>

Portanto, demonstrado o desvio dos recursos oriundos da COSIP, o Prefeito responderá, no âmbito penal, pelo crime de responsabilidade previsto no artigo 1º, incisos I ou III, do Decreto-Lei n. 201/67, desde que a conduta seja dolosa, e não pelo crime funcional descrito no artigo 315 do CP, em razão da especialidade da norma que estabelece o rol de crimes de responsabilidade. Esse critério permitirá a cominação de sanção mais grave ao gestor público, impondo, inclusive, a pena acessória da pena do cargo e inabilitação para exercício de cargo ou função pública pelo prazo de 5 anos.

Por fim, cabe destacar que os crimes de responsabilidade previstos no artigo 1º do Decreto-Lei 201/67, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, são infrações penais comuns.<sup>25</sup> O sujeito passivo será sempre o Município. A ação penal para os crimes de responsabilidade previstos neste artigo é, conforme expresso em seu parágrafo primeiro, pública. Desse modo, “o Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de representação da vítima, como também a autoridade policial pode instaurar de ofício o inquérito [...]”.<sup>26</sup>

Assim, o gestor público sujeitar-se-á a processo e julgamento perante o Tribunal de Justiça, cuja legitimidade ativa para propositura da ação penal recairá sobre o Ministério Público, atendendo-se às normas processuais especiais estipuladas pelo Decreto-Lei n. 201/67.

## 2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Na seara civil, a Lei n. 8.429/92, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa, em seu artigo 2º, conceituou, de forma ampla, o sujeito ativo de tais atos, a fim de alcançar todos os indivíduos que detêm vínculo com a Administração Pública.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*. Anotações à Lei n. 10.028, de 19/10/2000. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

25 CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 472.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 779-780.

Nesse contexto, indiscutivelmente, a postura adotada pela legislação permite a responsabilização do Prefeito pela conduta tida como ato de improbidade administrativa, porquanto se trata de agente político no exercício de mandato eletivo, da Administração Direta municipal, encaixando-se perfeitamente nas disposições dos artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Ademais, é pacífica, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos e, por consequência, aos Prefeitos, vez que não há incompatibilidade entre a Lei e o Decreto-Lei n. 201/67.<sup>27</sup> Nesse sentido já decidiu também o TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE VERBAS ORIUNDAS DA COSIP. PLAUSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROSEGUIMENTO DO FEITO, COM A DEVIDA INSTRUÇÃO, PARA O FIM DE APURAR O EFETIVO DESVIO DE FINALIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO E VICE PREFEITO. SUJEIÇÃO À LEI N.º 8.429/92, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O DECRETO-LEI N.º 201/67, QUER POR SUA NATUREZA, QUER POR SUA DESTINAÇÃO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. O detentor de mandato eletivo, não obstante esteja sujeito aos rigores do Decreto-Lei n.º 201/67, sujeita-se, também, à disciplina da Lei n.º 8.429/92. Conforme reiteradamente apontado pela jurisprudência do STJ, “não há antinomia entre o Decreto-Lei n.º 201/1967 e a Lei n.º 8.429/1992. O primeiro trata de um julgamento político próprio para prefeitos e vereadores. O segundo submetem-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato” (REsp n.º 1.119.657/MG, Rel Min. Eliana Calmon).<sup>28</sup>

Superada essa premissa, é por demais consabido que atos de improbidade caracterizam-se pela ofensa ao patrimônio público, aos princípios que regem a Administração Pública, revelando-se, sobretudo, no desvio de poder ou de finalidade, na malversação das verbas públicas, no uso indevido de poder, na realização de atos em desacordo com os ditames e as finalidades legais.<sup>29</sup>

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1513451, do Ceará. Segunda Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 18/6/2015, DJe 26/6/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1513451&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 5 ago. 2015.

28 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.040178-0. Rel.: Ricardo Roesler. Julgamento em 3/8/2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000EGPZ0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2628303&pdf=true>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

29 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e a ação de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 354.

Tipificando os atos ímprobos, a LIA distribuiu-os em três grupos: aqueles que importam enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Uma única conduta do agente público pode ser enquadrada simultaneamente nos três artigos, é a chamada subsunção plúrima.<sup>30</sup>

Para buscar a responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sugerem a individualização da conduta realizada a partir de cinco etapas, a saber:

A primeira diz respeito à incompatibilização da conduta com os postulados que regem a Administração Pública, uma vez que o dano ao erário e o enriquecimento ilícito são efeitos do exercício da conduta com inobservância dos princípios administrativos, ao passo de que a infração aos princípios constitui tipo autônomo de improbidade.

No segundo momento, observar-se-á o elemento volitivo do agente, isto é, a presença do dolo ou da culpa no momento da ação. Nos termos da LIA, nas hipóteses de enriquecimento ilícito e ofensa aos princípios, exige-se que o agente tenha concorrido dolosamente para a prática do ato, com vontade livre e consciente ou, prevendo a possibilidade de causar dano, assuma tal risco com a realização do ato. Já na hipótese de prejuízo ao erário, admite-se também a conduta culposa, caracterizada com o emprego desatento das normas administrativas, ou quando o agente deixar de prever os resultados decorrentes da atuação negligente, imprudente ou imperita.

Vencidas essas duas etapas, o terceiro momento refere-se à análise dos resultados decorrentes do ato, a fim de subsumi-lo ao rol apresentado pela LIA, além de verificar quais as sanções poderão ser aplicadas ao agente ímprobo.

A quarta etapa estimula a verificação do vínculo existente entre os sujeitos ativo e passivo, adequando-se ao disposto nos artigos 1º e 2º da LIA.

Por fim, a quinta e última etapa do *iter* de individualização refere-se à improbidade material do ato realizado. Nessa fase, após a tipificação formal da conduta, utilizar-se-á o princípio da proporcionalidade,

30 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 448.

cuja finalidade é buscar a responsabilização daqueles atos que atinjam o patrimônio público de maneira relevante, afastando-se a aplicação da LIA quando a lesão é insignificante aos deveres do cargo ou à finalidade do ato.<sup>31</sup>

Na hipótese do Alcaide, por ato administrativo, alocar os recursos angariados pela COSIP de maneira diversa da prevista na legislação municipal, poderá estar caracterizado ato de improbidade administrativa praticado pelo Prefeito. Para tanto, o operador do Direito percorrerá o *iter* de individualização sugerido pelos autores acima mencionado.

Nessa linha, resta claro que o emprego irregular do produto da arrecadação vai de encontro aos postulados que regem a Administração Pública (1º passo), como também é evidente o vínculo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo (4º passo). Diante do caso concreto, será necessário constatar o elemento volitivo do gestor público (2º passo) e os efeitos decorrentes da tredestinação dos recursos, se causaram enriquecimento ilícito, dano ao erário ou apenas violaram princípios, buscando a formal tipificação da conduta ao texto legal (3º passo). Ademais, pode-se dizer que a improbidade material (5º passo) igualmente ficará caracterizada, porquanto os recursos provenientes da COSIP têm destinação pré-determinada, visam ao custeio da iluminação pública municipal, a qual configura direito constitucional dos munícipes (artigo 30, III, da Constituição Federal), mormente porque permite efetivar a segurança pública local, a qualidade da moradia e o lazer dos cidadãos, concretizando os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Nessa toada, figura-se plenamente possível a responsabilização, em tese, pela prática dos atos descritos nos artigos 9º, inciso XII, 10, inciso XI, e 11, *caput* e inciso I, todos da LIA. A subsunção plúrima dependerá da conduta concreta praticada pelo Prefeito, além dos resultados dela decorrentes.

Importa salientar que a tredestinação dos recursos públicos implicará, ao menos, ato de improbidade administrativa previsto pelo artigo 11 da LIA, comumente chamado de cláusula de reserva, já que a utilização indevida das verbas provenientes do tributo viola os princípios da Administração Pública, especialmente o da legalidade e da moralidade, além da afetação dos recursos das contribuições.

31 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 447-451.

## 2.3 RESPONSABILIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Diante da independência das esferas civil, penal e administrativa, o ato do Prefeito que desvirtua a destinação dos recursos provenientes da COSIP pode acarretar, ainda, a responsabilização do agente público diante da Câmara de Vereadores do Município.

O artigo 4º do Decreto-Lei n. 201/67 prevê os crimes de responsabilidade propriamente ditos, ou seja, aquelas condutas que constituem as infrações político-administrativas. Infração político-administrativa, nas palavras de José Nilo de Castro, “provém de violação de deveres éticos, funcionais e governamentais locais, cujo objetivo é a perda do mandato eletivo, que pode se dar pela cassação e extinção.”<sup>32</sup>

Nessa esfera, a responsabilidade do Alcaide é processada e julgada perante o Poder Legislativo, que assume, excepcionalmente, funções judiciais.<sup>33</sup> Tal competência é privativa da Câmara de Vereadores. O processo é autônomo e independente da ação penal do crime de responsabilidade, porém vinculado às normas municipais e ao regimento interno da Câmara de Vereadores quanto à tramitação e aos motivos ensejadores da cassação do mandato do acusado.<sup>34</sup>

Outrossim, o processo de apuração de infração político-administrativa tem regramento no próprio Decreto, em seu artigo 5º, conforme previsto no citado dispositivo legal, qualquer eleitor poderá oferecer denúncia escrita da infração, com exposição dos fatos e indicação das provas.

O Ministério Público, portanto, não será legitimado ativo para a propositura da ação para apuração de crime de responsabilidade propriamente dito, motivo pelo qual essa forma de responsabilização do Alcaide não será objeto de análise mais detalhada no presente artigo.

32 CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 480.

33 COSTA, Nelson Ney. **Direito Municipal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 305.

34 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 790-791.

### 3 O PAPEL DO MPSC NA APURAÇÃO DE DESVIOS ORÇAMENTÁRIOS DA RECEITA DA COSIP

Aferido que o Prefeito possui a obrigação legal de destinar o produto da arrecadação da COSIP exclusivamente às despesas com iluminação pública, que o desrespeito a esse comando implica ilícito penal, além de ato de improbidade administrativa, resta descrever qual o papel do Ministério Público na apuração da infração e da responsabilização do agente político.

Inicia-se com a fase investigativa, na qual se verificará o cometimento do ilícito, para, depois de constatada a infração, tomar as medidas necessárias à responsabilização do infrator nas esferas penal e civil.

#### 3.1 COMO O MPSC PODE VERIFICAR A TREDESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA COSIP AO FIM DE RESPONSABILIZAR O AGENTE INFRATOR

Antes de se constatar a ocorrência da infração analisada no presente estudo, é necessário que exista alguma forma de sua apuração. Há casos em que o próprio Ministério Público pode agir de ofício e investigar a correta alocação dos recursos da COSIP, mas outras pessoas e órgãos podem colaborar prestando informações, a pedido do MPSC ou de forma espontânea.

Quando o Ministério Público de Santa Catarina suspeitar que o Prefeito de algum Município catarinense praticou o analisado ato lesivo às contas municipais, infringindo a Lei que determina a destinação da COSIP à despesa certa e determinada, poderá de ofício iniciar as investigações.

A Lei Complementar n. 197/200 do Estado de Santa Catarina (LOMPSC), nos artigos 82 e 83, elenca quais são as funções institucionais do *parquet* catarinense. Entre essas funções, o art. 83, inciso I, da LOMPSC prescreve que o Ministério Público poderá instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> No mesmo sentido o disposto no art. 26, inciso I, da Lei Federal n. 8.625/1993 e art. 6º, inciso VII, da Lei Complementar Federal n. 75/1993.

Inquérito civil é uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorreu algum episódio que enseje eventual propositura de ação civil pública.<sup>36</sup> Seu objetivo precípua é investigar a materialidade dos fatos potencialmente ou efetivamente lesivos a um direito transindividual, identificando os responsáveis pela sua prática.<sup>37</sup>

Inicialmente, esse instrumento foi criado para a proteção apenas da defesa de interesses difusos e coletivos, mas tem se sustentado que, com inovações oriundas da Constituição Federal (art. 129, inciso III), do Código de Defesa do Consumidor (art. 90), da Lei Federal de Organização do Ministério Público (art. 26, inciso I) e da Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 6º, inciso VII, alínea “c”, e art. 38, inciso I), o órgão ministerial pode se valer dele para auxiliá-lo em quaisquer de suas atribuições.<sup>38</sup>

Se o inquérito civil concluir pelo cometimento de uma infração que também constitua um ilícito penal, poderá utilizá-lo para oferecer eventual denúncia criminal, tendo em vista que a ação penal não presuppõe a existência de um inquérito policial.<sup>39</sup>

Assim, verifica-se que o próprio Ministério Público pode investigar se os Prefeitos catarinenses estão alocando corretamente o produto da arrecadação da COSIP, por meio do inquérito civil, e se estão incorrendo em ato de improbidade administrativa, sem prejuízo de sua responsabilização na esfera penal, uma vez que o MPSC pode se valer desse instrumento para propor a ação penal.

Com fulcro no art. 83, inciso I, alínea “b”, da LOMPSC, o *parquet* poderá requisitar informações para a Câmara de Vereadores do Município e para o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, para instruir o inquérito civil, a fim de verificar se ocorreu a infração em análise. De posse dos esclarecimentos e de documentos fornecidos pelos órgãos requisitados, se o membro do Ministério Público inferir

36 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 46.

37 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75.

38 MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e o poder investigatório do MP. In: MILARÉ, Édís (Corrd.). **Ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 225.

39 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público**: análise do ministério público na constituição, na lei orgânica nacional do ministério público, na lei orgânica do ministério público da união e na lei orgânica do ministério público paulista. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 393.

que, tão somente por eles já se pode comprovar o ilícito, deverá tomar a medida cabível.

Todavia, o inquérito civil não é o único meio pelo qual se pode chegar à constatação da infração em tela. Isso porque, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Resolução CNMP n. 23/07, “o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria.”<sup>40</sup>

Nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, às polícias civis incumbe a apuração de infrações penais, exceto as militares e as de competência da União. Dita apuração se dá mediante a instauração de inquérito policial, que pode ser iniciado de ofício ou a requerimento do MPSC (art. 5º, I e II, do CPP). Como o caso em análise se trata de uma infração que também constitui crime, portanto, o inquérito policial também pode ser suficiente para a reunião de indícios satisfatórios a sua constatação.

Outra forma que o MPSC pode concluir pelo ilícito do Prefeito, é com a representação de cidadãos comuns do povo.<sup>41</sup> Atentos para a irregularidade das contas públicas, podem os munícipes noticiar ao membro do Ministério Público a ocorrência da tredestinação dos recursos da COSIP, fornecendo, inclusive, documentação que subsidie a responsabilização do agente.

A representação de qualquer cidadão pode, também, ocasionar a instauração de inquérito civil, o qual poderá apurar com mais cautela o que efetivamente ocorreu (art. 2º, inciso II, da Res. CNMP n. 23/07),<sup>42</sup> impedindo que se ajuíze eventual ação infundada em informação inverídica.

Por fim, vale destacar que quaisquer dos personagens descritos acima, que não o membro ministerial, poderá fornecer subsídios para a constatação do ilícito, sem que haja a necessidade de uma prévia investigação do Ministério Público.

---

40 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.cntp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao\\_23\\_alterada\\_pela\\_59\\_10.pdf](http://www.cntp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf)>. Acesso em: 21 de ago. 2015.

41 Em que pese entendermos ser esta expressão incoerente, por colocar em patamar superior alguns indivíduos que não necessariamente o são, utilizamo-la pela sua habitual usualidade e facilidade de compreensão ao se dirigir aos personagens da sociedade que não protagonizam o ilícito e a ação penal e a ação de improbidade administrativa.

42 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.cntp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao\\_23\\_alterada\\_pela\\_59\\_10.pdf](http://www.cntp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf)>. Acesso em: 21 de ago. 2015.

## 3.2 ATUAÇÃO DO MPSC NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO

Ultrapassada a fase investigativa e reunindo-se elementos suficientes para ter-se convicção do cometimento da infração, deverá o membro do MPSC tomar as medidas cabíveis para a responsabilização do agente político.

Vale relembrar que o infrator poderá responder pela mesma conduta em mais de uma esfera, tendo em vista que, de acordo com a jurisprudência do STF, “as esferas penal e administrativa são independentes, somente havendo repercussão da primeira na segunda nos casos de inexistência material do fato ou negativa de autoria.”<sup>43</sup> No mesmo sentido, o art. 125 da Lei n. 8.112/90 que, apesar de tratar do direito disciplinar, é claro ao afirmar que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”<sup>44</sup>

Portanto, constatado que o Prefeito incorreu em ilícito penal e ato de improbidade administrativa, cabe abordar como o MPSC deverá buscar sua responsabilização nas duas esferas.

No tocante à seara criminal, deverá ser instaurada uma ação penal pública, que, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, é de competência privativa do Ministério Público. Para tanto, deverá o MPSC oferecer denúncia, na forma do art. 396 do Código de Processo Penal, dando oportunidade ao denunciado para exercer seu direito de defesa.

É de se atentar que, diante de norma especial disposta no Decreto-Lei n. 201/67, antes do recebimento da denúncia, caberá ao magistrado a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias, sendo-lhe nomeado defensor caso o Alcaide não tenha sido encontrado para ser notificado. Recebida a peça acusatória, deverá o juiz manifestar-se, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do gestor público, em se tratando das situações previstas nos incisos I e II de seu artigo 1º, e, nos demais casos, sobre o afastamento do exercício

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 856126. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 25/9/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3168631>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

44 BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2015.

do cargo durante a instrução criminal.<sup>45</sup>

Feitas tais considerações, é *mister* ressaltar que, como se trata de denúncia contra agente político, a Carta Magna prevê foro por prerrogativa de função. O art. 29, inciso X, determina que o julgamento do Prefeito ocorra perante o Tribunal de Justiça.<sup>46</sup>

Sobre o assunto, o STF, por meio da Súmula n. 702, preconizou a seguinte orientação: “A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”<sup>47</sup>

Como a conduta implica, também, ato de improbidade administrativa, incumbe ao MPSC a responsabilização do agente político nessa esfera.

Expressamente prevista pela Constituição Federal, no inciso III de seu art. 129, o Ministério Público detém a legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, além da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

A Lei n. 8.429, editada para atender ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, também prevê a legitimidade ativa do Órgão Ministerial para a propositura para a ação principal (art. 17) e para a ação de sequestro (art. 16).

Carlos Frederico Brito dos Santos descreve sobre o conceito de ação civil pública:

45 Art. 2º O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações: I - Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo. II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos. [...] (Brasil. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm)>. Acesso em: 4 ago. 2015.)

46 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] *X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça*; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2015). (Grifo nosso).

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 702. Publicada em 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000702&base=baseSumulas>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

como a própria Constituição Federal denominou genericamente a ação do Ministério Público no âmbito cível como ação civil pública (diferenciando-a da ação penal pública), independentemente na nomenclatura que lhe seja dada (ou não) pelo legislador ordinário, ela será sempre “ação civil pública”, sendo absurda qualquer confusão entre gênero e espécie por aqueles que pensam que ACP é tão-somente aquela da Lei n.º 7.347/85, fazendo grande confusão no tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, fato que tem causado enormes prejuízos à sociedade, que fica indefesa à sanha de corruptos que, invariavelmente, são os beneficiários de tais equívocos.<sup>48</sup>

Por sua vez, Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior lecionam que:

Ação civil é a que tem por objeto uma lide civil. É ação não penal. Pública por seu conteúdo, porque objetiva proteger interesses difusos ou coletivos. Se toda a ação civil, mediadamente, persegue a consecução do interesse público, na órbita processual civil, seu objetivo imediato é, em geral, a dedução de uma pretensão menor, isto é, particular. Quando, no entanto, a própria pretensão geradora da lide deflui de interesses difusos ou coletivos, estamos em face da ação civil pública. Ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é a ação civil de interesse público imediato, ou seja, a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa a toda coletividade.<sup>49</sup>

Portanto, sendo parte legítima para propor ação civil pública e sabendo que esse é o meio adequado para a responsabilização de atos ímprobos, o MPSC deverá propor a demanda, que tramitará perante o juízo de primeiro grau, tendo em vista que nesse caso não há prerrogativa de foro. Nas palavras de Alexandre de Moraes, o julgamento em foro privilegiado ocorre

somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o Prefeito Municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas, e demais ações de natureza cível. Da mesma forma, inexistente foro especial para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais, por ausência de previsão

48 SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. O amplo conceito da ação civil pública. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, v. 6, n. 8, p. 46-50.

49 FILHO, Mariano Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio Júnior. In: Improbidade Administrativa Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 193-194.

constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1ª instância.<sup>50</sup>

Quanto à controvérsia se caberia à Câmara Municipal de Vereadores a apreciação da infração, o TJSC já esclareceu que não cabe em caso de improbidade administrativa:

Conforme o Decreto-Lei n. 201/1967, é compete à Câmara de Vereadores processar e julgar o Prefeito e o Vice-Prefeito em exercício do cargo de Prefeito, por infrações político-administrativas (art. 4º), restando ao Poder Judiciário, os procedimentos relacionados com crimes de responsabilidade (art. 1º) e os atos de improbidade administrativa previstos na Lei Federal n. 8.429/1992.<sup>51</sup>

Diante do exposto, verifica-se que o órgão ministerial, quando constatar a ocorrência de desvios de recursos da COSIP por ato do Prefeito, deverá atuar na responsabilização do agente pela conduta ilícita. Como a mencionada infração implica ilícito penal e ato de improbidade administrativa, o MPSC deverá oferecer denúncia criminal perante o TJSC, além de propor ação civil pública ao juízo comum para penalizar o ato ímprobo.

## CONCLUSÃO

Analisando os aspectos tributários da Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP), inferiu-se que o produto de sua arrecadação possui destino certo e predeterminado, que são as despesas municipais com o serviço de iluminação pública.

Sabendo que a Constituição Federal e as Leis municipais assim determinam, verificou-se que desvios de recursos da COSIP por parte do Prefeito ocasionam crime de responsabilidade, nos termos do art. 1º, incisos I a III, do Decreto-Lei n. 201/1967, além de improbidade administrativa, de acordo com os artigos 9º, inciso XII, 10, inciso XI, e 11, caput e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto ao papel do Ministério Público, concluiu-se que, antes de

50 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 268-269.

51 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.024716-2. Rel.: Des. Jaime Ramos. Julgamento em 18/4/2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LNWT0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5513651&pdf=true>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

buscar a responsabilização do agente, deve-se reunir indícios suficientes para a comprovação da ocorrência da infração. Na fase investigativa, o próprio MPSC pode se valer de inquérito civil e investigar o caso concreto ou, então, a polícia civil, por meio de inquérito policial, além dos cidadãos, com o fornecimento de documentação que comprove a conduta, podem fornecer subsídios para tanto.

De posse de provas suficientes, o membro do MPSC deve buscar a responsabilização do agente político tanto na esfera penal como na civil. Quanto à primeira, o caminho a ser traçado inicia-se com o oferecimento de denúncia criminal diretamente ao TJSC, em razão da existência de foro por prerrogativa de função. Já na esfera civil, o ato ímprobo poderá ser penalizado por meio da propositura de ação civil pública por improbidade administrativa, mas nesse caso o juízo competente será o comum, uma vez que o foro privilegiado abriga tão somente a esfera penal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos**. Anotações à Lei n. 10.028, de 19/10/2000. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal/imagens/stories/Normas/Resolucoes/resolucao\\_23\\_alterada\\_pela\\_59\\_10.pdf](http://www.cnmp.gov.br/portal/imagens/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf)>. Acesso em: 21 de ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal/imagens/stories/Normas/Resolucoes/resolucao\\_23\\_alterada\\_pela\\_59\\_10.pdf](http://www.cnmp.gov.br/portal/imagens/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf)>. Acesso em: 21 de ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. 1988, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 4 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponí-

vel em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm)>. Acesso em: 4 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8429compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8429compilado.htm)> Acesso em: 5 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1513451, do Ceará. Segunda Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 18/6/2015, DJe 26/6/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1513451&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 31.214, de Pernambuco. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em 8/6/2004, DJ 2/8/2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301897087&dt\\_publicacao=2/8/2004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301897087&dt_publicacao=2/8/2004)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 209. Publicada em 3 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000209%27>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 856126. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 25/9/2012. Disponível em: <<http://reidir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3168631>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 670. Publicada em 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28s%FAMula+670%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/kax9o78>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 702. Publicada em 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000702&base=baseSumulas>>.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 29. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon. **Contribuições no direito brasileiro** – seus problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. A invalidade superveniente das contribuições em razão do descumprimento da finalidade constitucional através de legislação orçamentária. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, n. 48, p.125-150, mar./abr. 2006.

FILHO, Mariano Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio Júnior. In: **Improbidade Administrativa Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

FLORIANÓPOLIS. Lei Complementar n. 109, de 30 de dezembro de 2002. **Institui a Contribuição para o Custeio dos serviços de iluminação pública – COSIP, revoga dispositivos da Lei Complementar n. 7/97, e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/2002/11/109/lei-complementar-n-109-2002-institui-a-contribuicao-para-o-custeio-dos-servicos-de-iluminacao-publica-cosip-revoga-dispositivos-da-lei-complementar-n-7-97-e-da-outras-providencias>>.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e o poder investigatório do MP. In: MILARÉ, Édis (Corrd.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 225.

\_\_\_\_\_, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_, Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público: análise do ministério público na constituição, na lei orgânica nacional do ministério público, na lei orgânica do ministério público da união e na lei orgânica do ministério público paulista**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral e contribuições em espécie**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel. **Leis penais especiais: parte II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e a ação de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.040178-0. Rel.: Ricardo Roesler. Julgamento em 3/8/2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000EGPZ0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2628303&pdf=true>>.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.024716-2. Rel.: Des. Jaime Ramos. Julgamento em 18/4/2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LNWT0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5513651&pdf=true>>.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. O amplo conceito da ação civil pública. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**, v. 6, n. 8, p. 46-50.

STUCKY, Thales Michel. Análise dos efeitos do desvio das finalidades das contribuições via lei orçamentária. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, n. 48, p.160, mar./abr. 2006.

PEÇA PROCESSUAL

QUEBRA DE SIGILO DE DADOS  
TELEMÁTICOS PROCESSO JUDICIAL SIG N.  
08.2014.00308733-0

**Alexandre Volpato**

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

EXCELENTÍSSIMA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA  
DE PINHALZINHO

**Processo Judicial SIG n. 08.2014.00308733-0**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE  
SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça  
signatário, no uso de suas atribuições legais e institu-  
cionais, vem perante Vossa Excelência, com base nos

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 24	p. 195 - 202	jan./jun. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

documentos inclusos, extraídos do Processo Judicial n. 08.2014.00308733-0, requerer **QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS**, como medida preparatória de futura ação penal por infração ao artigo 241-D, da Lei Federal n. 8.069/90 (classificação provisória da conduta abaixo descrita), pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

## I - DOS FATOS

Extraí-se das declarações prestadas pela Senhora XXXXXX, nesta Promotoria de Justiça, mãe da criança XXXXXX, de 11 (onze) anos idade, conforme cópia do RG anexo, que “XXXX”, ou pessoa que usa tal perfil <https://www.facebook.com/profile.php?id=100008209213191>, na rede social *Facebook*, enviou solicitações de amizades para suas filhas, que também possuem contas na mencionada rede social, bem como para outras meninas com idade entre 10 e 11 anos, todas residentes em Pinhalzinho.

Aceitas as solicitações de amizade, “XXXX” passa a manter conversação com as meninas (troca de mensagens), utilizando a *webcam*, recurso que possibilita que os interlocutores se vejam. Sem muitas delongas, já solicita que as meninas pratiquem condutas nitidamente voltadas para sua satisfação sexual, como mostrar o rosto e o corpo, com a inegável finalidade de assediar as meninas para com ele praticarem atos libidinosos.

A conversa que segue inclusa, realizada entre outra criança, XXXXXX, com o perfil “XXXX”, extraída da conta do *Facebook*, deixam evidente a prática predatória, uma vez que “XXXX” diz à menina que “se de shorts posso ver”, “fiquei com vontade de ver seu corpo”, “sério você é linda gostei”, “sua boca é...”, “vc é sexy”, “gostei mesmo u..Fetiche”, “gostei e ver vc, vc sexy”, confirmando sua conduta lasciva.

Não fosse isso, as professoras e orientadoras da Escola Vendelino Junges, em Pinhalzinho, onde estudam as menores civilmente citadas na presente, ao terem conhecimentos dos fatos envolvendo suas alunas, estranhando que “XXXX” fosse amigo de *Facebook* das meninas, em conversa na qual se fazem passar por uma das alunas, depararam-se

com a mesma conduta lasciva por parte de “Lucas Santos”.

Da referida conversa extrai-se que “XXXX” disse a aluna que “gostei de ver vc imaginei coisas”, “ei tava no quarto já da pra vc deduzir”, “eu fiquei excitado”, “tenho vontade de te ver mais “posso?”, e “eu fiquei imaginando coisas com vc”, conforme documento anexo.

Registra-se que é de conhecimento deste Órgão de Execução que, na Comarca de Xanxerê, também se apura conduta semelhante praticada por perfil intitulado “XXXXXX”, <https://www.facebook.com/profile.php?id=100008171683234> que pode, inclusive, tratar-se de mesma pessoa, cujo perfil está sendo usado para assediar, por via *on-line*, crianças para a prática de atos libidinosos.

Tais condutas, quando menos, caracterizam a prática do crime descrito no **artigo 241-B, da Lei Federal n. 8.069/90**<sup>1</sup>, razão pela qual sua autoria deve ser descoberta.

Contudo, apenas com a quebra do sigilo do perfil cadastrado na rede social *Facebook* em nome de “XXXX”, <https://www.facebook.com/profile.php?id=100008209213191> (<https://www.facebook.com/profile.php?id=100007654920838&fref=ts>), **número de identificação do usuário (ID) 100007654920838**, é que será possível apurar a autoria de tão grave conduta, o que, por si só, autoriza a medida excepcional ora requerida.

## II - DO DIREITO

No que concerne à viabilidade do pedido, busca-se a quebra de sigilo dados telemáticos que, conforme definição encontrável na Wikipédia, é o conjunto de tecnologias de transmissão de dados resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, *softwares* e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compreensão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre

<sup>1</sup> Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: (Incluído pela Lei n. 11.829, de 2008).  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 11.829, de 2008)

usuários localizados em qualquer ponto do planeta (disponível em que “a telemática é uma ciência que trata da manipulação de dados e informações, conjugando o computador, sistemas de informática, com os meios de comunicação, telefônicas ou não. Assim, qualquer comunicação feita por meio de sistema de informática é protegida pela lei; a título de exemplo, citamos as comunicações feitas na *Internet*”.

Comentando o referido tema, orienta Guilherme Souza Nucci:

Comunicação em sistemas de informática e telemática: entendemos válida a disposição feita no parágrafo único do art. 1º desta Lei. Como já sustentamos na nota 1 acima, não há direito absoluto, motivo pelo qual a comunicação estabelecida por meios ligados à informática (computador) e à telemática (misto de computador com meios de comunicação), não deixa de ser uma forma atualizada e moderna de comunicação telefônica. Por isso, se houver finalidade de apuração de crime, com autorização judicial, pensamos ser válida a interceptação de comunicação efetuada por esses meios (ex.: conversação captada através de modem ou em determinados sites próprios para isso). (Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 206. p. 347-348).

É certo que a inviolabilidade de qualquer sigilo, seja de correspondência, seja de dados telefônicos, não é absoluta, como todos os direitos fundamentais, admitindo mitigação nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Constituição da República, artigo 5º, inciso XI). Dessa forma, é preciso reconhecer a relatividade dos direitos fundamentais, sob pena de criar ilegal proteção garantidora de impunidades, agindo de forma prejudicial à ordem pública e às liberdades alheias.

Impende destacar que, mesmo considerando que não há norma que regulamente a quebra do sigilo, inaplicável é a Lei que trata das Interceptações Telefônicas (Lei n. 9.296/96), porque: a) não contempla a hipótese “quebra”, nomenclatura com significado diferente à “interceptação”; b) não cabe analogia em matéria de direitos fundamentais, que estão regidos pelo princípio da legalidade estrita; e c) não foi a intenção do legislador prever a quebra na mencionada Lei.

Para ilustrar, colhe-se da doutrina de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel:

Sendo necessária lei autorizando a quebra do sigilo telefônico é de se perguntar: é aplicável a lei ora comentada para

a quebra do sigilo dos dados telefônicos? [...]. Onde a lei diz “comunicações telefônicas” não se pode ler “também” registros telefônicos. O § 1.º do art. 6º [No caso de a diligência possibilitar a gravação...], dentre outros dispositivos, leva à conclusão de que somente a comunicação pode ser interceptada. É uma lei que cuidou “das comunicações” que estão acontecendo (atuais, presentes). Não alcança, portanto, os registros telefônicos que são “dados” relacionados com comunicações telefônicas passadas, pretéritas [...] não foi intenção do legislador disciplinar a quebra do sigilo telefônico na lei em estudo. E não cabe analogia em matéria de direitos fundamentais, que estão regidos pelo princípio da legalidade estrita (Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24/7/196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 201, p. 50).

Assim, diante da omissão legislativa, entende-se que são **requisitos à quebra do sigilo de dados**: a) visar a instruir investigação criminal ou processo penal; e b) conter justa causa, corolário do princípio da proporcionalidade. Justa causa é demonstrar, no caso concreto, que é adequado, necessário e razoável decretar a quebra do sigilo. Afasta-se, por exemplo, a medida realizada para apurar fatos irrelevantes, considerando-se que se está a ponderar a significativa flexibilização de um princípio constitucional.

*In casu*, verifica-se que, em tese, a prova da materialidade do crime está comprovada, conforme documentos que ora se junta. Assim, a medida, além de adequada, é relevante e necessária ao descobrimento da autoria criminosa, possibilitando a instrução criminal, tanto na fase investigativa, quanto em possível processo penal.

Registra-se conforme ofício anexo, que o Ministério Público já requisitou a instauração de inquérito policial para apurar os fatos à Autoridade Policial.

Casos como o que ora se analisa traduzem nítido conflito entre valores constitucionais, no entanto, existindo indícios de ilícitos praticados, não há como negar a derrubada do sigilo, desde que resguardada posteriormente a divulgação das informações obtidas, circunscritas à extensão do pleito requerido e à discussão judicial do assunto, sob as penas da lei.

Assim, o êxito da persecução criminal depende do deferimento da medida acautelatória postulada, porquanto, se não deferida, poderá

restar prejudicada, inclusive, a própria aplicação da Lei Penal, vez que impossível será demonstrar-se a autoria do ilícito.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

[...] não há direito absoluto, motivo pelo qual a comunicação estabelecida por meios ligados à informática (computador) e telemática (misto de computador com meios de comunicação), não deixa de ser uma forma atualizada e moderna de comunicação telefônica. Por isso, se houver a finalidade de apuração de crime, com autorização judicial, pensamos ser válida a interceptação de comunicação efetuada por eses meios" (Leis penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 798).

Assim, pelos elementos contidos nos documentos inclusos, mostra-se imprescindível a medida ora requerida, uma vez que, após a quebra de sigilo das comunicações telemáticas realizadas pelo investigado por meio da rede social *Facebook*, **é que será comprovada a autoria delitiva.**

Registre-se, por fim, concernente à proporcionalidade e razoabilidade da medida, tem-se um pedófilo à solta agindo na Comarca, assim, salienta-se que ela trará benefícios à coletividade superiores ao desconforto do investigado, o que justifica a quebra do sigilo dos dados telemáticos.

Em caso semelhante, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu:

- 1- A impetrante pretende se eximir da determinação judicial, no sentido de viabilizar a interceptação, em tempo real, de perfil cadastrado no Site Facebook (<http://www.facebook.com.br/www.facebook.Com/records>). De registrar que, deferida a medida, de posse do mandado judicial, a autoridade policial deverá acessar a página de requisições do Facebook (<http://www.facebook.com/records>) <http://www.facebook.com.br/com> a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial investigante.
- 2- Ato impugnado que determinou que a impetrante cumpra a ordem, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), interrupção das atividades e serviços no Brasil, mediante bloqueio de todos os IPs do domínio facebook.com e, por fim, a responsabilização dos seus dirigentes locais nos termos do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal).
- 3- O artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República

estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. timidade, conferindo ressalva expressa de quebra do sigilo apenas nas hipóteses de comunicações telefônicas, razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas que relativizem a proteção individual de modo a alcançar igualmente outras situações, quando confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos, tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Lei Maior se reveste de caráter absoluto.

5- Ausência, ao menos em sede de cognição sumária, de ilegalidade do ato apontado como coator, uma vez que compete a qualquer pessoa física ou jurídica situada no Brasil cumprir as ordens advindas do Poder Judiciário, não podendo se valer da legislação alienígena para escapar desse mister, sob pena de ofensa à própria soberania nacional, já que o fato investigado foi perpetrado neste País.

6- Hipótese em que a impetrante possui conhecimento da ordem judicial há, no mínimo, trinta dias, tendo tido tempo mais do que suficiente para diligenciar as providências necessárias em suas sedes no exterior a fim de dar cumprimento à ordem do Poder Judiciário brasileiro.

7- Informações da autoridade impetrada, advindas posteriormente à decisão recorrida dando conta de que a investigação relaciona-se à existência de um grupo criminoso e estruturado voltado à prática de crimes de moeda falsa, formação de quadrilha e de lavagem de dinheiro em vários Municípios e Estados da Federação, cabendo à autoridade judicial - e não à impetrante - a análise sobre a necessidade e adequação da quebra de sigilo telemático.

8- Existência de precedentes jurisprudenciais, inclusive da Corte Especial do E. STJ, reconhecendo a possibilidade da fixação de multa diária pelo descumprimento reiterado de ordem judiciais.

9- Ao menos neste momento e considerando o fato de que a impetrante vem resistindo à ordem judicial, entende-se que a interrupção das suas atividades é medida que se mostra inteiramente necessária e imprescindível à investigação.

10- Agravo regimental a que se nega provimento. (Mandado de Segurança n. 27053 SP 0027053-77.2013.4.03.0000, de São Paulo, relator Desembargador Federal Luiz Stefanni, julgado em 7 de novembro de 2013 - grifos nossos).

Pelo que foi exposto, temos por comprovados os requisitos e fundamentos para o deferimento da medida.

### III - DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, o Ministério Público de Santa Catarina **requer**:

**a)** seja **autorizada a quebra do sigilo do perfil cadastrado na rede social Facebook em nome de “XXXX”** (<https://www.facebook.com/profile.php?id=100007654920838&fref=ts>), **número de identificação do usuário (ID) 100007654920838**, com a indicação do endereço IP (protocolo de *Internet*) do computador utilizado para criar referida conta e também de outros que, eventualmente, tenham sido utilizados para acessá-la nos últimos 60 (sessenta) dias, assim como de todos os dados cadastrais do usuário, fornecendo, igualmente, as mensagens enviadas e recebidas via *Facebook* (conversações) dos últimos 60 (sessenta) dias;

**b)** seja determinada a interceptação, em tempo real, do perfil cadastrado na rede social *Facebook* em nome de “XXXX” número de identificação do usuário **(ID) 100007654920838**, com a possibilidade de consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha para a Autoridade Policial; e

**c)** seja oficiada a empresa FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA - AV. BERNADINO DE CAMPOS, 98, 4º ANDAR, SALA 28. B. PARAÍSO. CEP: 04.04-040 - SÃO PAULO/SP, na pessoa de seu representante legal, a fim de que forneça o *e-mail* e senha de acesso do perfil de “XXXX”, remetendo as informações diretamente ao *e-mail*: **dppinhalzinho@pc.sc.gov.br**.

Por fim, **requer-se** que seja consignado na ordem que o presente feito se processa em **segredo de justiça** e entregue ao Sr. Chefe de Cartório, que deverá expedir os ofícios respectivos, observando-se, em tudo, a Resolução n. 59/08 do Conselho Nacional de Justiça.

Pinhalzinho, 18 de setembro de 2014.

**ALEXANDRE VOLPATTO**

**Promotor de Justiça**



