

# Procuradores da República

## ACESSIBILIDADE A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS E RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Nicolao Dino Neto*

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail  
**O Papel do Ministério  
Público na defesa da  
Acessibilidade Comunicacional**

Douglas Fischer  
**A Prescrição no Crime de  
Estelionato Previdenciário  
Continuado**

Adeleine Melhor Barbosa  
**Proporcionalidade no Direito  
Penal e Processual Penal**

Ricardo Magalhães de Mendonça  
**Breves Anotações  
sobre o Juiz das Garantias**

Paulo Queiroz  
**Crítica da Vontade de Verdade**

# Sumário

<b>O Papel do Ministério Público na Defesa da Acessibilidade Comunicacional. Comentários a Respeito da Portaria do Ministério das Comunicações sobre Audiodescrição</b> .....	3
Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail	
<b>A Prescrição no Crime de Estelionato Previdenciário Continuado, as “Ementas” e suas (Equivocadas) “Interpretações”</b> .....	7
Douglas Fischer	
<b>Acessibilidade a Cargos e Empregos Públicos e Reserva de Vagas para Pessoas com Deficiência: uma Abordagem Preambular</b> .....	15
Nicolao Dino Neto	
<b>Proporcionalidade no Direito Penal e Processual Penal: da Teoria à Prática</b> .....	23
Aldeleine Melhor Barbosa	
<b>Breves Anotações sobre o Juiz das Garantias</b> .....	26
Ricardo Magalhães de Mendonça	
<b>Crítica da Vontade de Verdade</b> .....	32
Paulo Queiroz	

### **Participe do Boletim dos Procuradores da República**

Envie seu artigo para publicação no Boletim dos Procuradores da República.  
O texto deve ter o tamanho máximo de 20 mil caracteres (com espaços),  
contando com eventuais notas no fim de texto e referências biográficas.

Os textos podem ser encaminhados para os endereços eletrônicos:  
[vfurtado@prdf.gov.br](mailto:vfurtado@prdf.gov.br), [amelo@prsp.mpf.gov.br](mailto:amelo@prsp.mpf.gov.br) e [fundacao@fundacaopedrojorge.org.br](mailto:fundacao@fundacaopedrojorge.org.br)

## O Papel do Ministério Público na Defesa da Acessibilidade Comunicacional. Comentários a Respeito da Portaria do Ministério das Comunicações sobre Audiodescrição

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail  
Procuradora da República em Pernambuco

A base constitucional para a atribuição do Ministério Público para a defesa das pessoas com deficiência, segundo Hugo Nigro Mazzilli, é o princípio da igualdade, para compensar a deficiência fática que impede, ou pelo menos dificulta, essas pessoas de assumir por si mesmas a defesa ou o exercício de seus próprios direitos ou interesses.

A Lei nº 7.853/89, que disciplina a proteção e a integração das pessoas com deficiência, foi a primeira a prever expressamente a atuação do Ministério Público nessa seara. Essa lei Conferiu ao MP tanto a incumbência da defesa coletiva das pessoas com deficiência, como previu a sua intervenção em qualquer ação em que seja parte uma pessoa nessas condições, quer se trate de deficiência física ou mental, desde que o pedido formulado esteja relacionado com essa deficiência (arts. 3º e 5º).

Os mecanismos utilizados pelo Ministério Público para promover a defesa das pessoas com deficiência são os mesmos de que dispõe para promover a defesa de qualquer outro direito difuso ou coletivo (instauração de procedimento administrativo ou inquérito civil, audiências públicas, expedição de recomendações, celebração de Termos de Ajustamento de Conduta e instauração de ação civil pública e ação penal). Vale salientar que a atuação do Ministério Público como parte em casos concretos se justifica ainda que se trate, em princípio, de promover o direito de acesso a direitos constitucionalmente assegurados a uma única pessoa com deficiência, já que, na maioria das hipóteses, é possível atribuir eficácia coletiva a essa atuação de forma a atingir todas aquelas pessoas na mesma condição que venham a necessitar do gozo do direito então assegurado. Por exemplo, atuação do Ministério Público no intuito de obrigar a instituição particular de ensino superior a disponibilizar intérprete

de Libras independente do pagamento de taxas adicionais, ainda que haja no momento apenas um aluno surdo matriculado, beneficiará também todos os alunos deficientes auditivos que porventura venham a estudar na instituição e necessitem do intérprete para cursar o ensino superior.

A Constituição Federal de 1988 trouxe vários dispositivos assegurando a integração das pessoas com deficiência. De forma mais abrangente, a Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 13 de dezembro de 2006, foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo (Dec. Nº 186/08), e posteriormente promulgada através do Decreto nº 6.949/2009, tendo seu texto valor equivalente ao de emenda constitucional (CF, art. 5º, § 3º). Após estabelecer o seu propósito e a conceituação do que significa pessoa com deficiência (art. 1º), a convenção estabeleceu algumas definições (art. 2º):

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

“Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem

*usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O "desenho universal" não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.*

Em cumprimento aos comandos constitucionais que asseguram a acessibilidade, bem como no intuito de implementar a política nacional de integração da pessoa com deficiência prevista na Lei nº 7.853/89, foi editada a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que trouxe regras e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, em relação aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, às edificações, aos transportes e aos sistemas e meios de comunicação. Essa lei previu expressamente a eliminação de barreiras ao acesso e ao pleno exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência, definindo como barreiras nas comunicações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa (art. 2º, II, 'd').

No tocante à implementação da acessibilidade comunicacional, a Lei nº 10.098/2000, em seu art. 17, estipulou ao Poder Público a obrigação de promover a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecer mecanismos e alternativas técnicas para tornar acessível os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer.

Como regulamento dessa lei, foi editado o Decreto nº 5.296, de 2/22/2004. Esse decreto atribuiu inicialmente a Anatel e, posteriormente, após alteração legislativa, ao Ministério das Comunicações, a competência para implementar o plano de medidas técnicas previsto na Lei 10.098/2000, utilizando entre outros mecanismos:<sup>1)</sup> a subtítuloção por meio de legenda oculta (close caption);<sup>2)</sup> a janela com intérprete de Libras e <sup>3)</sup> a descrição e narração em voz de cenas e imagens, que consiste no recurso da audiodescrição.

Com o objetivo de implementar tais medidas, foi editada a Norma Complementar nº 01/2006,

aprovada pela Portaria nº 310 do MC, de 27 de junho de 2006, tornando obrigatória a adoção dos mecanismos para tornar acessível a programação das televisões abertas em todo território nacional. A portaria estabeleceu a obrigatoriedade de veiculação diária de programas com acessibilidade, por meio da oferta dos três recursos previstos no decreto-close caption, janela com intérprete de Libras e audiodescrição, a princípio, duas horas da programação exibida, devendo progressivamente ir aumentando até chegar à totalidade da programação.

A Portaria trouxe a seguinte definição de audiodescrição: *corresponde a uma locução, em língua portuguesa, sobreposta ao som original do programa, destinada a descrever imagens, sons, textos e demais informações que não poderiam ser percebidos ou compreendidos por pessoas com deficiência visual.*

O Ministério das Comunicações concedeu o prazo de carência de dois anos para que as emissoras se preparassem para iniciar suas transmissões com a oferta dos recursos de acessibilidade. Em julho de 2008, o Ministério das Comunicações publicou a Portaria nº 466, concedendo o prazo de 90 dias para que as emissoras passassem a incluir a audiodescrição em seus programas, mantendo os demais termos da Portaria nº 310 de 2006.

Em 14 de outubro de 2008, porém, o então Ministro de Estado das Comunicações, Hélio Costa, assinou a Portaria nº 661, para submeter à consulta pública o tema relativo à promoção da acessibilidade através da audiodescrição nos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, suspendendo a portaria anterior (Portaria 466/2008) e a aplicação dos prazos previstos na Norma Complementar nº 01/2006, aprovada pela Portaria nº 310, de 27 de junho de 2006, no que se refere à obrigatoriedade de adaptação e veiculação na programação exibida através do recurso da audiodescrição, não revogando, contudo, os demais itens da portaria.

Finalmente, em 25 de março do corrente ano de 2010, foi publicada a Portaria nº 188 do Ministério das Comunicações, especificamente sobre o recurso da audiodescrição. A portaria alterou a definição do

mecanismo previsto na Portaria nº 310/2006, que passou a significar *narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrições de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual.*

Percebe-se que a redação atual é mais ampla e passou a incluir expressamente os deficientes intelectuais como categoria beneficiada pelo recurso. De fato, o grupo de beneficiados pelo recurso da audiodescrição é bastante amplo. O mecanismo serve para garantir o direito de acesso à programação televisiva ou obra audiovisual não apenas aos deficientes visuais, como se pensa num primeiro momento, mas a todas aquelas pessoas que por alguma deficiência mental ou nível intelectual, como os analfabetos funcionais, no caso de transmissão de filmes legendados, não consigam compreender o conteúdo da imagem e, ainda, aquelas que por conta de uma condição física não consigam se manter em posição para assistir televisão, dependendo mais de informações auditivas que visuais.<sup>5</sup>

Para que o recurso entre em vigor, foi proposto um cronograma no qual as geradoras cedentes de programação (chamadas cabeças-de-rede) já licenciadas para transmitir com tecnologia digital terão o prazo de 12 meses, a partir de 1º de julho de 2010, para começar a fazer a audiodescrição. Neste primeiro momento, as emissoras terão que transmitir no mínimo duas horas semanais de programação audiodescrita, veiculadas no horário compreendido entre 6h e 2h. De acordo com o cronograma, esse tempo vai aumentando gradativamente até a obrigação de transmitir vinte horas semanais de conteúdo audiodescrito no prazo de 10 anos. No caso das emissoras que ainda não estão licenciadas

para transmitir com tecnologia digital, os prazos passam a valer a partir da data da expedição da licença para funcionamento da estação digital. Para as afiliadas ou retransmissoras, também vale a data de início da transmissão ou retransmissão com tecnologia digital, obedecendo a mesma proporção de horas e o mesmo horário estabelecido para a geradora cedente da programação.

A audiodescrição, ao lado das medidas de acessibilidade já postas em prática (legenda oculta e janela com intérprete de libras), visa assegurar a equiparação de oportunidades das pessoas com deficiência no tocante ao acesso à cultura, informação, comunicação e ao lazer, tornando efetivo ao princípio da isonomia na busca da acessibilidade de forma plena. Cumpre ao Ministério Público fiscalizar e adotar as medidas cabíveis a fim de garantir o efetivo implemento desses recursos, democratizando e tornando acessível a programação cultural e televisiva do país.

A atribuição do Ministério público para a defesa da acessibilidade das pessoas com deficiência e, em especial, no tocante ao acesso à informação e aos meios de comunicação, legitima-se tanto pelo direito da categoria em si de pessoas nessa condição, como no interesse da própria coletividade na construção de uma sociedade democrática, pautada no princípio da justiça social e no respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, é necessário ter em mente que o implemento da acessibilidade não é um favor ou ato de caridade estatal, mas um dever do Poder Público, juntamente com a sociedade civil, considerando que a pessoa com necessidades especiais, qualquer que seja o tipo de deficiência, física, motora, sensorial ou intelectual, é um cidadão como qualquer outro e uma pessoa completa, no que diz respeito à dignidade e ao exercício de seus direitos.

*"A audiodescrição, ao lado das medidas de acessibilidade já postas em prática (legenda oculta e janela com intérprete de libras), visa assegurar a equiparação de oportunidades das pessoas com deficiência no tocante ao acesso à cultura, informação, comunicação e ao lazer, tornando efetivo ao princípio da isonomia na busca da acessibilidade de forma plena."*

**Notas**

<sup>1</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, p. 661/667.

<sup>2</sup> A Lei nº 7.853/89, Art. 8º, tipificou como crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa as seguintes condutas:

"I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público."

<sup>3</sup> A Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, reconheceu a Língua Brasileira de Sinais - Libras como meio legal de comunicação e expressão.

<sup>4</sup> Eis o teor do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência :

"O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas."

<sup>5</sup> Nesse sentido, é esclarecedor o artigo Em defesa da Audio-descrição: contribuições da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência (Francisco J. De Lima, Rosângela <sup>a</sup> F Lima e Livia C. Guedes).

## A Prescrição no Crime de Estelionato Previdenciário Continuado, as "Ementas" e suas (Equivocadas) "Interpretações"

Douglas Fischer

Mestre em Instituições de Direito e Estado (PUC-RS)

Procurador Regional da República - 4ª Região

Tem-se visto nas publicações dos tribunais (especialmente do STF e do STJ) alguns dissídios (sem razão de ser, como se tentará demonstrar) acerca de como se deve dar a contagem do prazo prescricional nos delitos de estelionato previdenciário de prestação continuada.

Há notícia relativamente recente no site do STF dizendo que, no dia 31 de agosto, a 2ª Turma do STF concedeu a ordem nos autos do HC nº 91.716, por considerar que a prescrição começa a contar da data do pagamento indevido do primeiro benefício previdenciário. Na notícia, refere-se ainda que a concessão da ordem se deu também "diante da existência de jurisprudência divergente no STF, firmada pela Suprema Corte no julgamento do HC 86467, relatado pelo Ministro Marco Aurélio (em que o STF mudou seu entendimento anterior sobre o assunto)".

Sobre o "precedente invocado", adiante analisaremos mais detidamente.

Deixando assentado desde já o máximo respeito aos julgadores, tentar-se-á pelo presente demonstrar os manifestos equívocos que têm sido lançados acerca especialmente da interpretação dos "precedentes" (melhor dizendo, das "ementas").

Consoante controvérsia instalada, se este for considerado instantâneo, conta-se a prescrição no momento em que se consuma com o recebimento da primeira parcela da vantagem indevida. Se eventualmente permanente (para nós, nem um nem outro, mas vários delitos autônomos, em continuidade ou concurso material eventualmente), conta-se a prescrição de cada fato - recebimento mensal da vantagem - mensalmente.

Impende antecipar que o **E. STJ, em publicação no DJ em 08-03-2010**, entendeu que o estelionato previdenciário conta-se o prazo prescricional

da data do recebimento da última parcela do benefício indevido, verbis:

PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. CONFIGURAÇÃO DA PERMANÊNCIA. TERMO A QUO. ÚLTIMA PARCELA RECEBIDA. NÃO-OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, ensejando a percepção sucessiva e irregular de benefícios previdenciários, constitui crime permanente. A Sexta Turma, por sua vez, vem sufragando, em recentes julgados, o entendimento de que tal delito é instantâneo de efeitos permanentes.

2. Filiando-me, todavia, à exegese consolidada pela Quinta Turma, é de se reconhecer que, nos termos do art. 111, III, do Código Penal, a prescrição somente começa a correr do dia em que cessa a permanência.

3. Condenado o réu à pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, o prazo prescricional ocorre em 8 anos, nos termos dos arts. 109, IV e 110, § 1º, ambos do Código Penal, lapso não consumado entre a data da percepção do último benefício irregular, o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

4. Ordem denegada (Habeas Corpus nº 152.150/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, julgado em 04/02/2010, publicado no DE em 08/03/2010)

Mais, em acórdão recentemente publicado - julho de 2010 -, o e. STF ratificou o que há muito sustentamos: que aquela Corte diferenciava as hipóteses de fraudes quando se tratava de beneficiário e de servidor do INSS:

PRESCRIÇÃO - CRIME INSTANTÂNEO E CRIME PERMANENTE - PREVIDÊNCIA SOCIAL - BENEFÍCIO - RELAÇÃO JURÍDICA

## CONTINUADA - FRAUDE.

Enquanto a fraude perpetrada por terceiro consubstancia crime instantâneo de efeito permanente, a prática delituosa por parte do beneficiário da previdência, considerada relação jurídica continuada, é enquadrável como permanente, renovando-se ante a periodicidade do benefício. (HC 99112/AM, rel. Min. Marco Aurélio, 20.4.2010, julgado em 20/04/2010 e DJ em 1º/07/2010)

A ementa (acima) é clara e reflete (efetivamente) o resultado dos debates travados no âmbito do E. STF.

De destaque o que disse o Ministro-Relator **(para o que sempre alertamos, mas nunca atendidos)** na complementação de voto (em anexo):

“Devo penitenciar-me e dizer que praticamente induzi a defesa, na sustentação, a erro, porque, como os casos se repetem, Presidente, **determinei ao gabinete que** lançasse ementa padronizada, e assim se procedeu como se o crime tivesse sido cometido não pelo próprio beneficiário dos proventos – o acusado –, mas, sim, por terceiro [...]”

De qualquer modo, se alguma dúvida pairar, para melhor elucidar a discussão que se travou, transcreve-se o voto-condutor, acompanhado, à unanimidade, do Relator Min. Marco Aurélio no acórdão, verbis:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No mais, reitero o que tive oportunidade de consignar, **distinguindo o crime instantâneo de efeito permanente da prática delituosa**, ao indeferir medida acauteladora. (...)”

Observem a variedade de situações. Mostra-se impossível confundir o crime instantâneo de efeito permanente com a prática delituosa que se projeta no tempo.

Na espécie, o paciente, beneficiário do resultado do crime, foi condenado por estelionato. Ora a tipologia definida no art. 171 do Código Penal indica que, **enquanto se mantém outrem em erro, mediante artifício ou qualquer outro meio fraudulento, há a prática criminosa. Uma coisa é terceiro vir a implementar fraude para uma pessoa diferente lograr o benefício.**

Em relação a ale, considerada a fraude, considerada a participação delimitada no tempo, configura-se crime instantâneo de resultados permanentes. Algo diverso é a

**atuação do próprio beneficiário do resultado do delito. Nessa hipótese, ante o tipo do artigo 171 do Código Penal, o caso concreto revela crime permanente.**

Vale dizer, enquanto existir a obtenção da vantagem, presente parcelas sucessivas, o prejudicado fica mantido no erro dosado penalmente. Confiram com o que decidiu pelo Tribunal Pleno no julgamento do Habeas Corpus nº 86.467-8/RS, no qual funcionei como relator, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 22 de junho de 2007.

Na ementa, confeccionada, referi-me aos seguintes precedentes: *Habeas Corpus* nº 75.053/SP, 79.744-0/SP e 84.998/RS bem como Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma – os dois primeiros – e a Primeira Turma – os dois últimos –, cujos acórdãos foram veiculados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente.

Ressalto que o Habeas Corpus nº 82.965-1/RN, relatado pelo Ministro Cezar Peluso na Segunda Turma, no qual houve a conclusão sobre a natureza instantânea do crime, considerado o artigo 171, §3º, do Código Penal, envolveu terceiro que, como o testemunho, viabilizaria prática criminosa”.

Analisando o voto-condutor ficar mais do que **crystalino que nunca o Plenário do E. STF decidiu que o delito de estelionato previdenciário, praticado pelo beneficiário da fraude, era instantâneo**, e sim permanente (adiante teceremos outras considerações).

De outro lado, fundamental referir que foi publicado aresto do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (reproduzindo outros anteriores, sobretudo as ementas, que se reportam a ementas do STF – **todas equivocadas**, como se demonstrará) assim resumido:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ESTELIONATO CONTRA O INSS. ART. 171, § 3º, DO CP. PREVALÊNCIA DA DOSIMETRIA DA PENA DO VOTO VENCIDO. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 580 DO CPP. APLICAÇÃO. [...] 2. Considerando a linha de orientação adotada pelo STF, fixou a Quarta Seção desta Corte, majoritariamente, o entendimento no sentido de que nos ditos estelionatos de rendas, deve-se tomar, tanto para o falsificador quanto para o beneficiário, como marco inicial do prazo

**prescricional a data do primeiro pagamento do benefício, por se tratar de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes.** [...] *(Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2005.70.00.010752-9-PR, Relator Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, 4ª Seção, por maioria, julgado em 17.12.2009, publicado no DJ em 17.02.2010)*

Há se ver que do voto-condutor prevalente na decisão acima mencionada, extraem-se os seguintes fundamentos (quanto ao que interessa aqui):

[...] Nesse passo, e considerando a **linha de orientação adotada pelo STF (HC 85601/SP, Segunda Turma, rel. Min. CEZAR PELUSO, Dje 30/11/2007)**, fixou a Quarta Seção desta Corte, majoritariamente, o entendimento no sentido de que nos ditos estelionatos de rendas, deve-se tomar, tanto para o falsificador quanto para o beneficiário, como marco inicial do prazo prescricional, a data do primeiro pagamento do benefício, por se tratar de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes (**Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2003.71.14.001458-0/RS**, rel. Des. Federal AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, julgado em 19/03/2009). [...]

Analisemos, então, os “precedentes” invocados, a partir do julgado da Egrégia 4ª Seção, constando no voto-prevalente, do e. Relator à época:

[...] Para a solução do julgado, realizo que o estelionato praticado para auferimento indevido de benefício previdenciário de trato sucessivo configura-se crime instantâneo, consumando-se com o pagamento da primeira parcela do benefício, na esteira de **entendimento firmado no pleno do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 86.467/RS**, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 22/6/07.

Calha trazer precedentes desta Corte no sentido: PENAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. PERCEPÇÃO INDEVIDA DE AUXÍLIO RECLUSÃO. ART. 171, § 3º, DO CP. CRIME INSTANTÂNEO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO DA PRIMEIRA PARCELA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Na linha do atual entendimento do Pleno do STF (HC 86.467/RS), nos ditos estelionatos de rendas, deve-se tomar como marco inicial do prazo prescricional a data do primeiro pagamento do benefício, por se tratar de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes.

2. No caso, tendo em vista a pena imposta na

sentença, a prescrição ocorre em quatro anos (art. 109, V, CP), lapso temporal já transcorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.

3. Extinção da punibilidade. (Questão de Ordem na ACR nº 2004.71.12.005057-0/RS, TRF4ªR, Sétima Turma, unânime, DJ 01/10/2008)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. DELITO INSTANTÂNEO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. RECEBIMENTO DA PRIMEIRA PARCELA DO BENEFÍCIO INDEVIDO. PRESCRIÇÃO CONSUMADA.

1. Compreendeu o Plenário do Supremo Tribunal Federal que o estelionato previdenciário é crime instantâneo, não transmutando em permanente o fato de terceiro havê-la utilizado de forma projetada no tempo (**HC 86467**).

2. Aos co-autores do crime tem-se idêntico momento consumativo e termo inicial de prescrição, pelo que a tese de crime instantâneo aplica-se tanto ao colaborador da fraude como ao que recebe mensalmente os benefícios indevidos.

3. Consuma-se o estelionato previdenciário, desse modo, com o primeiro recebimento do indevido benefício previdenciário, ainda que se trate de vantagem diferida no tempo, em parcelas mensais, desde então correndo a prescrição para todos que colaboraram com tal crime.

4. Prescrição reconhecida uma vez que entre a data do recebimento da primeira parcela do benefício e o recebimento da denúncia transcorreu lapso de tempo superior a quatro anos, tomando-se por base a pena imposta na sentença, o que importa em um prazo prescricional relativo a quatro anos (art. 109, V, do CP). (ACR nº 2002.70.00.037433-6/PR, TRF4ªR, Sétima Turma, DJ 05/09/2007)

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, §3º, DO CP). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM CTPS. CRIME INSTANTÂNEO. DOLO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE UM DOS CO-RÉUS PARA O CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO. CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333 DO CP). ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317 DO CP). DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTES (ART. 62, I, E ART. 61, II, ALÍNEA "G", AMBOS DO CP). VALOR DO DIAMULTA. SUBSTITUIÇÃO. PERDIMENTO DE CARGO. REQUISITOS.

2. O estelionato praticado para a obtenção de benefício previdenciário de trato sucessivo, quando analisada a conduta do agente responsável pela inserção de dados falsos no sistema informatizado do INSS, é crime instantâneo. Precedentes do STF. (ACR nº 2001.71.08.007627-8/RS, TRF4ªR, Oitava Turma, DJ 08/01/2009)

Do STF são dois precedentes invocados como paradigmáticos: o HC nº 85.601-SP e o HC nº 86.467.

**Atente-se:** este último (HC nº 86.467) foi igualmente adotado no precedente exarado no dia 31 de agosto próximo passado.

Prosseguindo.

No HC nº 86.501-SP, consta da ementa:

“AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação da pensão indevida. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva. (HC 85.601-SP, Relator Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, julgado em 06.11.2007, publicado no DJ em 30.11.2007)

Da leitura apenas da “ementa”, pode-se pensar (e sustentar) que o Egrégio STF teria mudado de entendimento a respeito da modo de cálculo da prescrição. Salvo melhor juízo, não mudou (como dito alhures), pois atente-se ao que disse o voto-condutor:

[...] o delito imputado ao paciente – estelionato, com causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal – consumou-se com a concessão da aposentadoria, em agosto de 1984. Nesse instante, reuniram-se todos os elementos do tipo – emprego de meio fraudulento, induzimento em erro, vantagem ilícita e prejuízo alheio –, realizando-se, de forma perfeita, a figura típica descrita no art. 171 do Código Penal, com a causa de aumento prevista no § 3º.

**Os fatos sucessivos, ou seja, os recebimentos do benefício previdenciário mês a mês, poderiam, em tese, se os houvesse descrito**

**ou narrado a denúncia, configurar crimes autônomos de estelionato, concatenados em concurso formal, ou em continuidade delitiva, pois terá o paciente realizado, a cada mês, outra ação, agora já não induzindo, mas, sim, mantendo em erro a Seguridade Social, para receber o benefício indevido. [...]**

Noutras palavras, o (suposto e invocado) **leading case reconheceu a prescrição no caso concreto (malgrado a defeituosa redação da ementa) porque não havia sido narrado na denúncia as percepções sucessivas.** Mas é indubitável que reconheceu, em tese, de forma muito clara, que elas podem caracterizar o crime continuado, desde que “narrados os fatos sucessivos” – as percepções mês a mês.

Como se vê, e com a máxima vênia, o venerando julgado do E. TRF da 4ª Região (e também, paradoxalmente, alguns do próprio STF) invocou precedente (a “ementa”) sem atentar para a “particularidade do caso concreto”.

Já no HC nº 86.467 (repita-se: invocado no “último precedente”, de 31 de agosto), tem-se na ementa:

PRESCRIÇÃO. APOSENTADORIA. FRAUDE PERPETRADA. CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES VERSUS CRIME PERMANENTE. DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos – artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: Habeas Corpus nº 75.053-2-SP, 79.744-0-SP e 84.998-9-RS e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.446-9-RS, por mim relatados perante a Segunda Turma – os dois primeiros – e a Primeira Turma – os dois últimos –, cujos acórdãos foram publicados no Diário de Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente”

No informativo que precedeu à publicação da ementa acima, tem-se o seguinte, um pouco mais esclarecedor do que tratava:

**“Natureza do Crime de Estelionato contra a Previdência.** A Turma concluiu

juízo de julgamento de habeas corpus em que condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do CP pretendia a declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, haja vista que o **delito fora cometido em 4.10.94 e a denúncia recebida em 23.11.99**. Tratava-se de writ impetrado contra decisão do Presidente do STJ que negara seguimento a recurso ordinário ao fundamento de não restar atendida a exigência constitucional estabelecida pelo art. 102, II, a, qual seja, cuidar-se de decisão colegiada de Tribunal Superior — v. Informativo 461. Tendo em conta que a pena aplicada seria inferior a 2 anos e que já transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (CP, art. 109, V), deferiu-se a ordem para fulminar, ante a prescrição retroativa, a pretensão punitiva. Inicialmente, salientou-se que a interposição de recurso ordinário pressupõe decisão de Tribunal Superior formalizada por colegiado e que, na espécie, seria cabível agravo contra o ato individual do relator indeferindo o habeas. **Quanto à prescrição, informou-se que o paciente fora condenado por haver viabilizado, mediante fraude e na qualidade de servidor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o reconhecimento de benefício previdenciário. Considerou-se que a fraude perpetrada pelo agente consubstancia crime instantâneo de resultados permanentes, não obstante tenha repercutido no tempo e beneficiado terceiro.** Precedente citado: HC 80349/SC (DJU de 4.5.2001). (HC 86467/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 23.4.2007, Informativo n. 464, de 03 de maio de 2007)

**Portanto, pode-se visualizar que, no caso, havia outra particularidade.** O E. STF estava apreciando a atuação de funcionário do INSS que falsificou dados para o beneficiário ter as prestações periódicas a título de aposentadoria por tempo de serviço. Em tal caso, o **Pleno do STF assentou que o delito de estelionato é instantâneo (unicamente) para quem pratica a fraude**, deixando bem claro (e basta ver os debates, todos registrados – vide abaixo) que a decisão caminhava no sentido que firmado porque se tratava do servidor do INSS, não do segurado (que, mês a mês, se narradas as condutas, cometeria vários crimes). Confirma-se o teor do julgado, na parte que interessa:

[...] Quanto à prescrição, observem

que o ora paciente foi condenado tendo em conta a circunstância de, mediante fraude e na qualidade de servidor do instituto, haver viabilizado o reconhecimento do benefício. Então, forçoso é concluir que o crime se mostrou instantâneo, pouco importando a repercussão no tempo. Aliás, surge verdadeiro paradoxo. Relativamente ao crime de corrupção passiva – artigo 317 do Código Penal –, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada – também de um ano e oito meses de reclusão. O mesmo não aconteceu no tocante ao estelionato, confundindo-se institutos – o crime instantâneo de efeitos permanentes e o permanente. Potencializou-se, a mais não poder, o fato de o beneficiário da fraude perpetrada pelo paciente haver logrado parcelas mensais que somente cessaram em dezembro de 1995.

Valendo-se de outro “precedente” (melhor seria dizer: da “ementa”), prosseguiu o relator citando seu voto no HC nº 80.349-1-SC (que também tratava exclusivamente de fraude perpetrada por servidor do INSS):

É fato incontroverso, porquanto constante da sentença de folha 22 à 27 e do acórdão de folha 28 a 30, haver sido o paciente condenado como incurso no artigo 171 do Código Penal, **pela fraude referente à data de nascimento da segurada Francelina Pereira Dias que, assim, veio a alcançar o benefício da aposentadoria pelo implemento dos sessenta e cinco anos.** [...] Indaga-se, na espécie, sobre o preceito de regência. Até aqui, prevalece a óptica da configuração, no caso, de crime permanente, e a projeção no tempo estaria estampada na percepção não pelo paciente, mas pela segurada, do benefício da aposentadoria. **Há de se distinguir a hipótese.** [...]

Ter-se-ia, na espécie, a promessa de voto pela segurada. Ora, a fraude verificada, com a adulteração da certidão de nascimento da segurada, mostrou-se crime instantâneo, muito embora vindo a repercutir no tempo, no que logrou ela o benefício da aposentadoria e a satisfação de prestações periódicas. **O paciente respondeu unicamente pela fraude, e aí não se pode deixar de enquadrar no caso no disposto no inciso I do artigo 111 do Código Penal. Começa a correr a prescrição do dia em que o crime se consumou.** A hipótese, dadas tais premissas, não é nova, já havendo a Turma decidido sobre a matéria, em acórdão assim sintetizado: [...]

Seguiram-se os debates entre os ministros,

inclusive com afetação da **questão ao Plenário**, cabendo destaque para os **seguintes excertos (fundamentais para a solução do problema):**

[...] O Senhor Ministro Carlos Britto – Senhor Presidente, no HC nº 83.967, Relatoria da Ministra Ellen Gracie, a Segunda Turma assentou num caso idêntico que esse crime é típico da natureza permanente da conduta.

[...]

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): **Aqui, estamos examinando a conduta do funcionário.**

[...]

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: **Limitou-se àquele ato, se o paciente fosse ao mesmo tempo beneficiário, o crime, a meu ver, seria permanente, mas a participação dele foi apenas episódica, pontual.**

[...]

O Senhor Ministro Marco Aurélio (relator). E torno a frisar: **o envolvido na espécie não é o beneficiário**, mas aquele que, no âmbito do instituto, falsificou dados para o beneficiário ter as prestações periódicas. **Quanto ao crime perpetrado pelo paciente, ele é instantâneo e se consumou naquela época.** [...]

O Senhor Ministro Carlos Britto – **Este processo tem essa particularidade.**

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente): **Neste caso, é o agente administrativo.**

O Senhor Ministro Cezar Peluso: Agente administrativo que propiciou ao co-denunciado, que era o beneficiário. [...]

O Senhor Ministro Marco Aurélio (relator): **há distinção no tocante aos agentes.**

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Permita-me Vossa Excelência a recordação do que está cansado de saber: **o critério é se o agente pode, a qualquer tempo, cessar o estado de permanência. Ora, o aposentado pode, após ter recebido diversas prestações, deixar de fazê-lo, mas o servidor não.** [...]

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Agora, só a prescrição. Não tenho dúvida de que, **neste caso do funcionário, o crime é instantâneo, se consuma, se cogita de crime patrimonial, com a primeira recepção**, se se pratica apenas o crime da corrupção que, à primeira vista, esgotaria a qualificação penal do fato, que é a corrupção passiva “consumada” pela

prática do ato de ofício [...]

**Em julgado posterior, HC nº 82.965**, da lavra do Ministro César Peluso, **(re)afirmou-se** o entendimento do Pleno, estando assim vazada a ementa do aresto:

**AÇÃO PENAL.** Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. **Estelionato contra a Previdência Social.** Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. **Crime instantâneo de efeitos permanentes.** Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação da pensão indevida. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. **Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP.** HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, **consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva.** (HC 82.965-1/RN, Rel. Min. César Peluso, 2ª Turma, unânime, julgado em 12.02.2008 DJe 28.03.2008).

No voto condutor **restou assentado de forma bastante cristalina a configuração de crimes autônomos de estelionato, uma vez que no caso lá retratado os fatos sucessivos (tal como no “precedente invocado” no HC nº 85.601)**, isto é, os recebimentos do benefício previdenciário mês a mês comprovam a realização de outra ação, não mais sendo induzido em erro a autarquia, e sim mantendo-se em erro a Seguridade Social para a percepção do benefício de forma indevida. Veja-se o teor do voto condutor nessa parte que interessa ao presente caso:

“É o momento da consumação do delito que lhe dita caráter instantâneo ou permanente. No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma o delito, realiza-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No permanente, o momento da consumação é que se prolonga por período mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação. Não se deve, pois, confundir a execução mesma do crime com a sua consequência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea, mas aí, o que dura – e,

como tal se diz permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a consequência, se tem o chamado *crime instantâneo de efeito permanente*, que difere do crime permanente, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo:

‘Pode a situação por ele [crime instantâneo] criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o fato, não a fase da consumação. Fala-se, então, em crime instantâneo de efeito permanente’.

Nota característica do crime permanente é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância a faça cessar. No caso de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-lo cessa o agente.

3. É o caso dos autos. O delito imputado ao paciente – estelionato, com a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal – consumou-se com a concessão da aposentadoria, em novembro de 1985. Nesse instante, reuniram-se todos os elementos do tipo – emprego de meio fraudulento, induzimento em erro, vantagem ilícita e prejuízo alheio -, realizando-se, de forma perfeita, a figura típica descrita no art. 171 do Código Penal, com a causa de aumento prevista no § 3º.

Os fatos sucessivos, ou seja, os recebimentos do benefício previdenciário mês a mês, poderiam, em tese, se os houvesse descrito ou narrado a denúncia, configurar crimes autônomos de estelionato, concatenados em concurso formal, ou em continuidade delitiva, pois terá a co-ré realizado, a cada mês, outra ação, agora já não induzindo, mas, sim, mantendo em erro a Seguridade Social, para receber a pensão indevida.”

Em doutrina colhemos a lição de Cezar Roberto Bitencourt<sup>1</sup> a respeito da temática, verbis:

‘Discute-se sobre a possibilidade de o estelionato apresentar-se, excepcionalmente, como crime permanente, em especial no caso de utilização de certidões falsas para o recebimento de benefício do INSS. Com acerto, no entanto, o Ministro Marco Aurélio concebeu-o como crime instantâneo com efeitos permanentes. Em nossa concepção, com efeito, essa é a orientação correta,

ou seja, via de regra o estelionato pode apresentar-se como crime instantâneo de efeitos permanentes e, na hipótese de repetição, quer com a utilização de certidões falsas perante o INSS, que como recebimento dos proventos, caracteriza-se somente crime continuado: repetição de ação não se confunde com permanência, a despeito do entendimento adotado pelo STJ no acórdão citado”.

Cumprido lembrar – por essencial para concluir o raciocínio – as palavras de **Nelson Hungria e Heleno Fragoso** no sentido de que a manutenção em erro ocorre por *"conduta astuciosa ou omissiva do dever éticojurídico de o revelar"*, dando-se causa para que a vítima não se liberte do engano a que foi mantida ou induzida.

**O delito de estelionato é um crime instantâneo, em regra**, isto é, sua realização se dá com o cometimento da ação prevista no tipo, vale dizer, se realiza instantaneamente com a prática da conduta típica. Segundo Assis Toledo, crimes instantâneos são aqueles que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis. Crimes permanentes são os que, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de cessar o estado antijurídico por ele realizado. Há, ainda, a classificação em delitos instantâneos de efeitos permanentes. Estes últimos são os que não a conduta do agente, mas o resultado da ação é permanente.

Nos casos de percepção de benefícios previdenciários de forma continuada, mensalmente o INSS – **iludido pela reiterada e dolosa omissão** - deposita os valores que entendia devidos ao beneficiário e **este, mantendo em erro a autarquia, saca os valores mensalmente, obtendo (nova) vantagem indevida, que, por isto, se caracteriza como novo crime (nova vantagem pelo dolo no silêncio)**.

Com efeito, entende-se que as **várias ações (saques dos valores), procedidas das omissões de não avisar a Previdência Social de que a mantinha em erro (domínio do fato), configuram vários delitos de estelionato**, que se resolve com a aplicação da benesse legal da continuidade delitiva.

Vale lembrar que o exemplo típico de crime permanente é o delito de sequestro. A permanência irá cessar quando o réu terminar a ação antijurídica e

devolver a liberdade à vítima. O exemplo clássico de crimes instantâneos de efeitos permanentes é o de homicídio, cujo resultado (morte) é irreversível, portanto permanente, mas seguramente marcado por um momento consumativo certo.

Assim, como se demonstrou, a decisão do E. STF só não reconheceu a circunstância do delito eventualmente permanente “nos precedentes” porque não estava narrado na denúncia ou reconhecido na sentença. Só por isto!

Em síntese:

**a) no HC nº 86.467-8 (Plenário, 23.04.2007):** a análise era exclusivamente em relação à ação do servidor do INSS que concedeu o benefício fraudulento;

**b) no HC nº 85.601-2 (2ª Turma, 06.11.2007):** a denúncia do caso concreto se limitara a imputar ao beneficiário apenas a percepção da primeira parcela, mas o voto-condutor deixou claro que se houvesse sido narradas as percepções sucessivas, haveria continuidade delitiva;

**c) HC nº 82.965-1 (2ª Turma, 12.02.2008):** exatamente idêntico ao HC nº 85.601;

**d) HC nº 80.349-1 (2ª Turma, 18.12.2000):** estava-se analisando unicamente a conduta do servidor do INSS fraudador;

**e) HC nº 79.744 e HC nº 75.032** (ambos citados como precedentes na ementa do HC nº 86.467): tratavam exclusivamente da fraude na concessão da aposentadoria.

Como se vê, máxima venia da insistência, da leitura do que efetivamente decidido nos casos concretos, extrai-se que, em nenhum deles, **o STF assentou que a prescrição, se narradas na denúncia as percepções sucessivas (várias fraudes mês a mês), contaria da primeira parcela ilicitamente recebida.**

Tal entendimento é corroborado pelo precedente recentíssimo do STF no HC nº 99.112-AM,

notificado em 28 de abril de 2010, e antes destacado.

Na linha do que insistentemente explanado o (“suposto”) dissídio jurisprudencial **(na verdade não há dissídio, mas, respeitosamente, não compreensão do que foi efetivamente decidido pelo STF)**, outro precedente do E. STJ, que aborda a temática ora em comento, verbis:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CRIME PERMANENTE. DIES A QUO PARA A CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS

PRESTAÇÕES INDEVIDAS. INEXISTÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETRO-ATIVA.

1. A consumação do crime de estelionato contra a Previdência Social, com a prática de fraude para obtenção de benefício previdenciário de forma sucessiva e periódica, é de natureza permanente.

2. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário, nos termos do art.

111, inciso III, do Código Penal.

Dessa forma, não se verifica, no caso, a prescrição retroativa.

3. Ordem denegada. (*Habeas Corpus nº 146.692/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 17.11.2009, publicado no DJ em 14.12.2009*)

Assim, as condutas devem ser tidas como **vários delitos autônomos, em continuidade delitiva, e, por isso, a prescrição deve ser contada de cada fato** – recebimento mensal da vantagem.

Em conclusão: é hora de se atentar mais acuradamente à dogmática do crime em voga, bem assim ao que efetivamente foi decidido, cuidando-se para não se incorrer na interpretação das ementas (ainda mais quando mal redigidas e quando não traduzem a realidade do que assentado).

*“...da leitura do que efetivamente decidido nos casos concretos, extrai-se que, em nenhum deles, o STF assentou que a prescrição, se narradas na denúncia as percepções sucessivas (várias fraudes mês a mês), contaria da primeira parcela ilicitamente recebida.”*

## Acessibilidade a Cargos e Empregos Públicos e Reserva de Vagas para Pessoas com Deficiência: uma Abordagem Preambular

Nicolao Dino Neto

Procurador Regional da República - 1ª Região. Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União. Mestre em Direito.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB

### I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A integração social de pessoas com deficiência compõe o rol das principais preocupações ligadas à efetivação de políticas públicas de redução de desigualdades e promoção de justiça cidadã. A ideia sempre atual de realização da igualdade mediante tratamento desigual dos indivíduos, na medida das desigualdades existentes, constitui o vetor central da política de inclusão, sinalizando o caminho para a identificação das barreiras, físicas ou não, a serem superadas, com vistas à efetivação da igualdade substantiva.

O presente texto propõe-se a examinar um pequeno fragmento da problemática, qual seja a garantia de acesso ao trabalho no âmbito da Administração Pública, cuja regra matriz se encontra no artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Anuncie-se, desde já, o recorte feito no tema, reduzindo, assim, expectativas do leitor em relação a um exame mais profundo da matéria. Para simplificar, formulam-se as seguintes questões para desenvolvimento: 1. Qual é a estratégia legalmente estabelecida para acessibilidade de pessoas com deficiência a cargos ou empregos públicos? De que forma o ordenamento jurídico assegura efetividade a essa política de integração? 2. Se a Administração anunciar determinado número de vagas a preencher no serviço público e realizar concurso público simultâneo para provimento de cargos ou empregos diversos, com requisitos específicos (ex: biblioteconomistas, técnicos administrativos, economistas etc.), editando um único regulamento, qual deverá ser a providência administrativa correta para a reserva de vagas para pessoas com deficiência: 2.1. levar em conta o total das vagas ofertadas, considerando-se o somatório de todos

os cargos/empregos a serem providos, ou 2.2. aplicar o percentual definido em relação a cada grupo de cargos/empregos isoladamente considerado? 3. Se do cálculo do percentual de vagas para pessoas com deficiência fixado no regulamento do certame resultar número fracionário, como deve agir a Administração quanto à possibilidade de arredondamento? 3.1. E se o número encontrado for inferior a um, como proceder? 4. Em face de número reduzido de vagas a prover, a Administração pode abster-se de realizar reserva de vagas para pessoas com deficiência? É o que será visto a seguir.

### II – DIRETRIZES LEGAIS E REGULAMENTARES PARA ACESSO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS

Seguindo a diretiva constitucional (art. 37, VIII), a Lei nº 7.853/89 estabelece que o Poder Público deve assegurar “às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.” (art. 2º, caput). Para a área do trabalho, referido diploma legal impõe a adoção de medidas tendentes a viabilizar “legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência (art. 2º, parágrafo único, III, ‘d’).

É nesse contexto normativo que, na esfera

federal, também se encaixa a Lei nº 8.112/90, a qual, no art. 5º, §2º, assegura o direito às pessoas com deficiência a “inscrever-se em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras”, prescrevendo a reserva de “até 20% das vagas oferecidas no concurso”.

Considerando que a organização político-administrativa da República Federativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos dotados de autonomia (CF, art. 18), cada um desses entes políticos detém competência para dispor sobre seu regime de pessoal, observadas as balizas constitucionais, entre as quais se destaca a regra do art. 37, VII. Para exemplificar os tratamentos diferenciados da matéria, o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado da Bahia estabelece, no art. 8º, §2º, que às pessoas portadoras de deficiência “é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência que apresentam, sendo-lhes reservadas até 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas no concurso, desde que a fração obtida deste cálculo seja superior a 0,5 (cinco décimos)”.

O Decreto Federal nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, veicula disposições importantes acerca da participação em concurso público, com ênfase à efetivação da ideia de igualdade de condições. Entre tais regras, destacuem-se a explicitação do percentual mínimo de 5% (cinco por cento) de vagas a serem reservadas (art. 37, §1º) e a previsão de que, caso a aplicação do percentual resulte em número fracionado, haverá a elevação para o primeiro número inteiro subsequente (art. 37, §2º). Essas normas pautarão a Administração Pública como um todo na definição de reserva de vagas para pessoas com deficiência em certames para provimento de cargos ou empregos públicos. Na esfera federal, o percentual máximo, como já dito, é de 20% (vinte por cento).

### III – PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE RESERVA DE VAGAS

Há situações em que a Administração Pública organiza um grande certame para provimento de inúmeras vagas relativas a cargos ou empregos diversos, com requisitos distintos, relacionados com o grau de

instrução (nível médio ou superior), ou com o tipo de formação profissional. Para ilustrar o raciocínio, num concurso que ofereça, por exemplo, 200 (duzentas) vagas, a metade poderá ser ofertada para cargos de nível médio (auxiliar administrativo, p.ex.) e a outra metade destinada a cargos de nível superior, subdividida entre profissionais da área da Economia (vinte), Matemática (dez), do Direito (dez), da Engenharia Elétrica (quinze), da Computação (dez), Biblioteconomia (cinco), Estatística (três), Geografia (cinco), Engenharia Florestal (cinco), das Ciências Contábeis (cinco) e de Administração (doze). Nesse caso, se for definido, pela Administração Pública, o percentual de 5% (cinco) por cento de vagas reservadas para pessoas com deficiência, dois cenários podem surgir: a) incidência do percentual sobre o total de vagas, resultando dez vagas reservadas para pessoas com deficiência, ou b) incidência do percentual sobre cada agrupamento de vagas relativas aos cargos a serem providos, consoante seus requisitos de admissão.

A primeira alternativa apresenta um problema adicional. É que, definida reserva de dez vagas ( $200 \times 5\% = 10$ ), caberia à Administração, com base na discricionariedade, distribuí-las entre as diversas carreiras, comprometendo, destarte, o exercício do direito à reserva especial por parte daqueles profissionais detentores de formação específica para áreas não contempladas com vagas. Nessa linha, a discricionariedade converter-se-ia em arbítrio, em face da ausência de critérios claros para justificar a opção do administrador pela alocação de vagas nesta ou naquela categoria funcional.

Por outro lado, a segunda opção (incidência do percentual sobre cada agrupamento de vagas relativas aos cargos a serem providos, consoante seus requisitos de admissão) revelaria outra dificuldade, pois em algumas categorias acima exemplificadas (p.ex., engenheiro florestal, direito, estatística) a aplicação do percentual de cinco por cento sobre o número de cargos oferecidos a concurso resultaria número fracionário inferior a um.

A solução, nesse caso, poderia ser simplesmente o arredondamento para o primeiro número inteiro, tal como previsto no art. 37, §2º, do Decreto nº

3298/99, daí decorrendo a garantia de pelo menos uma vaga em cada agrupamento de cargos, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 227299/MG, Relator Ministro Ilmar Galvão.<sup>1</sup>

Todavia, em momento posterior, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS nº 26.310, Relator Ministro Marco Aurélio, sinalizou ainda que por maioria de votos, no sentido da inviabilidade dessa medida, por considerar que o arredondamento de resultado inferior a um número inteiro implicaria, no caso concreto, elevação do percentual de 5% (cinco por cento), que havia sido fixado para o certame. “Por encerrar exceção” – diz a ementa do acórdão – “a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas”.<sup>2</sup>

O arredondamento para um número inteiro representa, sem dúvida, o ideal de maior acessibilidade de pessoas com deficiência a cargos/empregos públicos, e expressa o cumprimento da norma constitucional.

O óbice apontado na posição majoritária do STF no julgamento do MS nº 26.310, merece ser revisto. No raciocínio ali desenvolvido, o arredondamento para o primeiro número inteiro tangenciaria o regulamento do concurso que venha adotar o percentual de cinco por cento e, em muitas situações, pode acarretar a extrapolação do percentual máximo legalmente estipulado (20%). Ora, por um simples critério de hierarquia normativa, não haveria nisso qualquer problema, tratando-se, tão somente, de dar cumprimento à norma constitucional. Essa, aliás, foi a tônica dos votos vencidos dos Ministros Menezes Direito e Carmen Lúcia.

Todavia, o impasse entre essas duas vertentes abre caminho para reflexão sobre os critérios a serem utilizados pela Administração Pública na definição do percentual de vagas para pessoas com deficiência.

Relembre-se, antes de tudo, que a investidura em cargo ou emprego público está subordinada a concurso, vedada a transposição de cargos/empregos de carreiras distintas (STF, súmula nº 685). Isso impõe que se leve em conta, para fins de determinação de reserva

de vagas para pessoas com deficiência, os cargos ou empregos disponíveis, e não o número global de vagas no serviço público envolvendo cargos diversos.

Dessa forma, à expressão vaga, presente no art. 5º, §2º, da lei 8.112/90, e no Decreto nº 3.298/99 (art. 37), não se deve dar uma interpretação literal. Deve-se fixar o percentual a ser destinado a pessoas com deficiência com base no quantitativo de cargos vagos. Aliás, o art. 37, VIII, da Constituição conduz a esse entendimento ao assinalar que a lei reservará percentual de cargos e **empregos públicos** para pessoas com deficiência.

A norma constitucional que trata da matéria (CF, art. 37, VIII) é de eficácia limitada. A regra que a regulamenta, conferindo-lhe aplicabilidade na esfera federal (Lei 8.112/90, art. 5º, §2º), estabelece o percentual máximo de 20% (vinte por cento) para a reserva de vagas. A Administração, na regulamentação do concurso, não pode fixar, em princípio, critérios que ampliem, ainda que por via transversa, esse percentual, sob pena de cometimento de ilegalidade.

Mas se, na dicção majoritária do Supremo Tribunal Federal, no MS nº 26.310, o arredondamento para número superior encontraria barreira no teto legal de 20% (vinte por cento), o ato de não reservar vaga para pessoa com deficiência ao argumento de não ser possível a ampliação do percentual fixado no regulamento do concurso, significa lesão ainda maior a um direito constitucionalmente estabelecido, frustrando a efetividade de importante política pública de inclusão social e de promoção de igualdade substantiva.

Embora de eficácia jurídica limitada – com sua aplicabilidade subordinada à edição de lei futura – a norma do art. 37, VIII, CF (“a lei reservará percentual dos cargos ou empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências e definirá os critérios de sua admissão”) é, ainda na conhecida classificação de José Afonso da Silva, de natureza **impositiva**. Vale dizer, “*determina[m] ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa...*”<sup>3</sup>

Indo mais além na identificação dessa norma, tem-se no art. 37, VIII, CF, uma disposição normativa de grande relevância social que remete a um direito encartável na categoria dos direitos sociais de

cidadãos/trabalhadores portadores de deficiência, ancorado, por sua vez, no postulado da isonomia e na ideia-matriz de redução de desigualdades e de uma adequada política de inclusão social.

Trata-se, ademais, de expressão de um direito fundamental disperso (“fora do catálogo”) de pessoas com deficiência, num desdobramento da norma-princípio inserta no art. 7º, XXXI, CF: aqui – no inciso XXXI do art. 7º, - a Constituição proíbe a discriminação quanto a critérios de admissão, assegurando isonomia; ali, no art. 37, VIII, a Constituição impõe tratamento diferenciado para, em face da desigualdade material, garantir igualdade jurídica. Em ambas as hipóteses, tem-se a materialização do princípio da igualdade correlacionado com o direito social ao trabalho, numa verdadeira função de *não discriminação*.<sup>4</sup>

Qual deverá ser, então, a atitude da Administração diante da existência de regulamentação do art. 37, VIII, CF, conferindo-lhe eficácia plena? Para responder adequadamente a essa questão, considere-se que a presença, no mundo jurídico-normativo, do art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90, não oferece grande margem de escolha. Vale dizer, uma vez regulado o preceito constitucional atributivo do direito social, a Administração tem o correlato dever jurídico de agir de modo a tornar plenamente efetiva aquela norma da Constituição.

Não se trata de faculdade, repita-se. Trata-se de dever. E dever que, conectado a um direito fundamental, há de ser exercitado com vistas à máxima concretização do mandamento constitucional. Uma norma constitucional deve receber o sentido que expresse seu maior grau de eficácia, na busca da crescente efetividade dos direitos fundamentais, como observa Canotilho, referindo-se ao princípio da interpretação efetiva.<sup>5</sup>

Ora, se o próprio legislador deve portar-se de modo a extrair a máxima concretização do direito fundamental, não se deve admitir que o administrador,

adotando caminho diverso, reduza, no momento da aplicação da norma, as possibilidades de sua efetivação.

O grau de vinculação do Executivo ao direito fundamental previsto em norma constitucional de eficácia limitada não mais sofre o óbice decorrente do fato de esta dirigir-se precipuamente ao legislador, pois, como enfatizado acima, este já se desincumbiu de seu papel, fixando a quota para pessoas com deficiência no patamar máximo de 20%.

A partir daí, a Administração deve exercer sua discricionariedade, mas sem olvidar o fato de que sua margem de escolha – ou liberdade de ação – acha-se inapelavelmente condicionada pela meta de máxima efetivação do direito fundamental.

Assim, a prevalecer a diretriz fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de arredondamento quando o percentual adotado não resultar pelo menos um número inteiro, e, também, a necessidade (rectius, dever jurídico) de estabelecer a quota num percentual que expresse pelo menos um número inteiro, chega-se à conclusão que, diante de quantidade reduzida de cargos ofertados em determinado concurso público, a Administração, sempre que possível, deverá buscar a aplicação de percentual que viabilize a reserva de, pelo menos,

*"... a opção do administrador por um percentual que leve a um resultado final inferior a um inteiro (quando for possível adotar, entre 5% e 20%, um percentual que leve a, pelo menos, um número inteiro) inviabiliza a efetividade da norma constitucional referente à reserva de cargos em concurso público para pessoas com deficiência."*

uma vaga/cargo para pessoa com deficiência.

Desse modo, a Administração, a pretexto de respaldar-se no decreto regulamentar que alude ao patamar mínimo de cinco por cento (art. 37, §2º, Decreto nº 3.298/99), não pode fixar, na regulamentação de um certame, percentual que, em razão do ínfimo número de cargos ofertados no concurso, possa frustrar a diretriz constitucional de reserva de vagas para pessoas com deficiência. Noutras palavras, a opção do administrador por um percentual que leve a um resultado final inferior a um inteiro (quando for possível adotar, entre 5% e 20%, um percentual que leve a, pelo menos, um número inteiro) inviabiliza a efetividade da

norma constitucional referente à reserva de cargos em concurso público para pessoas com deficiência. A discricionariedade, em casos tais, se converte em arbítrio.

Nas demais hipóteses em que, para alcançar um número inteiro, o arredondamento implicar a extrapolação do percentual de 20% (vinte por cento), a melhor solução é a efetivação da norma constitucional, assegurando prevalência a esta, em detrimento de balizadores normativos hierarquicamente inferiores.

A omissão da Administração quanto a essa providência autoriza correção na via judicial, ante o desvio de finalidade verificado em atividade nitidamente marcada pela nota da discricionariedade, ainda que inexista vício de intenção decorrente de má-fé ou coisa semelhante.

A falsa concepção do modo de realização do interesse público consistente na implementação da política de quotas, seja qual for a razão determinante, configura desvio de finalidade. Examinando situações tais, Celso Antonio Bandeira de Mello anota, com propriedade, que *“não se podem descartar hipóteses em que o agente, sem nenhuma intenção de evadir-se à finalidade legal, sem qualquer móvel incorreto, ainda assim, incide em desvio de finalidade, ao valer-se de um dado ato que não era, categoricamente, o próprio para alvejar o fim buscado.”*<sup>7</sup>

#### IV – NOMEAÇÃO DE CANDIDATO DEFICIENTE

O Decreto Federal nº 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, prescreve, no art. 37, caput, que a pessoa com deficiência inscreve-se no concurso público em igualdade de condições com os demais candidatos para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com suas limitações. O §1º desse dispositivo assinala que os candidatos com deficiência concorrerão a todas as vagas, “sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida”. Isso significa, na prática, que os candidatos com deficiência só são convocados para as vagas reservadas se não alcançarem pontuação mínima necessária à nomeação na classificação geral. Daí a regra do art. 42 do citado Decreto, segundo a qual a publicação do resultado final será feita em duas listas: a

primeira, com a pontuação de todos os candidatos, e a segunda com a pontuação dos candidatos com deficiência. Daí, também, a reiteração da conclusão de que os candidatos com deficiência disputam em condições igualitárias com os demais candidatos não deficientes, na exata medida das desigualdades existentes.

A elaboração de duas listas – uma com a classificação geral e outra com a classificação específica dos candidatos com deficiência define a ordem de classificação entre estes últimos candidatos, indicando a ordem em que deverão ser convocados. A regra não estabelece claramente, contudo, o momento da nomeação em face dos demais candidatos, o que acarreta a necessidade de maior detalhamento no regulamento ou no edital do certame.

Em razão disso, inúmeros conflitos têm chegado ao Judiciário, ante disposições regulamentares e editalícias omissas ou obscuras, o que sugere a necessidade, por sua vez, de uma melhor definição legal dessa questão, de modo a reduzir a zona de incerteza aí presente.

O Superior Tribunal de Justiça analisa o tema com frequência, já tendo decidido que a convocação de candidato deficiente com nota final inferior a candidato não deficiente, à luz da lista geral de classificação, não implica indevida preterição deste último, uma vez que a classificação geral não é o único critério a ser considerado, mas também a reserva de vagas especiais, ensejando o alinhamento dos candidatos com deficiência dentro do rol de vagas oferecidas no certame, no percentual que for estabelecido pela Administração (MS nº 8411, Relator Min. Gilson Dipp; MS nº 11.983, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima<sup>8</sup>). Quanto a esse ponto, entendeu, porém, o STJ que a ordem final de classificação não deve ser totalmente desconsiderada para efeito de nomeação dos candidatos.

No julgamento do MS nº 11.983, discutiam-se critérios de preenchimento de vagas por candidatos com deficiência no concurso público para Procurador Federal de 2ª Categoria (Edital nº 01/2005). Foram ofertadas 272 (duzentos e setenta e duas) vagas, tendo sido reservadas 14 (quatorze) para candidatos com deficiência (cinco por cento). Candidatos com

deficiência que, na lista especial, figuravam em terceiro e quarto lugares foram classificados na lista geral na 607ª e 608ª posições, o que implicaria, na prática, a não convocação destes. Tais candidatos pretendiam, no mandado de segurança, que, diante do percentual reservado (5%) e do total de vagas oferecidas (272), a cada dezenove nomeados, um deveria ser candidato com deficiência, de acordo com a ordem da lista especial.

O STJ negou, nesse ponto, a pretensão por maioria de votos, ao entendimento de que se prevalecesse tal raciocínio, “seria conferida primazia sem amparo legal na medida em que, na hipótese, o último colocado entre os portadores de deficiência figuraria na posição 120 (cento e vinte), tendo, ainda, 152 (cento e cinquenta e duas) vagas para os candidatos regulares, com notas superiores”. Sendo assim, de acordo com o voto do Relator, embora fosse devida a inclusão dos candidatos deficientes dentro do número de vagas ofertadas, deveria ser observada a classificação final geral, o que levaria os impetrantes às posições nºs 269 e 270, já que foram apenas seis candidatos deficientes classificados, estando os impetrantes em terceiro e quarto lugares na lista especial. Vale dizer, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no caso analisado, os candidatos, no momento da nomeação, serão alinhados consoante a ordem geral, dentro do universo de vagas.

Tal critério não traduz com plenitude, a ideia de reserva de vagas para pessoas com deficiência, eis que fragmenta em dois instantes distintos (seleção e nomeação) o exercício desse direito constitucional, relegando para um momento muito posterior o provimento da vaga pelo candidato deficiente. Esse critério relega a política de inserção a um papel secundário, privilegiando a “igualdade geral” na disputa e olvidando, no momento culminante, o tratamento diferenciado preconizado na lei como fator garantidor da igualdade substantiva. Ora, o tratamento diferenciado assegurado na norma constitucional há de ocorrer ao longo de todo o certame, inclusive no instante crucial de

realização da meta inicialmente estabelecida. Assim, não faz sentido que se desconsidere parcialmente a lista especial e se adote o critério da classificação geral para fins de determinação da ordem do preenchimento das vagas.

O critério mais consentâneo deve ser, portanto, aquele que garanta ao candidato deficiente o direito à nomeação, intercalando-se a convocação da pessoa com deficiência consoante o número de vagas oferecidas e o percentual de reserva de vagas, até o limite deste.

#### V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora de eficácia jurídica limitada – com sua aplicabilidade subordinada à edição de lei futura – a norma insculpida no art. 37, VIII, CF é de natureza impositiva. Dotada de relevância social, tal norma expressa um direito encartável na categoria dos direitos sociais de cidadãos/trabalhadores portadores de deficiência, ancorado no postulado da isonomia e na idéia-matriz de redução de desigualdades sociais.

Por isso, não se pode interpretar e aplicar a Constituição a partir de um decreto, conforme elementar diretriz hermenêutica. A lei que regulamenta o preceito constitucional deve ser aplicada pela

Administração com vistas a extrair o máximo de efetividade das disposições normativas atinentes à política de quotas, e não o contrário.

A Constituição proíbe a discriminação quanto a critérios de admissão. Trata-se de um direito fundamental disperso de pessoas com deficiência, num desdobramento da norma-princípio inserta no art. 7º, XXXI, CF. Nesta, proíbe-se a discriminação quanto a critérios de admissão, assegurando isonomia; no art. 37, VIII, impõe tratamento diferenciado para, em face da desigualdade material, garantir igualdade jurídica. Em ambas as hipóteses, tem-se a materialização do princípio da igualdade correlacionado com o direito social ao trabalho, numa autêntica função de não discriminação, conforme acentuado por Canotilho.

Assim, sempre que houver um reduzido número de cargos ofertados a certame público, a

*“...não faz sentido que se desconsidere parcialmente a lista especial e se adote o critério da classificação geral para fins de determinação da ordem do preenchimento das vagas.”*

Administração terá o dever constitucional e legal de adotar o percentual para a quota de modo a assegurar pelo menos uma vaga para pessoas com deficiência, observado o limite legal máximo de 20% (vinte por cento). Tal raciocínio repele qualquer medida de fracionamento de processos seletivos, por implicar fraude à determinação legal de reserva de vagas em concurso. Noutras palavras, se, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, não for juridicamente viável efetuar-se o arredondamento para um número inteiro, por implicar majoração do percentual máximo, não será correto, por outro lado, fixar-se, em regulamento ou edital de concurso, um percentual diminuído que, em face do número de cargos disponíveis, inviabilize matematicamente a reserva de vagas para pessoas com deficiência.

Por fim, o tratamento peculiar que decorre do texto constitucional para candidatos com deficiência deve nortear todas as fases do concurso público, inclusive no momento final de classificação e provimento dos cargos/empregos, assegurando-se ao candidato deficiente o direito à nomeação mediante a intercalação da convocação da pessoa com deficiência de acordo com o número de vagas oferecidas e o percentual de reserva, até o limite estabelecido.

#### Notas

<sup>1</sup> RE 227299/MG. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 14/06/2000. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 06-10-2000 PP-00098. EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.

<sup>2</sup> Destaque-se o seguinte trecho do voto do Relator: "Ora, considerado o total de vagas no caso - duas -, não se tem, aplicado a percentagem mínima de cinco e a máxima de vinte, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vagas<sup>9</sup> ou mesmo quatro décimos resultante da aplicação de cinco ou vinte por

cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimos, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade."

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 126

<sup>4</sup> "Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. [...] É com base nesta função de discriminação que se discute o problema das quotas (ex: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das afirmative actions tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: quotas de deficientes)." (CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, pág. 385). Mais adiante, enfatiza o autor: "Esta igualdade conexiona-se, por uma lado, com um apolítica de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)" (op. cit, pág. 403)

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, pág. 1149. Oportuno trazer à colação, também, a observação de Ingo Sarlet, a propósito da idéia de vinculação do poder público aos direitos fundamentais: "... em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por

exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental". (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998. págs. 322/323)

<sup>6</sup> Mais uma vez, calham as palavras de Ingo Sarlet: "No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle judicial dos atos administrativos, que não temos condições de desenvolver nesta oportunidade e a respeito do qual encontramos obras de inestimável valor na bibliografia pátria. O que importa, nesse contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais o que assume especial relevo na esfera da aplicação e

interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária. Desde logo, impende considerar que a fiscalização judicial, no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, de margem de arbítrio bem maior." (op. cit., págs. 327/328)

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio: *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, pág. 70. E prossegue: "Existirá um erro de direito, por força do qual o agente, ao servir-se de um certo ato, o faz desnaturando-o, pois vale-se dele em desacordo com a finalidade que a lei lhe insculpiu como própria. Isto é o quanto basta para revelar ser errônea a inteligência dominante de que o desvio de poder é um vício de intenção, um vício subjetivo. Não é. É um vício objetivo, pois resulta do objetivo descompasso entre a competência utilizada e o fim categorial dela. O defeito na intenção, quando existente, denuncia a ocorrência do objetivo desencontro com a finalidade legal, mas é a resultante – o objetivo desencontro com a finalidade legal – aquilo que faz inválido o ato."

<sup>8</sup> Cf. trecho da ementa do acórdão: "...Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida."

## Proporcionalidade no Direito Penal e Processual Penal: da Teoria à Prática

Aldeleine Melhor Barbosa  
Analista Processual do Ministério  
Público da União

Um dos princípios basilares do direito penal é sem dúvida o da proporcionalidade, afinal, conforme ensina Paulo Queiroz, “tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, desde a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legítima defesa, de coação irresistível, incluindo toda a controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar às causas de extinção de punibilidade”.<sup>1</sup>

A origem da ideia de proporcionalidade não é certa. Mas, segundo Daniel Sarmento, a compreensão do direito como “justa medida” ou “justa proporção” surge na filosofia clássica da antiguidade, ganhando destaque jurídico com o advento do Estado de Direito da Modernidade<sup>2</sup>. Aliás, Aristóteles<sup>3</sup> já defendia que “o justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional”. Já Roberto Barroso indica que o princípio da proporcionalidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão, sendo que sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta* de 1215<sup>4</sup>. No direito penal, contudo, a proporcionalidade é diretamente associada à Beccaria, que defendia em sua obra “Dos delitos e das penas”, em suma, que a pena deveria ser proporcional à gravidade da infração penal praticada pelo agente<sup>5</sup>.

No Brasil, durante certo tempo, questionou-se se referido princípio estava expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, em especial na Constituição. Hoje, entretanto, prevalece o entendimento de que o princípio da proporcionalidade decorre, implicitamente, da garantia do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Ademais, em nível infraconstitucional, o art. 2º da Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê o princípio de

forma expressa<sup>6</sup>.

Entende-se também que o princípio da proporcionalidade possui uma triplíce dimensão, ou seja, desdobra-se nos subprincípios da adequação (idoneidade da medida para produzir o resultado visado), necessidade/exigibilidade (verificação da inexistência de meios menos gravosos para consecução dos fins visados) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre os ônus impostos e o benefício trazido)<sup>7</sup>.

Pois bem, após muitas discussões sobre o conceito, limites e aplicabilidade ao sistema jurídico brasileiro, o que se vê atualmente é que cada vez mais o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pelos tribunais para resolver uma série de complexos questionamentos, sobretudo no que se refere ao direito penal e processual penal. Além disso, constantemente, tem sido instrumento eficaz no controle do arbítrio e moderação do exercício do poder estatal.

Com efeito, o Poder Judiciário cada vez mais ciente de seu papel, principalmente após a Constituição de 1988, imbuído de toda a carga valorativa trazida pela nova ordem constitucional, sob influência direta do neoconstitucionalismo, vai deixando aos poucos para trás uma atuação tímida e quase incipiente no que toca a aplicação do princípio em análise.

Portanto, “o que antes era tratado apenas como mais um princípio – proporcionalidade – pelos manuais de direito, cujas discussões ficavam restritas à academia e à doutrina, vem ganhando espaço garantido nas fundamentações das decisões dos juízes e tribunais, servindo até mesmo para motivar declarações de inconstitucionalidade”. Exemplo disso ocorreu por duas vezes, quando o Ministro Celso de Mello concedeu medidas liminares nos HC n.º 92525 (3/4/2008) e n.º 102094 MC/SC(2/8/2010), reconhecendo a

desproporção entre o preceito secundário do crime de receptação qualificada (CP, art. 180, § 1º), cujo dolo é indireto eventual e a pena varia de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, e o crime de receptação simples (CP, art. 180, caput), que prevê dolo direto, sendo a pena prevista de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão. Para o Ministro, “a imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade”<sup>8</sup>.

Discute-se também a desproporção entre a pena do art. 273, §1º-B, do CP e seus incisos (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), e o sistema penal como um todo, a recomendar, para alguns, a aplicação alternativa de pena prevista para conduta similar<sup>9</sup>.

Em outra oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do HC n.º 92438 (19/8/2008), em que se discutia qual o valor a ser considerado para o reconhecimento do princípio da insignificância no crime do art. 334 do CP (contrabando ou desca-minho), se R\$ 100,00 ou R\$ 10.000,00 (arts. 18, §1º, e 20, §2º, da Lei n.º 10.522/02), ressaltou que a questão deveria ser analisada sob o enfoque, dentre outros, do princípio da proporcionalidade (necessidade), tendo em vista que não seria “admissível que uma conduta fosse irrelevante no âmbito administrativo e não o fosse para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do Direito”.

O Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, afirmando que “não se pode cominar pena mais grave àquele que, ao quebrar o vidro de um veículo, subtrai a frente removível do aparelho de som, sob pena de se ofender diretamente o princípio da proporcionalidade” (HC 152.833/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma,

julgado em 05/04/2010, DJe 20/09/2010). Assim, o tribunal reconheceu que não incide a qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, de modo a agravar a pena, quando o agente se limita a quebrar a janela para furtar apenas o som do automóvel, afinal se ele assim agisse para subtrair o próprio veículo, o crime seria de furto simples. Logo, não seria razoável/proporcional que o acusado respondesse pelo crime com pena agravada se objetivasse apenas subtrair o som, mas incidisse nas penas do furto simples se sua intenção fosse se apoderar do próprio veículo, bem de maior valor.

Cumpra observar, ainda, que o princípio da proporcionalidade se relaciona com muitas outras questões que são levadas diariamente ao Poder Judiciário, algumas ainda controvertidas, tais como: a correta valoração das circunstâncias judiciais empregadas na dosimetria da pena, a vedação à liberdade provisória e substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas (art. 44 d Lei n.º 11.343/06), se a arma desmuniada é apta a configurar os crimes previstos na Lei n.º 10.826/03 ou mesmo majorar o

roubo, por exemplo.

Quanto ao processo penal, força é convir que os tribunais, ainda que de forma comedida, tendem a afastar a prisão cautelar quando a pena final a ser aplicada ao agente possa ser substituída por restritivas de direito ou deva ser cumprida em regime aberto/domiciliar ou ainda quando é cabível a suspensão condicional do processo, sursis ou transação penal<sup>10</sup>. E assim é, porque, como bem explica Paulo Rangel<sup>11</sup>, “a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente”.

Ademais, a proporcionalidade está sempre presente quando se discute duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, acrescido

*“...nos últimos cinquenta anos, nenhum princípio ganhou tanto destaque no cenário jurídico nacional quanto o da proporcionalidade, sendo certo que o Poder Judiciário cada vez mais dele se vale para proferir suas decisões, sabendo que não há nisso qualquer ameaça ao princípio da separação dos poderes.”*

pela EC n.º 45/04), o tempo de duração das prisões e interceptações telefônicas, a aceitação de provas ilícitas em situações excepcionais etc.

Em suma, nos últimos cinquenta anos, nenhum princípio ganhou tanto destaque no cenário jurídico nacional quanto o da proporcionalidade, sendo certo que o Poder Judiciário cada vez mais dele se vale para proferir suas decisões, sabendo que não há nisso qualquer ameaça ao princípio da separação dos poderes. Afinal, não se pode ignorar a necessidade de se efetivarem os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, ainda que, por vezes, o Poder Judiciário, com a cautela necessária, seja instado a controlar os abusos cometidos pelos demais poderes, em legítima manifestação do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

#### Notas

<sup>1</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 55.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 78.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 109.

<sup>4</sup> BARROSO, Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

<sup>6</sup> Art. 2º da Lei nº 9.784/99: "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

<sup>7</sup> BARROSO, Roberto. *Ob. Cit.*, p.p. 259-260.

<sup>8</sup> É bem verdade que há precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao adotado pelo Ministro Celso de Mello, conforme se vê do julgamento do HC 97344/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 12.5.2009.

<sup>9</sup> Sobre o tema, conferir: QUEIROZ, Paulo de Souza. *A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal in pauloqueiroz.net*. Acesso em 10 de

out. de 2010; REALE JR., Miguel. *A inconstitucionalidade da lei de remédios*. *Revista dos Tribunais*, n.º 763. São Paulo: RT, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.p. 61-62.

<sup>11</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 659.

#### Referências Bibliográficas:

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

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

BECCARIA, Cesare de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. *A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal*. Disponível em: [HTTP://pauloqueiroz.net](http://pauloqueiroz.net). Acesso em 11 de out. de 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIEIRA, Antônio. *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. Disponível em: [HTTP://jusvi.com.br/artigos/21741](http://jusvi.com.br/artigos/21741). Acesso em 11 de out. de 2010.

## Breves Anotações sobre o Juiz das Garantias

Ricardo Magalhães de Mendonça

Procurador da República em Sobral-CE.

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC

**RESUMO.** O presente artigo tem o escopo de analisar criticamente o instituto processual do Juiz das Garantias, previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Penal, em face da problemática da imparcialidade do julgador. Neste tocante, avaliam-se, ainda que sucintamente, os reexos de sua aplicação ao processo penal brasileiro, considerando o modelo adotado pela Constituição Federal, bem assim sua real necessidade, tendo em vista a existência de outros métodos aptos a evitar a parcialidade do julgador e a preservar sua equidistância entre as partes do procedimento.

**Palavras-chave:** Código de Processo Penal (CPP), Juízo das Garantias, prevenção, acusação, julgamento, oportunidade, verdade real, identidade física do juiz.

### 1. INTRODUÇÃO

O Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal é fruto do Projeto de Lei no 156/2009 do Senado Federal, que fora elaborado por Comissão de Juristas coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido. Ele traz inúmeras alterações à redação do atual Código, instituído ainda no longínquo ano de 1941, em pleno Estado Novo, auge da ditadura Vargas, por isso mesmo digno de muitas críticas da doutrina pátria, que o reconhece como um compêndio nitidamente autoritário e repressivo.

Inegável o avanço e a mudança empreendida em diversos institutos e paradigmas do vetusto Código, que já padeciam por não haverem sido recepcionados pela Constituição de 1988. Incorporam-se modernos preceitos que permitem a realização de atos processuais via videoconferência, maior exibibilidade na oferta da transação penal aos autores de certos crimes (apesar de esse instituto não ser mais uma novidade em nosso ordenamento jurídico desde a Lei no 9.099/95) e a

adoção de medidas alternativas ao encarceramento cautelar.

Um ajuste mais que necessário foi sua adaptação ao nosso modelo constitucional. O anteprojeto do futuro CPP afasta-se definitivamente do modelo inquisitório de processo, resquício do diploma vigente. Um exemplo dessa bizarrice, segundo a redação atual, está na previsão de que a ação penal pode ser iniciada de ofício pelo juiz em alguns delitos. Adota-se, por conseguinte, um modelo mais coerente com a Carta Magna, consagrando definitivamente o sistema acusatório, em que se distinguem nitidamente as funções de acusação e julgamento, o qual já vinha sendo observado na prática.

Para fazer face a esse modelo, retira do juiz a ingerência das medidas investigatórias e de seu desfecho (ressalvadas as medidas que impliquem restrições a direitos e garantias individuais do investigado) e comete-as ao Ministério Público - destinatário das investigações e titular da ação penal-, o qual estabelecerá quais as diligências e os prazos a serem cumpridos pela polícia judiciária.

Nesses pontos, assim como em vários outros, o anteprojeto avança satisfatoriamente, indo na toada do Constituinte de 1988.

Todavia, a par dessas necessárias adaptações e, noutros aspectos, inovações, o anteprojeto previu, nos seus arts. 15 a 18, o Juiz das Garantias, que pode ser resumido como um magistrado investido de competência exclusiva para acompanhar a investigação criminal, a quem compete deferir as medidas constritivas das liberdades e direitos individuais do investigado, ainda durante a fase pré-processual.

A proposta atribui esse papel a um magistrado distinto do juiz competente para processar e julgar a eventual e futura ação penal, sob o pálio de que a Lei

Processual Penal vigente retiraria a imparcialidade da autoridade judiciária que atua, ao mesmo tempo, na fase de investigação e na instrução penal.

Essa partição de competências traz mais efeitos negativos do que positivos, como se verá.

## 2. CRÍTICAS INICIAIS AO MODELO PROPOSTO

Antes de se analisar a equivocada opção jurídica pelo Juízo das Garantias<sup>1</sup>, mister sejam enunciados os importantes obstáculos de ordem prática ao célere e eficiente funcionamento do sistema em pauta.

Primeiramente, temos a carência de juízes em número suficiente para a cisão da jurisdição entre as fases investigatória e processual. Se, atualmente, o sistema judiciário já padece com o reduzido número proporcional de juízes- o que bem se pode atestar no longo período médio de tramitação dos processos-, o que se diria quando boa parte deste contingente de magistrados for deslocada exclusivamente para atuar na fase pré-processual.

A proposta aumentaria inexoravelmente a impunidade gerada pela demora no julgamento das ações penais, resultando na prescrição da sanção penal imposta a diversos crimes. De outra banda, atenta contra a celeridade dos julgamentos, garantia constitucional recente que estabelece a "razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação", preconizado pelo art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Em resumo, a mudança vai na contramão dos anseios do Legislador Constituinte, que aspira à eficiência e à tempestividade no exercício da prestação jurisdicional.

Por trás da proposta engendrada talvez figure uma premissa equivocada, qual seja, a de que o juiz investido de competência o julgamento das ações criminais seja incapaz de tutelar devidamente os direitos e garantias dos cidadãos confrontados durante a investigação e, no mesmo compasso, manter-se imparcial face ao interesse das partes litigantes no processo penal.

Mas não é só esse inconveniente que a proposta traz.

## 3. A IMEDIATIDADE E A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: FEIXE DE PRINCÍPIOS VULNERADOS

O princípio da imediação (ou imediatidade) refere-se ao contato direto do juiz com as partes e provas do processo. Num sistema processual inspirado pelos princípios da oralidade e concentração, é dever do juiz participar diretamente da colheita da prova. Esse contato antecede mesmo a instrução penal, iniciando-se com a observação dos indícios e meios de prova produzidos durante o inquérito policial.

Essa necessidade de propiciar ao julgador o maior conhecimento possível do bojo probatório inspirou regra antiquíssima e consolidada em nossas legislações processuais, qual seja, o critério de definição de competência por prevenção<sup>2</sup>. De acordo com este critério, o juiz que se antecipar aos demais na prática de algum ato ou medida relativa ao processo ficará vinculado ao julgamento da lide.

Na redação do vigente Código de Processo Penal, o juiz que deferir medidas constritivas da esfera de uma pessoa, tais como a prisão preventiva, busca e apreensão, dentre outras, ficará vinculado à futura ação penal.

Registre-se que o princípio da identidade física do juiz, de longa data presente no Código de Processo Civil, há pouco foi também absorvido pelo Código de Processo Penal, que proclama, em seu art. 399, § 2º, alterado pela Lei no 11.719/08, que "o juiz que presidiu a instrução deveria proferir a sentença". Omo se extrai da *ens legislatoris*, o seu escopo foi vincular o juiz, conjuntamente, à instrução e ao julgamento da lide, ao pressuposto de que julgaria com mais justiça aquele quem melhor conhecer as provas dos autos.

O objetivo do princípio da identidade física do juiz é justamente este: garantir o exercício da jurisdição de forma mais adequada e justa, propiciando ao julgador, com a maior amplitude possível, o conhecimento de todos os elementos de prova à sua disposição. Daí o seu entrelaçamento com o princípio da imediatidade.

Anote-se, ainda, que o anteprojeto torna precária a incidência da verdade real, outro princípio tão caro ao processo penal e conexo ao da identidade física,

em que torna o julgador ainda mais distante da reprodução histórica dos fatos pertinentes à infração penal.

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Antoni, o processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça<sup>3</sup>[4].

#### 4. A IMPARCIALIDADE E O MITO DA VINCULAÇÃO PSICOLÓGICA DO JUIZ À INVESTIGAÇÃO

A nítida separação das funções de acusação e julgamento e, no particular, o fato de o Poder Judiciário, ainda na fase de investigação, atuar apenas nos casos pontuais de imposição de medidas restritivas de direitos e garantias individuais, de acordo com a nova sistemática, já resguardam a necessária imparcialidade do julgador.

A inércia da Jurisdição é a garantia maior da imparcialidade do julgador. De acordo com o brocardo *nemo iudex sine actore*, a atividade jurisdicional tem a função de pacificar conflitos que não foram espontaneamente solucionados pelas partes, tampouco com o emprego de outras vias do Direito.

Uma vez iniciada a lide, surge para o Estado-juiz a tarefa de solucionar a questão deduzida, através do emprego das técnicas processuais adequadas à aplicação da Lei substantiva. Neste ínterim, o magistrado pode decretar medidas de ofício visando garantir eficácia à pretensão final (especialmente cautelares), sem que se possa falar em comprometimento da sua imparcialidade. Isso ocorre porque a inércia já fora rompida, com a provocação inicial da jurisdição mediante o exercício do direito de ação.

Aqui talvez resida uma das principais

diferenças entre o penal e o civil.

A regra no processo penal é a indisponibilidade dos direitos, sendo a relação processual movida no sentido da busca da verdade real, e cabendo ao juiz formar sua convicção com base noutros elementos, ainda que obtidos de forma complementar à iniciativa das partes<sup>4</sup>. Já no processo civil, a regra é inversa, sendo os seus diversos institutos, tais como prova, extinção e suspensão do processo, regulamentados tendo em vista a vontade e iniciativa das partes<sup>5</sup>. Evidentemente, em tema de processo civil coletivo e nos feitos nos quais for discutido direito indisponível (parte incapaz, por exemplo), as diferenças entre as instâncias penal e cível diminuem sensivelmente.

*"...o anteprojeto torna precária a incidência da verdade real, outro princípio tão caro ao processo penal e conexo ao da identidade física, na medida em que torna o julgador ainda mais distante da reprodução histórica dos fatos pertinentes à infração penal."*

Atento a essa moderna concepção de processo, adverte Luiz Guilherme Marinoni: "Impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos

poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa"<sup>6</sup>[2, 5].

Note-se que não se pode levar às últimas consequências a busca pela "ideal imparcialidade" do magistrado, procurando a todo custo evitar sua contaminação com elementos ou iniciativas que possam comprometê-la. Proceder assim seria o mesmo que coarctar os poderes do juiz, tornando-o um mero expectador do processo e refém da vontade das partes. Resumindo: uma grave traição mesmo aos escopos da Jurisdição e negação da natureza pública do processo!

Como a lei processual não almeja a "purificação" absoluta do magistrado, uma vez instaurada a ação penal pública, o magistrado julga conforme sua convicção a partir das provas existentes nos autos, com relativa liberdade em relação à postura

adotada pelas partes<sup>7</sup>.

No processo penal pululam institutos culpabilidade ou responsabilidade do investigado, restringindo-se ao estritamente necessário para reconhecer as provas da materialidade do crime e os indícios de autoria.

Bem a calhar os ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró: "Isso não quer dizer que todo o objeto do processo deve permanecer imutável. Identificado o objeto do processo como o objeto da imputação, não significa que todo o fato imputado deva permanecer inalterado, ou que o juiz não possa sentenciar, ainda que considerando algo diverso do que foi imputado (...) O objeto do processo penal, como assinala Nuvolone, é algo que pode apresentar um caráter dinâmico, suscetível de contínuo desenvolvimento. O juiz penal não é chamado a decidir sobre uma demanda, mas a estabelecer a verdade a respeito de um fato ou de um complexo de fatos e a sua relevância jurídico-penal. Assim, se no curso do processo aflorarem fatos diversos, que possam dar causa à responsabilização penal do acusado, o juiz deve conhecê-los"<sup>10</sup>[1, 6].

Diga-se, ainda, que o órgão do Ministério Público atua em ambas as fases da persecução penal sem nenhum óbice legal, havendo a jurisprudência pacificado o entendimento de que tal proceder não traz qualquer impedimento ou suspeição ao titular da acusação<sup>11</sup>. A condição de parte do Ministério Público não o torna incompatível com a aplicação das causas de suspeição ou impedimento. Os arts. 104 e 112 do CPP assinalam expressamente sua adequação àquele órgão. É que, embora seja parte do processo, o Ministério Público não busca a qualquer custo a condenação do réu. Antes, busca a realização do interesse público, concretizado na aplicação correta da lei penal aos infratores, com base nas provas demonstradas durante a instrução.

##### 5. PECULIARIDADES DA INVESTIGAÇÃO PENAL QUE NÃO REFLETEM NO ESTADO PSICOLÓGICO DO JUIZ

A fase pré-processual ou investigatória não segue modelo ou esquema específico, sendo as diversas diligências e técnicas investigativas adotadas a critério da autoridade policial ou do órgão ministerial, segundo a conveniência da

administração.

Aqui vige o princípio da oportunidade para facilitar a colheita dos elementos e provas mais adequados ao futuro exercício da pretensão penal. A razão da liberdade na escolha do iter investigativo reside aí. A opção quer pela busca e apreensão, quer pela interceptação de dados ou das comunicações, ou ainda por uma singela colheita de depoimentos será ditada pelo caso concreto e a espécie de delito apurado.

O pré-estabelecimento de um roteiro engessaria a persecução penal, dificultando sobremaneira a apuração dos delitos.

No ponto, é importante salientar que as decisões proferidas no curso das investigações não envolvem cognição exauriente. É próprio das decisões cautelares- como o são a quase totalidade das decisões judiciais tomadas no curso da investigação a cognição superficial, baseada em indícios (o *fumus boni iuris* da pretensão), sem que haja um aprofundamento do mérito ou cerne da questão. E nem poderia ser diferente, pois a grande maioria das medidas constritivas de direitos decretadas nesta fase visa apenas garantir a eficácia da futura ação penal, evitando o desaparecimento dos elementos de prova existentes ao tempo da prática da infração penal.

O juiz apenas se limita a identificar os indícios de autoria e materialidade para deferir as medidas constritivas dos direitos do investigado. Neste íterim, a práxis cotidiana tem revelado a prudência na fundamentação dessas decisões, quando a autoridade judiciária evita tecer maiores juízos acerca da culpabilidade ou responsabilidade do investigado, restringindo-se ao estritamente necessário para reconhecer as provas da materialidade do crime e os indícios de autoria.

O Poder Judiciário age, assim, como uma espécie de filtro da pretensão dos agentes estatais encarregados da investigação, apenas exercendo o controle dos atos que atentam contra a liberdade ou intimidade das pessoas, porque assim impôs a Carta Magna, ao estabelecer a reserva de jurisdição nestes casos.

Mister reproduzir a lição do mestre Cândido Rangel

*"...a atual sistemática, associada à incorporação do modelo acusatório estabelecido pela Constituição, já impede eficazmente a contaminação ou a animosidade do julgador face às provas produzidas durante a investigação."*

Dinamarco, para quem "a experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes as portas para um sadio ativismo"<sup>11</sup>[3].

Ademais a investigação não se produz, tampouco é conduzida dentro da esfera do Judiciário, mas perante órgãos estatais diversos com atribuição específica para tanto. Nem é destinada àquele órgão, mas ao Ministério Público.

Como se vê, a atual sistemática, associada à incorporação do modelo acusatório estabelecido pela Constituição, já impede eficazmente a contaminação ou a animosidade do julgador face às provas produzidas durante a investigação.

### CONCLUSÃO

O Juízo de Garantias, ao fim e ao cabo, traz mais prejuízos do que benefícios ao processo penal brasileiro. Alguns dos institutos e princípios incorporados de longa data são afastados em prol da busca implacável pela imparcialidade e pureza do magistrado.

Veja-se que o encastelamento do juiz da ação penal só o distancia do contato com as valiosas provas produzidas ainda durante a investigação, prejudicando qualitativamente a prestação judicial. As medidas de adaptação ao sistema, tais como a designação exclusiva de magistrado para funcionar na investigação, por seu turno, impedem a tão reclamada celeridade nos julgamentos.

### BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O JUIZ DAS GARANTIAS

Conclui-se, portanto, que as demais modificações introduzidas pelo anteprojeto e, principalmente, as adaptações ao modelo acusatório já velam adequadamente a imparcialidade do julgador, mantendo-o equidistante das partes.

### Notas

<sup>1</sup> Reputamos mais adequada esta nomenclatura, em vez de Juiz das Garantias, já que reete e identifica a parcela de jurisdição atribuída

ao magistrado, e não a pessoa física do juiz. Por isso, ao longo deste manuscrito, faremos referência a um ou outro termo indistintamente.

<sup>2</sup> A prevenção figura no art. 83, do Código de Processo Penal, e no art. 106 do Código de Processo Civil.

<sup>3</sup> Curso de Direito Processual Penal: Ed. Juspodium, 3a ed., p.48.

<sup>4</sup> Podem ser elencados inúmeros exemplos compreendidos no princípio dispositivo, tais como a confissão, a produção dos efeitos da revelia e a convenção quanto ao ônus da prova, em matéria de interesses e direitos disponíveis; o reconhecimento do pedido, como causa de resolução do processo com julgamento do mérito; bem assim a suspensão do processo mediante acordo entre as partes.

<sup>5</sup> Podem ser elencados inúmeros exemplos compreendidos no princípio dispositivo, tais como a confissão, a produção dos efeitos da revelia e a convenção quanto ao ônus da prova, em matéria de interesses e direitos disponíveis; o reconhecimento do pedido, como causa de resolução do processo com julgamento do mérito; bem assim a suspensão do processo mediante acordo entre as partes.

<sup>6</sup> Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento: Ed. RT, 2a ed., p. 317. No mesmo sentido o magistério de Ada Pellegrini Grinover; Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rângel Dinamarco. Teoria geral do processo: Ed. Malheiros, 12a ed., p. 65

<sup>7</sup> Nos crimes de ação penal privada nos quais vige o princípio da oportunidade, o juiz extinguirá o processo se o querelante (autor) deixa de pugnar expressamente pela condenação do querelado (réu) nas alegações finais, ou abandonar o feito por 30 (trinta) dias seguidos.

<sup>8</sup> Registre-se que o anteprojeto não rompe com esse modelo, pois ambas as possibilidades estão estampadas na sua redação: no art. 409, quanto à sentença condenatória; no art. 513, quanto à prisão e no art. 407 no que se refere à emendatio libelli.

<sup>9</sup> Correlação entre acusação e sentença: Ed. RT, 2a ed., p. 98.

<sup>10</sup> A súmula no 234 do Superior Tribunal de Justiça enuncia: A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

<sup>11</sup> Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, Ed. Malheiros, 4a ed., p. 54.

### Referências Bibliográficas:

1. Gustavo Henrique Badaró, Correlação entre acusação e sentença, Ed. RT, 2a Ed.
2. Ada Pellegrini Grinover; Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rângel Dinamarco, Teoria geral do processo, Ed. Malheiros,

12a Ed.

3. Cândido Rângel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Ed. Malheiros, 4a Ed.

4. Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Alencar, *Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Juspodium, 3a Ed.

5. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, Ed. RT, 2a Ed.

6. Pietro Nuvolone, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Ristampa. Pádua: Cedam, 1969.

Procuradoria da República no Município de Sobral/CE - MPF: Rua Iolanda P.C. Barreto, no 200 - Bairro Derby Clube - CEP: 62042-270 - Sobral/CE.

## Crítica da Vontade de Verdade

Paulo Queiroz

Procurador Regional da República - 1ª Região

Professor Universitário (UniCEUB)

*Verdade é um tipo de erro sem o qual uma espécie de seres vivos não poderia viver. O valor para a vida decide em última instância.*<sup>1</sup>

O professor Lênio Luiz Streck acaba de publicar um interessantíssimo livro, cujo título é: “o que é isto? – decido conforme a minha consciência?”<sup>2</sup>

O texto pretende combater o “juiz solipsista”<sup>3</sup>, uma espécie de Juiz Robinson Crusoe, que decidiria, não segundo a Constituição, mas segundo a sua consciência (e vontade) apenas.

Escreve textualmente Lênio Streck: “Desse modo, quando falo aqui – e em tantos outros textos – de um sujeito solipsista, *refiro-me a essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir. É contra esse tipo de pensamento que volto minhas armas. Penso que seja necessário realizar uma desconstrução (abbau) crítica de uma ideia que se mostra sedimentada (ou entulhada, no sentido da fenomenologia heideggeriana) no imaginário dos juristas e que tem se mostrado de maneira emblemática no vetusto jargão: ‘sentença vem de sentire...’ (para citar apenas um entre tantos chavões, que, como já demonstrei, transformaram-se em enunciados performáticos)”*.

A primeira dúvida reside em saber se existiria de fato um tal juiz/sujeito. Afinal, de acordo com o autor, “... não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição”.<sup>4</sup>

Se isto é correto, parece então que um juiz

solipsista jamais existiu realmente, ainda que ele (o juiz) pensasse decidir isoladamente, com base exclusivamente em sua consciência. E mesmo um Robinson Crusoe, cuja consciência era o resultado de toda a tradição moral, religiosa, jurídica (etc.) que lhe fora ensinada antes do naufrágio que o vitimara, tinha na ilha a companhia de um Sexta-Feira. Tinha, pois, além de seus próprios limites, os limites de um semelhante e da ilha/natureza em que passou a habitar.

Enfim, nem mesmo para Robinson Crusoe é possível falar de “um grau zero de sentido”. E como assinala Gadamer, “não é a história que pertence a nós, mas nós que pertencemos à história. Muito mais do que nós compreendemos a nós mesmos na reflexão, já estamos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os pré-conceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser”.<sup>5</sup>

Justamente por isso, parece carecer de sentido a pergunta: “onde ficam a tradição, a coerência e integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido’?”.<sup>6</sup>

Aliás, é o próprio autor quem conclui que “é exatamente por isso que podemos dizer, sem medo de errar, que o sujeito solipsista foi destruído (embora sobreviva em grande parte do ambiente jusfilosófico). Afinal, como diz Gadamer, ‘quem pensa a linguagem já se movimenta para além da subjetividade’”.<sup>7</sup>

E não seriam o espírito de transgressão e a tendência ao isolamento/solipsismo inerentes aos pensadores que se pretendem originais?

Mas não é só. Para Lênio Streck, que cita voto proferido por um certo ministro que afirma não importar

o que os doutrinadores pensam, “já como preliminar é necessário lembrar – antes mesmo de iniciar nossas reflexões no sentido mais crítico – *que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é*”.<sup>8</sup> Uma das conclusões a que chega é exatamente nesse sentido: “o direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco *é/será* aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir do repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras.”<sup>9</sup>

A pergunta que sempre fica é: se o que os tribunais (e juízes) dizem que é o direito, direito não é, o que seria isso então? O não-direito, o torto, o arbítrio? E o que seria o direito? Segundo Lênio Streck, a decisão judicial não é um ato de vontade. O que seria, então? Um ato de verdade, entendida como a resposta *constitucionalmente* adequada ou similar?<sup>10</sup>

Mas a verdade, escreveu Nietzsche, “não é algo que existisse e que se houvesse de encontrar, de descobrir – *mas algo que se há de criar* e que dá o nome a um processo; mais ainda: uma vontade de dominação que não tem nenhum fim *em si*: estabelecer a verdade como um processus *in infinitum*, um *determinar* ativo, *não* um tornar-se consciente de algo que fosse em si firme e determinado. Trata-se de uma palavra para a ‘vontade de poder’”.<sup>11</sup>

Precisamente por isso é que Günter Abel diz que não é mais a interpretação que depende da verdade, mas justamente o contrário, que é a verdade que depende da interpretação, pois nos processos de interpretação não se trata, primariamente, de descobrir uma verdade preexistente e pronta, uma vez que não é possível pensar que haja um mundo pré-fabricado e um sentido prévio que simplesmente estejam à nossa disposição aguardando por sua representação e

espelhamento em nossa consciência.<sup>12</sup>

E se existem apenas perspectivas sobre a verdade, não existe, por conseguinte, a verdade; consequentemente, não existe a resposta constitucionalmente adequada (ou correta etc.), mas apenas perspectivas sobre a resposta constitucionalmente adequada.<sup>13</sup> A resposta constitucionalmente adequada/correta é uma ficção inútil, portanto. Porque o que quer que possa ser pensado (direito, política, religião etc.), como quer que seja pensado, por quem quer que seja pensado, sempre poderá ser pensado de diversas outras formas.

*“E se existem apenas perspectivas sobre a verdade, não existe, por conseguinte, a verdade; consequentemente, não existe a resposta constitucionalmente adequada (ou correta etc.), mas apenas perspectivas sobre a resposta constitucionalmente adequada.”*

Como assinala Wolfgang Müller-Lauter, todas as interpretações são apenas perspectivas, razão pela qual não há qualquer parâmetro que permita provar qual é a “mais correta” e a “menos correta”; o único critério para a verdade de uma exposição da efetividade consiste se e em que medida ela está em condições de se impor contra outras exposições. Cada exposição tem tanto direito quanto tem poder.<sup>14</sup>

E o que é (e quem diz qual é) essa resposta constitucionalmente adequada? E o que a torna a

resposta adequada, relativamente às demais (não adequadas)?

É certo que Lênio Streck entende existir a resposta correta (não a única), isto é, “adequada à Constituição e não à consciência do intérprete”<sup>15</sup>, chegando a defender, inclusive, um direito fundamental a isso.<sup>16</sup> Mas o que seria de fato a resposta constitucionalmente adequada senão aquela que o próprio intérprete (juiz, tribunal etc.) considera, segundo a sua perspectiva (consciência etc.), como tal?

Que a interpretação do direito constitui um ato de vontade, nem mesmo Kelsen hesitou em reconhecê-lo, não obstante a pretensão de pureza e de estrita obediência do juiz à lei. Eis o que disse Kelsen, que permanece atualíssimo nesse ponto essencial:

Todos os métodos de interpretação até

o presente elaboradas conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (...). Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

Parece-nos, pois, que podemos criticar um certo tipo de vontade, mas não a vontade mesma, que está na raiz de toda decisão (judicial ou não), inevitavelmente. E por mais que consideremos uma determinada decisão (interpretação) arbitrária, incorreta ou injusta, uma coisa é certa: os limites de uma interpretação são dados por uma outra interpretação.

Finalmente, a possibilidade de decisões *absurdas ou teratológicas (contra legem)* é, em princípio, necessária à democracia. Que diria, com efeito, a doutrina da época sobre a primeira decisão (*solipsista?*) que, no auge do regime, declarava a nulidade do contrato de compra e venda de escravos, que admitia a adoção por casais homossexuais, que recusava a distinção legal entre filhos legítimos e ilegítimos, que permitia a mudança de sexo etc.?

E mais: a questão fundamental não reside (mais) em saber se a sentença encerra ou não um ato de vontade, se há ou não uma resposta constitucionalmente adequada, mas na legalidade e legitimidade do controle dos atos do poder público, aí incluídas as decisões judiciais.

#### Notas

<sup>1</sup> Nietzsche. *Vontade de Poder*. Rio: Contraponto, 2008, p. 264.

<sup>2</sup> *O que é isto - Decido conforme a minha consciência?* Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2010.

<sup>3</sup> De acordo com o *Dicionário Oxford de Filosofia* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.367), *solipsismo* é “a crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. O solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, e de não se conseguir encontrar uma ponte pela qual esses estados nos deem a conhecer alguma coisa que esteja além deles. O solipsismo do momento presente estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente. Russel conta-nos que conheceu uma mulher que se dizia solipsista e que estava espantada por não existirem mais pessoas como ela.”.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>5</sup> *Verdade e Método*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, 3ª edição.

*Ibidem*, p. 27.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.107.

<sup>10</sup> *Em Verdade e consenso* (Rio: Lúmen Júris, 2007, p. 309), Lênio Streck diz que “...a resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos, e, dessa maneira, podermos distingui-los dos pré-juízos inautênticos...”. Tem ainda que “na medida em que o caso concreto é

irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não-dito, o ainda não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será sim, ‘a’ resposta.” (*idem*, p. 317). E mais: “a única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica). E é assim porque conteduística, exurgindo do mundo prático.” (*Ibidem*, p. 317). Conclui que “em síntese, a afirmação de que sempre existirá uma resposta

*"a possibilidade de decisões absurdas ou teratológicas (contra legem) é, em princípio, necessária à democracia. Que diria, com efeito, a doutrina da época sobre a primeira decisão (solipsista?) que, no auge do regime, declarava a nulidade do contrato de compra e venda de escravos, que admitia a adoção por casais homossexuais, que recusava a distinção legal entre filhos legítimos e ilegítimos, que permitia a mudança de sexo etc.?"*

constitucionalmente adequada – que, em face de um caso concreto, será a resposta correta (nem a melhor nem a única) – decorre do fato de que uma regra somente se mantém se estiver em conformidade com a Constituição...” (idem, p. 364). Em o que é isto? Decido conforme a minha consciência? Lênio Streck volta a afirmar que a resposta que propõe não é nem a única nem a melhor, mas “simplesmente se trata 'da resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (no sentido hermenêutico do que significa a 'Constituição mesma'...” (cit., p. 97). Idem, p. 84, nota de rodapé 96, Lênio Streck escreve: “de se ressaltar que, por certo, não estou afirmando que, diante de um caso concreto, dois juízes não possam chegar a respostas diferentes. Volto a ressaltar que não estou afirmando, com a tese da resposta correta (adequada constitucionalmente) que existam respostas prontas a priori, como a repristinar as velhas teorias sintáticas-semânticas do tempo posterior à revolução francesa. Ao contrário, é possível que dois juízes cheguem a respostas diferentes, e isso o semanticismo do positivismo normativista já havia defendido desde a primeira metade

do século passado. Todavia, meu argumento vem para afirmar que, como a verdade é que possibilita o consenso e não contrário; no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados”.

<sup>11</sup> Nietzsche. *Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 288.

<sup>12</sup> *Verdade e interpretação*, in Nietzsche na Alemanha, org. Scarlett Merton, discurso editorial, S. Paulo, 2005, p. 179/199.

<sup>13</sup> Nietzsche escreveu: “há muitos olhos. Também a esfinge tem olhos; conseqüentemente, há muitas verdades e, conseqüentemente, não há nenhuma verdade”. *Vontade de poder*, cit., p. 282.

<sup>14</sup> Wolfgang Müller-Lauter: *a doutrina da vontade de poder em Nietzsche*. São Paulo: ANNABLUME editora, 1997, p. 131.

<sup>15</sup> *O que é isto?* p. 101.

<sup>16</sup> *O que é isto?* p. 84.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394-395.

# Expediente

## Coordenação:

Valtan Timbó Martins Mendes Furtado  
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

## Supervisão:

Adriana Zawada Melo  
amelo@prsp.mpf.gov.br

## Conselho Editorial:

Adriana Zawada Melo  
Flávio Paixão de Moura Júnior  
Letícia Pohl Martello  
Marcus da Penha Souza Lima  
Roberto Luís Oppermann Thomé  
Valtan Timbó Martins Mendes Furtado

## Organização:

Coordenação de Projetos e Eventos da Fundação  
Procurador Pedro Jorge:  
Maya Terra Figueiredo

## Editoração Eletrônica:

Assessoria de Comunicação da Fundação Pedro  
Jorge:  
Gaia Lameiras Diniz  
Marcos Gomes de Paula Novaes

## Tiragem:

2.500 exemplares

## Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (FPJ)

SGAS Qd. 604, Lote 23, Sala 27, Av. L2 Sul  
CEP: 70.200.640 - Brasília (DF)  
Tel: (61) 3321-5414 - Fax: (61) 3321-1495  
www.fundacaopedrojorge.org.br  
fundacao@fundacaopedrojorge.org.br

## Diretoria Executiva

**Diretoria Geral:** Eliana Peres Torelly de Carvalho  
**Diretor Administrativo:** Moacir Mendes Souza  
**Diretor Financeiro:** Valtan Timbó Martins Mendes Furtado  
**Diretor de Ensino e Projetos:** Marcus da Penha Souza Lima

## Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

### Presidente

Antônio Carlos Alpino Bigonha

### Vice-Presidente

Wellington Cabral Saraiva

### Diretora Cultural

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Realização



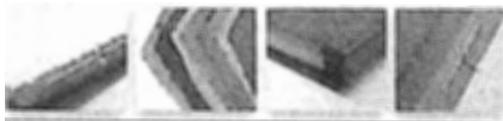
Apoio



Código ISSN: Nº 1519-3802

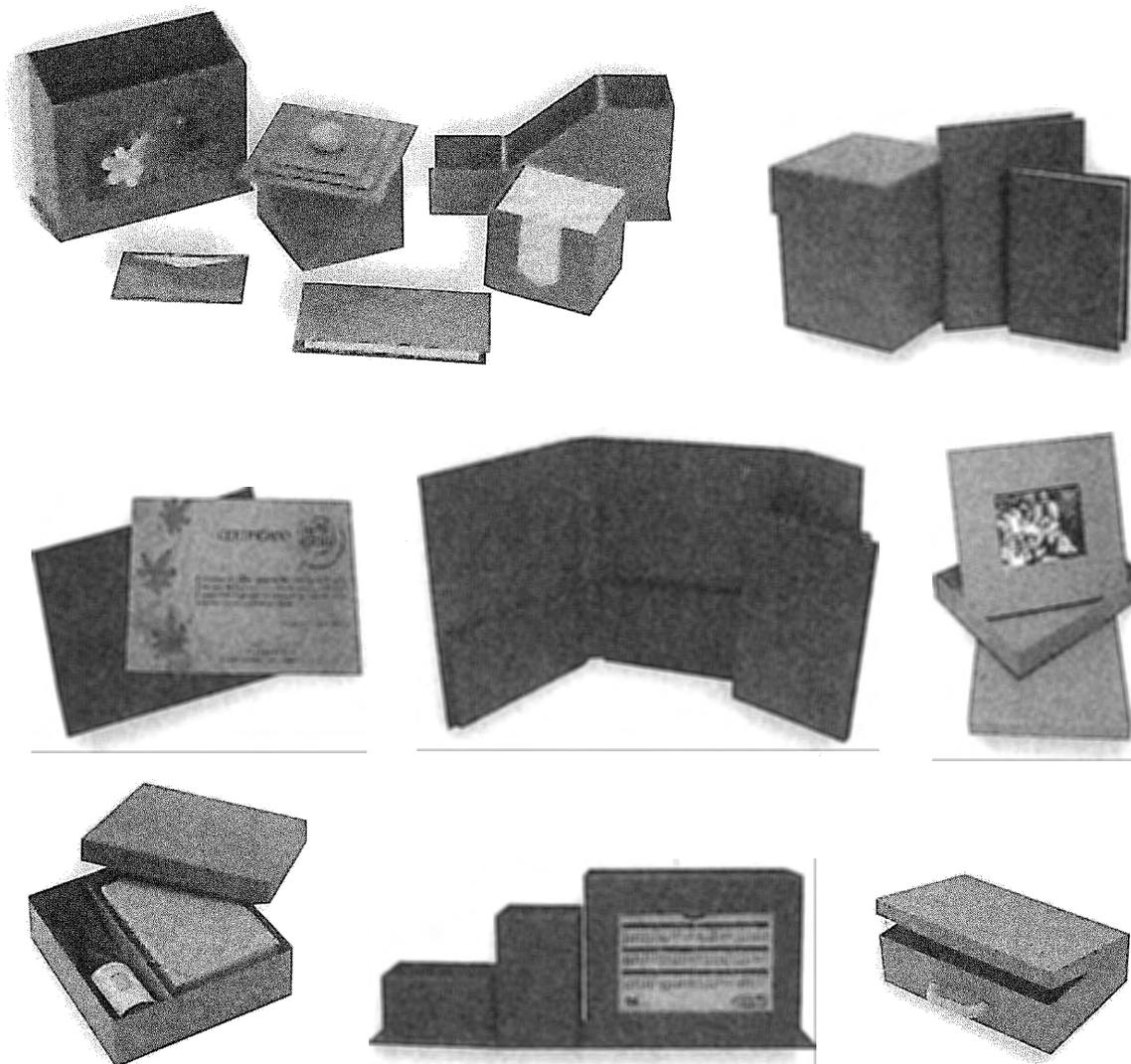
Os Artigos Publicados no Boletim dos Procuradores da República são de inteira responsabilidade de seus autores e não refletem a posição da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva sobre os temas e discussões propostos nesta publicação.

**Comércio solidário com consciência  
ambiental gerando renda e qualidade de vida.**



**Materiais para eventos, escritório,  
presentes e muito mais!**

# CONHEÇA ALGUNS DE NOSSOS PRODUTOS



Os produtos do Projeto Reciclo são personalizados e feitos de modo artesanal com matéria-prima renovável. Nosso diferencial é a qualidade no acabamento, o cuidado com os materiais e a experiência das artesãs que garantem a durabilidade, beleza e harmonia dos produtos.  
Faça suas encomendas conosco!

Realização:

**fpj** 25 anos  
Fundação Procurador Pedro Jorge

SGAS Av. L2 Sul Qd. 603/604 n° 23 Bloco A Térreo Sala 27 - CEP: 70.200-640 - Brasília - DF  
Tel: (61) 3321-5414 - Fax: (61) 3321-1495 E-mail: fundacao@pedrojorge.org.br



Fundação Procurador Pedro Jorge

## CONHEÇA NOSSOS PROJETOS E PRODUTOS



### Projeto Reciclo

Produção sustentável de papel artesanal e reciclado, materiais de papelaria e objetos de decoração em geral



### MPF nas escolas - Yoga para vida

Estimulo ao diálogo entre os membros do Ministério Público e as instituições de ensino. Desde 2010 está levando os benefícios da prática de Yoga para estudantes de escolas públicas e procuradorias do DF.



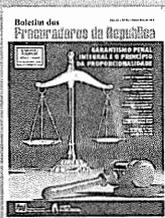
### Ações de cidadania

Apoio a realização de diversas ações de promoção da cidadania, qualidade de vida e meio ambiente nas procuradorias e sociedade em geral.



### Inclusão digital

Curso básico de informática para a sociedade com apoio das Procuradorias Regionais de todo o país.



### Boletim dos Procuradores

Publicação periódica de textos e pensamentos sobre temas da atualidade sob a ótica dos membros do Ministério Público, juízes e profissionais da área.



### Coral João Pernambuco

Apoio aos ensaios do Coral João Pernambuco da PRR 5ª região e aulas de canto coral para crianças de instituições filantrópicas em Recife.



### Reciclo orgânicos

Entrega de cestas de produtos orgânicos adquiridos diretamente dos produtores para funcionários do MP.



### Gestão Ambiental

Consultoria e execução em projetos de gestão ambiental para eventos e instituições. Cálculo e neutralização das emissões de carbono, gestão de resíduos, redução de consumo, oficinas de educação ambiental, entre outros.