

INFORMATIVOS DO STF RELACIONADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

INFORMATIVO Nº 64

TÍTULO

Regime de Internação de Menor Infrator

ARTIGO

A reiteração de atos de descumprimento da medida sócio-educativa imposta é condição necessária à aplicação da sanção prevista no art. 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente ("A medida de internação só poderá ser aplicada quando: ... III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta."). Com base nesse entendimento e também por considerar que o acórdão atacado excedera os limites do que pedido pelo Ministério Público, a Turma deferiu habeas corpus impetrado em favor de menor infrator que tivera ordenada sua regressão para o regime de internação por tempo indeterminado por haver descumprido uma única vez o regime de semiliberdade. HC 74.715-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 18.3.97.

INFORMATIVO Nº 606

TÍTULO

Corrupção de menores para prática de mendicância e "abolitio criminis"

PROCESSO

HC - 103787

ARTIGO

A 1ª Turma concedeu, de ofício, habeas corpus para trancar ação penal instaurada contra o paciente, pela suposta prática do crime de corrupção de menor (Lei 8.069/90, art. 224-B) e da contravenção penal de mendicância (Decreto-lei 3.688/41, art. 60). A defesa sustentava a abolitio criminis da imputação feita ao paciente, razão pela qual estaria extinta a punibilidade. Não obstante reconhecendo que a tese não teria sido aventada perante o STJ e que sua análise implicaria supressão de instância, considerou-se a particularidade do caso. Aduziu-se que o fato pelo qual estaria o paciente sendo processado seria corrupção de menores para a prática de mendicância. Entretanto, a partir da análise do art. 224-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, reputou-se que, para a consumação do delito nele previsto, far-se-ia necessário que o agente corrompesse ou facilitasse a corrupção de menor, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. Assim, tendo em conta a revogação do art. 60 da Lei das Contravenções Penais pela Lei 11.983/2009, concluiu-se que a conduta do acusado não seria típica, visto que a mendicância perdera o status de infração penal. HC 103787/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.10.2010. (HC-103787)

INFORMATIVO Nº 603

TÍTULO

Configuração da Interestadualidade de Tráfico de Drogas (Transcrições)

PROCESSO

HC - 98422

ARTIGO

Configuração da Interestadualidade de Tráfico de Drogas (Transcrições) (v. Informativo 601) HC 99452/MS* RELATOR: Min. Gilmar Mendes RELATÓRIO: Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em favor de **, contra acórdão formalizado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus n.º 119.637/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Eis o teor da ementa desse julgado: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06). CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INTERESTADUALIDADE. ART. 40, V, DO MESMO DIPLOMA. CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. INTENÇÃO QUE NÃO SE CONCRETIZA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL. SIMILARIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO NEGADA UNICAMENTE EM RAZÃO DA CONSIDERAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO COMO SUFICIENTE À CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA QUE O TRIBUNAL APRECIE A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA, COM A ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, DESCONSIDERANDO-SE OS ANTECEDENTES MENCIONADOS. 1. Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5ª Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 13.10.08). 2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 3. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem. 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal a quo aprecie a possibilidade de redução da pena do paciente, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, desconsiderando-se os antecedentes mencionados. Conforme consta dos autos, o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art.33, caput, c/c art.40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006. Inconformada, a defesa

interpôs recurso de apelação, ao qual, por maioria, foi negado provimento, dando ensejo à interposição de embargos infringentes, que foram rejeitados. Diante dessa decisão, a defesa impetrou ordem de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, e obteve denegação da ordem, consoante se infere da ementa transcrita. Neste writ, a defesa reforça os fundamentos dos habeas corpus submetidos a exame do Superior Tribunal de Justiça no intuito de requerer a concessão da ordem “para o fim de decotar da condenação o indevido reconhecimento da interestadualidade do tráfico (art.40, V, da Lei n.º 11.343/06)”. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem. É o relatório.

VOTO: Consigno que, no caso concreto, a defesa sustenta a necessidade de efetiva transposição da fronteira estadual para caracterizar a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06. De início, atesto que a antiga lei de drogas (Lei 6.368/76) tratava das causas de aumento de pena, em seu art. 18, nos seguintes termos: Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de um terço a dois terços: I - no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal; II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância; III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação; IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimentos de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local. Por sua vez, a Lei 11.343/2006 trata das majorantes em seu art.40, que assim dispõe: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; VII - o agente financiar ou custear a prática do crime. Conforme se depreende dos artigos transcritos, a disposição atual é mais ampla, abarcando situações anteriormente não previstas, tal como a inovação disposta especificamente no inciso V, “o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.” Como atestado na obra coordenada por Luiz Flávio Gomes “Lei de

Drogas Comentada”: “Esta inovação atendeu a reivindicação da doutrina especializada. Na vigência da Lei 6.368/76 reclamava (e sugeriria) Valdir Sznick: ‘Entendemos que, como agravante, caberia aqui o tráfico interestadual, por sinal, cada vez mais, bastante ativo. Se este tráfico for coibido mais intensamente, em especial no Mato Grosso e Estados do Nordeste a traficância, no caso interno, se reduziria bastante. Não se justifica, a não ser para atender ao previsto nos acordos internacionais, a punição, como aqui neste inciso, apenas de tráfico só internacional, relegando a segundo plano o tráfico interestadual, mais intenso e, quiça pernicioso como se não existisse ou fosse inexpressivo’.(GOMES, Luiz Gomes (Org.).Lei de Drogas Comentada. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 221). Diante disso, sob o aspecto da política criminal adotada, a mencionada inovação visou, acertadamente, coibir a expansão do tráfico de entorpecentes entre as unidades da Federação. Ademais, ao tratar a interestadualidade como causa de aumento de pena, a nova lei teve a oportunidade de dar concretude ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), sobretudo, levando-se em conta o maior grau de reprovabilidade da conduta. Assim, entendo que a configuração da interestadualidade do tráfico de entorpecentes prescinde da efetiva transposição das fronteiras do Estado, bastando, tão somente, elementos que sinalizem a destinação da droga para além dos limites estaduais. Guardada as devidas proporções, colho precedentes desta Corte: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ARTIGOS 12 E 18, I, DA LEI Nº 6.368, DE 21.10.1976. CRIME PROVOCADO. FLAGRANTE FORJADO OU PREPARADO. PENA: AUMENTO (ART. 18, I, DA LEI). 1. Não fica evidenciada hipótese de crime provocado, ou de flagrante forjado, se os agentes participam da obtenção, da guarda e do transporte de cocaína, que se destina ao exterior, consistindo a atividade da Polícia, apenas, em obter informações sobre o propósito deles e em acompanhar seus passos, até a apreensão da droga, em pleno transporte, ainda no Brasil, seguida de prisão em flagrante. 2. Destinando-se a droga ao exterior, incide a majorante do inc. I do art. 18 da Lei nº 6.368, de 21.10.1976, ainda que aquela não chegue até lá, pois o que se quer punir, com maior severidade, mediante esse aumento de pena, é a atividade mais audaciosa dos agentes, que se animam a um tráfico internacional e adotam todas as providências para que ele se viabilize, como ocorreu no caso, apesar da frustração, ditada pela diligência da Polícia. 3. “Habeas Corpus” indeferido. Decisão unânime. (HC 74510, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 08/10/1996, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-03 PP-00618) “ Habeas corpus. 2. Impetrações anteriores em favor dos pacientes e co-réus, no mesmo processo-crime: HC n.os 74.083-9, 74.687-0 e 75.405-8. 3. No caso concreto, invoca-se nulidade das provas colhidas, porque inadmissíveis, à vista do art. 5º, LVI, da Constituição, eis que obtidas com ofensa ao item XI do mesmo art. 5º da Lei Maior. 4. Encontrando-se o barco estrangeiro, já em condições de zarpar para o exterior, à evidência, não há ver, na atuação da Polícia Federal, ofensa ao art. 5º, XI, da Constituição. Cuidava-se de situação de flagrante delito, ocorrendo a imediata apreensão do volumoso carregamento de cocaína, a configurar tráfico internacional de entorpecentes. 5. Habeas corpus indeferido. (HC 77525, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 20/10/1998, DJ 10-08-2000 PP-00005 EMENT VOL-01999-03 PP-00518) Nesse sentido, também a doutrina: “Tráfico interestadual de drogas. Trata-se de condição objetiva de aumento de pena o fato de o

crime caracterizar-se como interestadual. Ainda que objetiva, para a sua aplicação, o agente tem de saber dessa circunstância ou pelo menos ter consciência da possibilidade consistente de que isso está ocorrendo ou ocorrerá. Esse conhecimento se afere por circunstâncias externas, como por exemplo a remessa interestadual ou outras, que serão análogas às do inciso I, isto é, a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato. (...)” (FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas Anotada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.146-147). No caso concreto, o paciente foi preso em flagrante, no interior de um ônibus que fazia o trajeto Campo Grande/MS a Cuiabá/MT, transportando em sua mochila 8,6 kg de substância entorpecente (maconha). Ressalto que, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, o paciente confessou a intenção de transportar a droga, adquirida em Campo Grande/MS, para a cidade de Rondonópolis/MT. Nesse ponto, confira-se trecho da sentença: “(...) **, qualificado nos autos, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual como incurso nas penas do artigo 33 c.c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06, pelos fatos assim descritos na denúncia: “Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 04.07.2007, na BR 163, KM 611,8, no Posto da Polícia Rodoviária Federal, neste Município, o denunciado ** foi surpreendido transportando 8.600g (oito mil e seiscentos gramas) de substância entorpecente, qual seja, “cannabis sativa” conhecida vulgarmente por “maconha”, envolto em 14 (quatorze) tabletes mais 01 (uma) “trouxinha” cujo uso é proscrito no Brasil (Auto de Apreensão de f. 20 e Laudo de Constatação Preliminar f. 22), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O denunciado levaria a droga da cidade de Campo Grande/MS para Rondonópolis-MT (f. 06). 2. Segundo restou apurado, no dia dos fatos, em fiscalização de rotina na BR 163, os Policiais Rodoviários Federais ** e ** abordaram o ônibus da empresa Motta Ltda, prefixo 20102, itinerário Campo Grande/MS x Cuiabá/MT e, em vistoria ao interior do referido veículo, localizaram junto à poltrona do denunciado uma mochila, contendo em seu interior dois tabletes com entorpecente acima descrito. Indagado sobre a mochila, o denunciado ** admitiu ser o proprietário da mesma, bem como da droga. Confessou, ainda, que adquiriu a droga na cidade de Campo Grande/MS e tinha como destino a cidade de Rondonópolis/MT (f. 23). Diante dos fatos o denunciado foi preso em flagrante. 3. A materialidade delitiva resta comprovada pelo Auto de Apreensão de f. 20, Laudo de Exame de Constatação Preliminar de f. 22, documentos acostados à fl. 23 e demais depoimentos colhidos nos autos.” (...) A imputação feita ao acusado ** restou cabalmente demonstrada, de modo que impõe-se sua condenação. As provas colhidas nos autos durante toda persecução criminal são suficientes e robustas, dando conta da conduta delitiva do réu. Com efeito, em Juízo (f. 58/60) o réu confirmou a autoria delitiva, afirmando que “são verdadeiros narrados na denúncia. Que foi contratado por Baiano na cidade de Rondonópolis/MT, onde mora o interrogado. Que o trato seria de receber R\$ 200,00 em dinheiro e 15 gramas de pasta base para uso do interrogando. [...]”. De outra parte, o Policial Rodoviário Federal ** confirmou as declarações prestadas na fase policial, relatando em juízo (f. 61) que: “Que no momento da abordagem parecia que o acusado havia usado droga, pelo seu jeito. Que o acusado na hora admitiu que a droga estava sendo levada para consumo.” Destarte, não restam dúvidas de que o acusado praticou a conduta prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, qual seja, transportar ilegalmente substância entorpecente, razão pela qual a

condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes é medida de rigor. (...) O Ministério Público pugnou pelo reconhecimento da causa de aumento mencionada, tendo em vista que o réu declarou em Juízo que a droga apreendida foi adquirida na cidade de Campo Grande - MS e seria levada para a cidade de Rondonópolis - MT. De outro lado, a defesa, pediu o afastamento da aplicabilidade da causa de aumento do tráfico interestadual, tendo em vista que o transporte da droga não evadiu as fronteiras do Estado. Não obstante os argumentos da defesa, tem-se, pois, nos autos a situação clara de que a droga apreendida estava encomendada à outro estado da Federação, fazendo incidir, independente da travessia da fronteira entre o estado de saída e o estado de destino, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, verbis: "Art. 40 - As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;". Vale ressaltar que em caso análogo, qual seja, para o tráfico internacional - ainda na vigência da Lei 6.368/76 - já se entendia que a simples verificação da finalidade (transportar droga para outro país) bastava para a incidência da referida majorante. É por isso que não há razão para afastar a novel causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, porque a situação é praticamente a mesma do tráfico internacional. (...)" Desse modo, em razão de todas as evidências de que a substância entorpecente adquirida no estado do Mato Grosso do Sul teria como destino o Estado do Mato Grosso, afigura-se correta a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06. Ante o exposto, por reputar irretocável o acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, denego a ordem de habeas corpus. É como voto. *acórdão publicado no DJe de 8.10.2010 **nomes suprimidos pelo Informativo

INFORMATIVO Nº 60

TÍTULO

Decisão Ultra-Petita

ARTIGO

Deferido habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ultrapassando os limites do pedido formulado em recurso interposto pelo Ministério Público - aplicação a adolescente infrator da medida prevista no inciso V do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (inserção em regime de semiliberdade) -, determinara, em prejuízo do paciente, a sua internação em estabelecimento educacional. HC 74.804-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, 18.2.97.

INFORMATIVO Nº 588

TÍTULO

Medida Sócio-Educativa: Advento da Maioridade e Convívio Familiar

PROCESSO

HC - 98518

ARTIGO

Por reputar indevida a imposição de bom comportamento como condição para as atividades externas e para as visitas à família, a Turma deferiu, em parte, habeas corpus para permitir a paciente inserido no regime de semiliberdade a realização daquelas benesses, sem a imposição de qualquer condicionamento pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude. Salientou-se que o Estado deve assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (CF, art. 227, caput) e que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA tem por objetivo a proteção integral do menor, garantindo sua participação na vida familiar e comunitária. Consignou-se, ainda, que o art. 120 do ECA permite a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial, bem como que as restrições a direitos de adolescentes só devem ser aplicadas em casos extremos em decisões fundamentadas. De outro lado, rejeitou-se o pedido de extinção da medida sócio-educativa aplicada ao paciente que, durante seu cumprimento, atingira a maioridade penal. Asseverou-se que a projeção da medida sócio-educativa de semiliberdade para além dos 18 anos decorreria da remissão às disposições legais atinentes à internação. Ademais, aduziu-se que o ECA não determina, em nenhum dos seus preceitos, o fim da referida medida quando o adolescente completar 18 anos de idade. HC 98518/RJ, rel. Min. Eros Grau, 25.5.2010. (HC-98518)

INFORMATIVO Nº 581

TÍTULO

Ação Penal e Trancamento mediante 'Habeas Corpus'

PROCESSO

RHC Pleno 7.4. 2010 8.4.2010 30 1ª Turma 6.4.2010 — 366 2ª Turma 6.4.2010 — 134
TRANSCRIÇÕES Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica. Proteção Integral à Infância e à Juventude - Omissão do Poder Público - Política Pública Delineada na Constituição - Legitimidade do Controle Jurisdicional das Omissões Estatais (Transcrições) RE 482611/SC* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA

CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado (fls. 348): “Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido. À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.” (grifei) O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, parte recorrente, sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido o art. 227 da Constituição da República. O exame desta causa - considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise (AI 583.136/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 503.658/SC, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.) - convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, informam e dão consistência ao presente recurso extraordinário. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227, “caput” - grifei). Para BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO (“O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral da criança e do adolescente, tal como objetivada pelo Programa Sentinela–Acorde, exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento

político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: “Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo ‘menor’ seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.” (grifei) O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento sócio-educativo às crianças vítimas de exploração ou violência (CF, art. 227, “caput”) – não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito da criança e do adolescente, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis. Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004): “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: “DESRESPEITO À

CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE

MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta

não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente - que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) - tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o Supremo Tribunal Federal: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da

discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei) Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, “caput”, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela acolhível a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto

ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos

poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "Fundamentos da Constituição", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora). O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgredir, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA,

“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.). O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoría de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta da seguinte decisão, consubstanciada em acórdão assim ementado: “(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)” (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. O fato que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode

transformá-la em promessa constitucional incosequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente. Ao contrário do que se afirmou no v. acórdão recorrido, as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise: “Ao contrário do que decidido pelo Tribunal ‘a quo’, no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes - no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento. É competência do Poder Judiciário, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais. 9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pende discussão, sendo o seu cumprimento incontornável. 10. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.” (grifei) Isso significa, portanto, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental

com direitos básicos da pessoa, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à criança e ao adolescente, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 227, “caput”, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, a proteção integral da criança e do adolescente. Sendo assim, em face das razões expostas e

considerando, ainda, anterior decisão que proferi sobre o mesmo tema (AI 583.264/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conheço do presente recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado local de primeira instância. Publique-se. Brasília, 23 de março de 2010. Ministro CELSO DE MELLO Relator

*decisão publicada no DJE de 7.4.2010 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS 5 a 9 de abril de 2010 CENTRO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE SERVIDORES DO JUDICIÁRIO (CEAJUD) - Criação Resolução nº 111/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Institui o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário - CEAJud e dá outras providências. Publicada no DJE/CNJ de 9/4/2010, n. 63, p. 8. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) Conflito Fundiário - Discussão Resolução nº 110/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Institucionaliza, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum de Assuntos Fundiários, de caráter nacional e permanente, destinado ao monitoramento dos assuntos pertinente a essa matéria e à resolução de conflitos oriundos de questões fundiárias, agrárias ou urbanas. Publicada no DJE/CNJ de 9/4/2010, n. 63, p. 6. Estrutura Administrativa Portaria nº 54/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Dispõe sobre a estrutura orgânica do Conselho Nacional de Justiça. Publicada DJE/CNJ de 9/4/2010, n. 63, p. 2. Tribunal de Justiça - Maranhão - Tortura - Abuso de autoridade - Preso Portaria Conjunta nº 6/CNJ/TJMA , de 7 de abril de 2010 - Institui grupo de trabalho para levantamento e apuração de abuso de autoridade, tortura e qualquer tipo de violência perpetrados por agentes públicos contra presos no Estado do Maranhão. Publicada no DJE/CNJ de 8/4/2010, n. 62, p. 7. Prazo Processual - Prescrição - Processo Penal Resolução nº 112/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Institui mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal. Publicada no DJE/CNJ de 8/4/2010, n. 62, p. 6. Videoconferência - Interrogatório Resolução nº 105/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Publicada no DJE/CNJ de 8/4/2010, n. 62, p. 5. Tribunal de Justiça - Tribunal Regional Federal - Agente de Segurança Judiciária - Fundo Nacional de Segurança Resolução nº 104/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Dispõe sobre medidas administrativas para a segurança e a criação de Fundo Nacional de Segurança. Publicada no DJE/CNJ de 8/4/2010, n. 62, p. 4. Processo Judicial - Assistência Médica - Direito à Saúde Resolução nº 107/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Publicada no DJE/CNJ de 7/4/2010, n. 61, p. 9. Magistrado - Promoção por Merecimento Resolução nº 106/CNJ, de 6 de abril de 2010 - Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos tribunais de 2º grau. Publicada no DJE/CNJ de 7/4/2010, n. 61, p. 6. Processo Judicial - Assistência Médica - Eficiência Recomendação nº 31/CNJ, de 30 de março de 2010 - Recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Publicada no DJE/CNJ de 7/4/2010, n. 61, p. 4.

Assessora responsável pelo Informativo Anna Daniela de A. M. dos Santos informativo@stf.gov.br - 94821

ARTIGO

A Turma indeferiu habeas corpus no qual militar denunciado pela suposta prática do crime de desobediência (CPM, art. 301), por ter se recusado a receber diversas notificações e a comparecer à Organização Militar para prestar testemunho em sindicâncias e inquérito policial militar, pleiteava o trancamento de ação penal instaurada contra ele na origem. Sustentava falta de justa causa para a persecução criminal, dado que as notificações foram recepcionadas por sua esposa, que não as repassara, seguindo orientação de profissional da área de saúde, pois o paciente se encontrava afastado de suas funções por motivo de incapacidade física. Alegava, ademais, que o elemento subjetivo do delito de desobediência se encontraria pautado em dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de não obedecer à ordem legal da Administração Militar, o que não teria ocorrido no caso. Preliminarmente, recebeu-se o presente recurso ordinário — porque intempestivo — como habeas corpus. Observou-se que, quando o recurso ordinário carecer dos requisitos formais previstos no art. 310 do RISTF, pode, excepcionalmente, ser recebido como habeas corpus. Ressaltou-se, por outro lado, que as alegações formuladas pelo impetrante — falta de justa causa e ausência de dolo — exigiriam a realização de exame aprofundado de provas que, em sede de habeas corpus, não se mostraria possível, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito líquido e certo, que não admite dilação probatória. Assinalou-se que tal vedação teria especial aplicação na situação sob exame, porquanto os autos originários se encontrariam em momento processual no qual a dúvida milita pro societate. Considerou-se que esta Corte tem decidido, reiteradamente, que o trancamento de ação penal por falta de justa causa ou por inépcia da denúncia, na via estreita do habeas corpus, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se verificara na espécie. RHC 94821/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 6.4.2010. (RHC-94821)

INFORMATIVO Nº 576

TÍTULO

Censura Judicial à Imprensa – Inadmissibilidade (Transcrições)

PROCESSO

ARTIGO

Censura Judicial à Imprensa – Inadmissibilidade (Transcrições) (v. Informativo 571) Rcl 9428/DF* RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO Voto Vencido do Ministro CELSO DE MELLO. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Preliminarmente, reconheço admissível, no caso em exame, o instrumento constitucional da reclamação. Todos sabemos que a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua - ação (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, “apud” Cordeiro de Mello, “O

processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro DJACI FALCÃO, RTJ 112/518-522) -, configura instrumento de extração constitucional destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “I”), consoante tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Vale referir, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, quando utilizada, como na espécie, com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante, como sucede com aqueles proferidos em sede de fiscalização normativa abstrata (RTJ 169/383-384 – RTJ 183/1173-1174): “O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).” (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) A destinação constitucional da via reclamatória, portanto - segundo acentua, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. IV/393, 2ª ed., Forense) -, além de vincular esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, prende-se ao objetivo específico de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados desta Suprema Corte. Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação - enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do “imperium” inerente à decisão desrespeitada -, destaca, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/199-200, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva): “O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como causa finalis assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.” (grifei) Não é por outra razão que a Lei nº 9.882/99 - que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental - prescreve, em seu art. 13, que “Caberá reclamação contra o descumprimento de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno” (grifei). Isso porque a decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (como aquela que julgou a

ADPF 130/DF) apresenta-se impregnada de efeito vinculante e de eficácia geral (“erga omnes”), suscetível de legitimar, quando eventualmente descumprida, o ajuizamento de reclamação, tal como assinala, em obra monográfica (“Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, p. 314/316, item n. 3, 2007, Saraiva/IDP), o eminente Ministro GILMAR MENDES: “Os vários óbices à aceitação do instituto da reclamação em sede de controle concentrado parecem ter sido superados, estando agora o STF em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Com o advento da Lei n. 9.882/99, que estendeu o reconhecimento do efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público, a questão assume relevo prático, em razão, especialmente, do objeto amplo da ADPF, que envolve até mesmo o direito municipal. Não há dúvida de que a decisão de mérito proferida em ADPF será dotada de efeito vinculante, dando azo, por isso, à reclamação para assegurar a autoridade da decisão do STF. Da mesma forma, cabível a reclamação para assegurar a autoridade da decisão proferida em ADPF, não há razão para não reconhecer também o efeito vinculante da decisão proferida em cautelar na ADPF (art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882/99), o que importa, igualmente, na admissão da reclamação para garantir o cumprimento de decisão adotada pelo Tribunal em sede de cautelar. Tal como já explicitado em relação à ADI e à ADC, a não-observância de decisão concessiva de cautelar em ADPF poderá dar ensejo também à reclamação nos expressos termos do art. 13 da Lei n. 9.882/99. É que a decisão concessiva de liminar na ADPF será, igualmente, dotada de efeito vinculante. Assim, reconhecida que a decisão de mérito (bem como a decisão concessiva de liminar) é dotada de efeito vinculante, ter-se-á de admitir que, em caso de descumprimento, será cabível a reclamação. Nesses termos, qualquer pessoa cujos interesses jurídicos tenham sido afetados por ato judicial ou administrativo contrário a decisões proferidas em caráter definitivo ou cautelar em ADPF poderia propor reclamação perante o STF.” (grifei) Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, que o descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal autoriza a utilização da via reclamationária, vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia dos comandos que emergem de seus atos decisórios, na linha do magistério jurisprudencial consagrado por este Tribunal (RTJ 187/150-152, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe reconhecer, de outro lado, que, mesmo terceiros - que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato - dispõem de legitimidade ativa para o ajuizamento da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando promovida com o objetivo de fazer restaurar o “imperium” inerente às decisões emanadas desta Corte, proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou, como no caso, de argüição de descumprimento de preceito fundamental. É inquestionável, pois, sob tal aspecto, nos termos do julgamento plenário de questão de ordem suscitada nos autos da Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, que se revela plenamente viável a utilização, na espécie, do instrumento reclamationário, razão pela qual assiste, à parte ora reclamante, legitimidade ativa “ad causam” para fazer instaurar a presente medida processual. Impende registrar, por oportuno, que esse entendimento tem prevalecido em sucessivos julgamentos proferidos

por esta Suprema Corte: “(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. - Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele - particular ou não - que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. (...)” (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Plenamente justificável, assim, a utilização, no caso, do instrumento constitucional da reclamação, motivo pelo qual peço vênia para acompanhar, no que concerne a essa questão preliminar, o voto divergente proferido pelo eminente Ministro AYRES BRITTO. Feitas estas considerações, passo ao exame do pedido formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, verifico que a decisão ora questionada nesta sede reclamatória diverge, em seus aspectos essenciais, do entendimento que o Plenário desta Suprema Corte firmou no julgamento da ADPF 130/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO. Entendo assistir razão ao eminente Ministro AYRES BRITTO quando observa que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento final da ADPF 130/DF, examinou a questão pertinente à censura. A abordagem desse tema transpareceu, de modo claro e inequívoco, do conteúdo de diversos votos – como o do Ministro AYRES BRITTO e o meu próprio – proferidos no curso daquele julgamento. Lembro-me, claramente, que iniciei o meu voto, no julgamento da ADPF 130/DF, rememorando que se realizou, em 1994, no Castelo de Chapultepec, situado no centro da Cidade do México,

a Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão, que elaborou uma importantíssima Carta de Princípios, fundada em postulados, que, por essenciais ao regime democrático, devem constituir objeto de permanente observância e respeito por parte do Estado e de suas autoridades e agentes. Acentuei, então, que a Declaração de Chapultepec – ao enfatizar que uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade, não devendo existir, por isso mesmo, nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação – proclamou, dentre outros postulados básicos, os que se seguem: “I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo. II – Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos. V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem, diretamente, à liberdade de imprensa. VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam. X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.” (grifei) Destaquei, ainda, em meu voto, quando do julgamento da ADPF 130/DF, na linha de outras decisões por mim proferidas no Supremo Tribunal Federal (AI 505.595/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 3.486/DF,

Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o conteúdo da Declaração de Chapultepec revela-nos que nada mais nocivo, nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício), pois o pensamento há de ser livre – permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre!!! Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, sob a égide da vigente Constituição da República, intensificou-se, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, a liberdade de informação e de manifestação do pensamento. Todos sabemos, Senhor Presidente, que o exercício concreto, pelos profissionais da imprensa, da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, assegura, ao jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas. É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade. Lapidar, sob tal aspecto, a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciada em acórdão assim ementado: “Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.” (JTJ 169/86, Rel. Des. MARCO CESAR - grifei) É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o “animus injuriandi vel diffamandi”, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa. Expressivo dessa visão pertinente à plena legitimidade do direito de crítica, fundado na liberdade constitucional de comunicação, é o julgamento, que, proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça – e em tudo aplicável ao

caso ora em exame -, está assim ementado: “RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – (...) - DIREITO DE INFORMAÇÃO – ‘ANIMUS NARRANDI’ - EXCESSO NÃO CONFIGURADO (...). 3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (‘animus criticandi’) ou a narrar fatos de interesse coletivo (‘animus narrandi’), está sob o pálio das ‘excludentes de ilicitude’ (...), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.” (REsp 719.592/AL, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – grifei) Não é por outro motivo que a jurisprudência dos Tribunais – com apoio em magistério expendido pela doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Manual de Direito Penal”, vol. 2/147 e 151, 7ª ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 400, 407 e 410/411, 4ª ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, “Direito Penal - Crimes contra a pessoa”, p. 236/240, 2ª ed., 1973, RT, v.g.) – tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar (tal como sucedeu na espécie) atua como fator de descaracterização da vontade consciente e dolosa de ofender a honra de terceiros, a tornar legítima a crítica a estes feita, ainda que por meio da imprensa (RTJ 145/381 – RTJ 168/853 – RT 511/422 – RT 527/381 – RT 540/320 – RT 541/385 – RT 668/368 – RT 686/393), eis que – insista-se – “em nenhum caso deve afirmar-se que o dolo resulta da própria expressão objetivamente ofensiva” (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Lições de Direito Penal - Parte especial”, vol. II/183-184, 7ª ed., Forense – grifei), valendo referir, por oportuno, decisão que proferi, a propósito do tema, neste Supremo Tribunal Federal: “LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c O ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA.” (RTJ 200/277, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Entendo relevante destacar, no ponto, analisada a questão sob a perspectiva do direito de crítica – cuja prática se mostra apta a descaracterizar o “animus injuriandi vel diffamandi” (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, “A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade”, p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”, p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g.) –, que essa prerrogativa dos profissionais de imprensa revela-se particularmente expressiva, quando a crítica, exercida pelos “mass media” e justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial. Daí a existência de diversos julgamentos, que, proferidos por Tribunais judiciais, referem-se à legitimidade da atuação jornalística, considerada, para tanto, a

necessidade do permanente escrutínio social a que se acham sujeitos aqueles que, exercentes, ou não, de cargos oficiais, qualificam-se como figuras públicas: “Responsabilidade civil - Imprensa - Declarações que não extrapolam os limites do direito de informar e da liberdade de expressão, em virtude do contexto a que se reportava e por relacionar-se à pessoa pública - Inadmissibilidade de se cogitar do dever de indenizar - Não provimento.” (Apelação nº 502.243-4/3, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI – TJSP - grifei)

“Indenização por dano moral. Matéria publicada, apesar de deselegante, não afrontou a dignidade da pessoa humana, tampouco colocou a autora em situação vexatória. Apelante era vereadora, portanto, pessoa pública sujeita a críticas mais contundentes. Termos deseducados utilizados pelo réu são insuficientes para caracterizar o dano moral pleiteado. Suscetibilidade exacerbada do pólo ativo não dá supedâneo à verba reparatória pretendida. Apelo desprovido.” (Apelação Cível nº 355.443-4/0-00, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA – TJSP - grifei) “INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE TRADUZ CRÍTICA JORNALÍSTICA. AUTORA QUE, NO EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO, NÃO PODE SE FURTAR A CRÍTICAS QUE SE LHE DIRIGEM. CASO EM QUE FERIDA MERA SUSCETIBILIDADE, QUE NÃO TRADUZ DANO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DO COMPORTAMENTO DOS RÉUS. DIREITO DE CRÍTICA QUE É INERENTE À LIBERDADE DE IMPRENSA. VERBA INDEVIDA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO, PREJUDICADO O APELO ADESIVO. (...)” (Apelação Cível nº 614.912.4/9-00, Rel. Des. VITO GUGLIELMI – TJSP - grifei) “INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PUBLICAÇÃO DE ARTIGO EM REVISTA COM REFERÊNCIAS À PESSOA DO AUTOR. INFORMAÇÕES COLETADAS EM OUTRAS FONTES JORNALÍSTICAS DEVIDAMENTE INDICADAS. AUSÊNCIA DE CONOTAÇÃO OFENSIVA. TEOR CRÍTICO QUE É PRÓPRIO DA ATIVIDADE DO ARTICULISTA. AUTOR, ADEMAIS, QUE É PESSOA PÚBLICA E QUE ATUOU EM FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.” (Apelação Cível nº 638.155.4/9-00, Rel. Des. VITO GUGLIELMI - TJSP - grifei) “(...) 03. Sendo o envolvido pessoa de vida pública, uma autoridade, eleito para o cargo de Senador da República após haver exercido o cargo de Prefeito do Município de Ariquemes/RO, condição que o expõe à crítica da sociedade quanto ao seu comportamento, e levando-se em conta que não restou provado o ‘animus’ de ofender, tenho que o Jornal não pode ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais. 04. Deu-se provimento ao recurso. Unânime.” (Apelação Cível nº 2008.01.5.003792-6, Rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA – TJDF - grifei) “A notoriedade do artista, granjeada particularmente em telenovela de receptividade popular acentuada, opera por forma a limitar sua intimidade pessoal, erigindo-a em personalidade de projeção pública, ao menos num determinado momento. Nessa linha de pensamento, incorreu iliceidade ou o propósito de locupletamento para, enriquecendo o texto, incrementar a venda da revista. (...) cuida-se de um ônus natural, que suportam quantos, em seu desempenho exposto ao público, vêm a sofrer na área de sua privacidade, sem que se aviste, no fato, um gravame à reserva pessoal da reclamante.” (JTJ/Lex 153/196-200,

197/198, Rel. Des. NEY ALMADA – TJSP - grifei) Vê-se, pois – tal como tive o ensejo de assinalar (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 398/2005) -, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas com alto grau de responsabilidade na condução dos interesses de certos grupos da coletividade, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo. Não é menos exato afirmar-se, de outro lado, que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apóia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, V). É por tal razão, como assinala VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 87/88, 1997, Editora FTD), que o reconhecimento da legitimidade do direito de crítica - que constitui “pressuposto do sistema democrático” – qualifica-se, por efeito de sua natureza mesma, como verdadeira “garantia institucional da opinião pública”: “(...) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.” (grifei) Não foi por outra razão – e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - que o Tribunal Constitucional espanhol, ao veicular as Sentenças nº 6/1981 (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), nº 12/1982 (Rel. Juiz LUIS DíEZ-PICAZO), nº 104/1986 (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) e nº 171/1990 (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, inclusive o direito de crítica que dela emana, como um dos suportes axiológicos que informam e que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. É relevante observar, ainda, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do poder-dever de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática “ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática (...)” (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 07/12/1976). Essa mesma Corte Européia de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso Lingens (Sentença de 08/07/1986), após assinalar que “a divergência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação”, acentua que “a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e idéias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)”, vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes. Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

É preciso advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover, como no caso, a repressão à crítica jornalística, mediante condenação judicial ao pagamento de indenização civil, que o Estado – inclusive o Judiciário - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social. Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. Isso, porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o mais precioso privilégio dos cidadãos (...)” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense). Vale rememorar, por relevante, tal como o fiz em anterior decisão neste Supremo Tribunal Federal (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), fragmento expressivo da obra do ilustre magistrado federal SÉRGIO FERNANDO MORO (“Jurisdição Constitucional como Democracia”, p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), no qual esse eminente Juiz põe em destaque um “landmark ruling” da Suprema Corte norte-americana, proferida no caso “New York Times v. Sullivan” (1964), a propósito do tratamento que esse Alto Tribunal dispensa à garantia constitucional da liberdade de expressão: “A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. Diz o voto condutor do Juiz William Brennan: ‘(...) o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais.’” (grifei) Essa mesma percepção em torno do tema tem sido manifestada pela jurisprudência dos Tribunais, em pronunciamentos que se orientam em sentido favorável à postulação da empresa jornalística ora reclamante, que agiu, na espécie, com o ânimo de informar e de expender crítica, em comportamento amparado pela liberdade constitucional de comunicação, em contexto que claramente descaracteriza qualquer imputação, a ela, de responsabilidade civil pelas matérias que publicou: “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PUBLICADA EM REVISTA SEMANAL. VIÉS CRÍTICO SOBRE TERAPIAS ALTERNATIVAS. LIBERDADE DE IMPRENSA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. A liberdade de imprensa, garantia inerente a qualquer Estado que se pretenda democrático, autoriza a publicação de matéria que apresente críticas a quaisquer atividades.” (REsp 828.107/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – grifei) “Críticas - inerentes à atividade jornalística. Estado Democrático - cabe à imprensa o dever de informar. Art. 5º, IV e X, da Constituição. Idéias e opiniões pessoais

são livres. Garantia constitucional. Vida pública - todos estão sujeitos a críticas favoráveis ou desfavoráveis. Exercício da crítica não produz lesão moral.” (Apelação Cível nº 2006.001.21477/RJ, Rel. Des. WANY COUTO – grifei) “AÇÃO

DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - LIBERDADE DE IMPRENSA - DIVULGAÇÃO DE FATOS ENVOLVENDO O AUTOR - AUSÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO. 1 - A liberdade de imprensa deve ser exercida com a necessária responsabilidade, para que não resulte em prejuízo à honra, à imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida na notícia. 2 - Não tendo as matérias publicadas ultrapassado os limites legais e constitucionais do direito de informação, afasta-se a ocorrência de dano moral, eis que ausente a intenção de lesar ou prejudicar outrem.” (Apelação Cível nº 2004.01.1.063638-4/DF, Rel. Des. HAYDEVALDA SAMPAIO – grifei) Impõe-se reconhecer que esse entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que, em hipótese assemelhada à ora em exame, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: “Direito à informação (CF, art. 220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. RE conhecido e provido.” (RE 208.685/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - grifei) Não constitui demasia insistir na observação de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – reafirmando a repulsa à atividade censória do Estado, na linha de anteriores Constituições brasileiras (Carta Imperial de 1824, art. 179, nº 5; CF/1891, art. 72, § 12; CF/1934, art. 113, nº 9; CF/1946, art. 141, § 5º) – expressamente vedou “(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF/88, art. 220, § 2º). Cabe observar, ainda, Senhor Presidente, que a repulsa à censura, além de haver sido consagrada em nosso constitucionalismo democrático, representa expressão de um compromisso que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional. Com efeito, o Brasil, dentre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, subscreveu a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela III Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, há exatos 61 anos, em 10 de dezembro de 1948. Esse estatuto contempla, em seu Artigo XIX, previsão do direito à liberdade de opinião e de expressão, inclusive a prerrogativa de procurar, de receber e de transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras. O direito fundamental à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de imprensa, é igualmente assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 19), adotado pela Assembléia Geral da ONU em 16/12/1966 e incorporado, formalmente, ao nosso direito positivo interno, em 06/12/1992 (Decreto nº 592/92). Vale mencionar, ainda, por sumamente relevante, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada pela IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, cujo texto assegura, a todos, a plena liberdade de expressão (Artigo IV). (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esse, precisamente, é o outro documento internacional que eu, agora, irei mencionar. Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, garante, às pessoas em geral, o direito à livre manifestação do pensamento, sendo-lhe absolutamente estranha a idéia de censura governamental. Eis o que proclama, em seu Artigo 13, esse pacto fundamental: “Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir

informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.” (grifei) É interessante assinalar, neste ponto, até mesmo como registro histórico, que a idéia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente nos trabalhos de nossa primeira Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, reunida em 03/05/1823 e dissolvida, por ato de força, em 12/11/1823. Com efeito, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, ao longo dessa Assembléia Constituinte, apresentou proposta que repelia, de modo veemente, a prática da censura, no âmbito do (então) nascente Estado brasileiro, em texto que, incorporado ao projeto da Constituição, assim dispunha: “Artigo 23 - Os escritos não são sujeitos à censura nem antes nem depois de impressos.” (grifei) A razão dessa proposta de Antonio Carlos Ribeiro de Andrada prendia-se ao fato de que D. João VI editara, há pouco mais de dois anos, em 02 de março de 1821, um decreto régio que impunha o mecanismo da censura, fazendo-nos recuar ao nosso passado colonial, período em que prevaleceu essa inaceitável restrição às liberdades do pensamento. (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E o passado deve ser respeitado por esta Corte, pelos magistrados e pelos Tribunais em geral. Devo registrar, no entanto, Senhor Presidente, que, embora lamentando, não posso deixar de reconhecer que o exercício, por alguns juízes e Tribunais, do poder cautelar geral transformou-se em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, aí compreendida a liberdade de imprensa. Ou, em uma palavra: o poder cautelar geral é, hoje, o novo nome da censura! Todas as observações que venho de fazer evidenciam que a decisão objeto da presente reclamação transgrediu a autoridade do julgamento plenário ora invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto, eis que o tema da censura foi efetivamente abordado e plenamente examinado quando do julgamento plenário da ADPF 130/DF. Enfatizo, Senhor Presidente, que eu próprio, no voto que proferi na ADPF 130/DF, fiz expressa referência à censura estatal, qualquer que tenha sido o órgão ou Poder de que tenha emanado esse ato (inadmissível) de cerceamento da liberdade de expressão. (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Antes de concluir o meu voto, Senhor Presidente, devo lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento final da ADI 869/DF, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão normativa constante do § 2º do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, advertiu, em decisão impregnada de efeito vinculante, que a cláusula legal que punia emissoras de rádio e de televisão, bem assim empresas jornalísticas, pelo fato de exercerem o direito de informar, mostrava-se formalmente colidente com o texto da Constituição da República (art. 220, § 2º). O julgamento em questão restou consubstanciado em acórdão assim ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento

policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 869/DF, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei) O fato, Senhor Presidente, é que não podemos retroceder neste processo de conquista e de reafirmação das liberdades democráticas. Não se trata de preocupação retórica. Ao contrário, cuida-se de preocupação de um Juiz do Supremo Tribunal Federal, preocupação de um cidadão desta República, pois o peso da censura é algo insuportável, absolutamente intolerável. (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência faz uma abordagem que me parece inteiramente pertinente. Lembro-me do historiador TOBIAS MONTEIRO, que costumava dizer que os brasileiros devem sempre recorrer “à botica de Rui Barbosa quando se agravem os males públicos que afligem o país”. O grande político baiano, o grande jurista brasileiro, o grande Advogado que forjou, nesta Corte, a consciência do novo regime que então se iniciava entre nós versou o tema da liberdade de expressão, fazendo-o em precioso opúsculo denominado “A Imprensa e o Dever da Verdade”, a que Vossa Excelência fez expressa menção no curso do julgamento da ADPF 130/DF, ora invocado como paradigma de confronto pela parte reclamante. (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Rui Barbosa, em texto no qual registrou as suas considerações sobre a atuação do Marechal Floriano Peixoto durante a Revolução Federalista e a Revolta da Armada (“A Ditadura de 1893”), após acentuar que a “rule of law” não podia ser substituída pelo império

da espada, assim se pronunciou sobre a questão da censura governamental: “A Constituição proibiu a censura irrestritamente, radicalmente, inflexivelmente. Toda lei preventiva contra os excessos da imprensa, toda lei de tutela à publicidade, toda lei de inspeção policial sobre os jornais é, por conseqüência, usurpatória e tirânica. Se o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros.” (grifei) (...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ministro EROS GRAU, antes de mais nada quero observar que a minha crítica não se dirige a qualquer dos eminentes Juízes desta Corte. A minha crítica dirige-se a certas práticas judiciais, de que a decisão ora reclamada constitui - a meu juízo - perigoso exemplo. A minha crítica dirige-se a esses magistrados que parecem não ter consciência dos novos tempos que estamos vivendo. Por todas essas razões, Senhor Presidente, peço vênias ao eminente Relator, para acompanhar o voto do eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, deferindo, em conseqüência, a medida cautelar ora requerida pela empresa jornalística. É o meu voto. * acórdão pendente de publicação.

TÍTULO
Princípio da Insignificância e Aplicação em Ato Infracional - 2
PROCESSO
HC - 98381
ARTIGO

Preliminarmente, observou-se que esta Turma já reconhecera a possibilidade de incidência do princípio da insignificância em se tratando de ato praticado por menor (HC 96520/RS, DJE de 24.4.2009). Na presente situação, assinalou-se que não se encontraria maior dificuldade em considerar satisfeitos os requisitos necessários à configuração do delito de bagatela, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. Mencionou-se, por outro lado, que o adolescente registraria antecedentes pela prática de outros atos infracionais, tendo sofrido medida sócio-educativa, além de ser usuário de substâncias entorpecentes. Tendo em conta o caráter educativo, protetor das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, asseverou-se que não pareceria desarrazoado o que fora decidido pela Corte de origem, ou seja, a aplicação de medida consistente na liberdade assistida, pelo prazo de seis meses — mínimo previsto pelo art. 188 do ECA —, além de sua inclusão em programa oficial ou comunitário de combate à dependência química (ECA, art. 101, VI). HC 98381/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.10.2009. (HC-98381)

INFORMATIVO Nº 550
TÍTULO
ADPF e Princípio da Subsidiariedade - 1
PROCESSO
ADPF - 172
ARTIGO

Por reputar incidente o princípio da subsidiariedade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º), o Tribunal não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental e não referendou liminar nela concedida. A ADPF fora ajuizada pelo Partido Progressista - PP contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que determinara a busca e apreensão de menor, de 9 anos de idade, e fixara hora e dia para sua apresentação ao Consulado dos Estados Unidos, na cidade do Rio de Janeiro, para fins de seu retorno a esse país. Na espécie, o menor, então com 4 anos de idade, fora trazido dos Estados Unidos, onde residia com a família, para o Brasil pela mãe, aqui permanecendo contra a vontade do pai, americano. O argüente alegava que a decisão hostilizada teria interpretado a Convenção da Haia, de 25.10.80, promulgada pelo Decreto Presidencial 3.413/2000, em detrimento de direitos e preceitos fundamentais da criança, bem como em dissonância com o que fora decidido em outros casos concretos. Quanto ao cabimento da presente ADPF, sustentava tratar-se de ato lesivo do Poder Público, temática que atingiria a gênese da Constituição, e não haver outro meio mais eficaz para sanar a lesividade. No que tange ao mérito, argumentava que houvera aplicação inconstitucional da Convenção

da Haia, mitigação de um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III), desconsideração dos objetivos da República (CF, art. 3º, caput e IV); princípios que regem as relações internacionais violados (CF, art. 4º, caput e I e II); direitos fundamentais (CF, art. 5º, caput e X, XI, XV, XLI, XLVII, a, LI, LIV e LV e § 1º); direitos sociais previstos no art. 6º, caput, da CF; e, também, do dever de proteção à família, à criança e ao adolescente (CF, art. 227). Defendia, por fim, a necessidade de interpretação da Convenção da Haia conforme a Constituição. Asseverou-se existirem outros remédios jurídicos, dotados de eficácia, para sanar a lesividade apontada. Registrou-se, ainda, que, no caso, os interessados na ADPF já teriam impetrado habeas corpus e mandado de segurança, bem como ajuizado ação cautelar, visando reverter a decisão ora impugnada, tendo sido, inclusive, concedida liminar no citado mandado de segurança para que o período de transição — adaptação do menor à nova convivência — ocorra no Brasil e não nos Estados Unidos. ADPF 172 Referendo em MC/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 10.6.2009. (ADPF-172)

INFORMATIVO Nº 533

TÍTULO

Excesso de Prazo e Internação Provisória

PROCESSO

HC - 93784

ARTIGO

Por considerar que a internação provisória extrapolaria, em muito, o prazo assinalado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, de modo a afastar a excepcionalidade própria da restrição preventiva da liberdade, assumindo a feição de punição antecipada, a Turma, em votação majoritária, superou o Enunciado 691 da Súmula do STF e deferiu habeas corpus impetrado em favor de menor cuja apreensão ocorrera em 11.7.2007 (ECA: "Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias."). De início, ressaltou-se que o feito encontrar-se-ia na fase de defesa prévia, quando da concessão de medida liminar (3.4.2008) pelo Min. Carlos Britto, relator, sem que a demora na prestação jurisdicional pudesse ser imputada à defesa ou à complexidade da causa. Tendo isso em conta, asseverou-se que deveriam ser sopesados, de um lado, os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar (art. 5º, XXXV) e, de outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII), sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-protetivo (artigos 227 e 228). Vencidos os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski relativamente ao conhecimento do writ. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade assistida, o julgamento da ação. HC 93784/PI, rel. Min. Carlos Britto, 16.12.2008. (HC-93784)

INFORMATIVO Nº 520

TÍTULO

Educação Infantil - Obrigação Constitucional do Município (Transcrições)

PROCESSO

AI - 677274

ARTIGO

Educação Infantil - Obrigação Constitucional do Município (Transcrições) AI 677274/SP*
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos

estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento foi interposto contra acórdão, que, confirmado, em sede de embargos de declaração (fls. 22/24) pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 09): “Apelação em ação de obrigação de fazer, objetivando a reforma da sentença que julgou o feito extinto sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC – Alegação de que existiu ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto há previsão legal e constitucional para a matrícula de menores em rede municipal de educação infantil – Recurso provido e extinção afastada – Ação Civil Pública Julgada procedente, nos termos do artigo 515, parágrafo 3º, do CPC – Inteligência dos artigos 54, IV, e 208, III, ambos do ECA e 211, § 2º, da CF.” (grifei) A parte ora agravante sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República. O exame desta causa, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI 474.444-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), convence-me da inteira correção dos fundamentos que apóiam e dão consistência ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). O eminente PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível: “O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” (grifei) Para CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: “(...) É por essa razão que os assim

chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)." (grifei) O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, "obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar", "in" "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: "O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...)." (grifei) O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004): "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e

Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema - após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana - põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil - que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) - tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo

espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei) Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios - que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Cumpre destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação,

garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa" (grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", "in" RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se evidentemente incabível, na espécie, o recurso extraordinário a que ele se refere. Publique-se. Brasília, 18 de setembro de 2008 (62º aniversário da promulgação da Constituição democrática de 1946). Ministro CELSO DE MELLO Relator * decisão pendente de publicação

INFORMATIVO Nº 514

TÍTULO

Resolução e Criação de Vara Especializada

PROCESSO

HC - 91024

ARTIGO

Ao aplicar o precedente firmado no julgamento do HC 88660/CE (j. em 15.5.2008), no sentido de que o Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos tribunais, cujo tema não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, já que depende da integração dos critérios estabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais, a Turma indeferiu habeas corpus em que alegada ofensa ao princípio do juiz natural ante a edição de resolução por tribunal de justiça. No caso, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte sustentava que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias daquela unidade da federação não previa a fixação, por resolução do tribunal, de competência de varas judiciais. Assim, inconstitucional e ilegal a

Resolução 19/2005, do Tribunal de Justiça do referido Estado-membro, que determinara a distribuição de ações penais envolvendo a prática de crimes sexuais contra crianças, adolescentes e idosos à determinada vara. De início, ressaltou-se a legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus com fundamento na incumbência da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, bem como quando envolvido o princípio do juiz natural. No mérito, considerou-se que a resolução impugnada estaria em consonância com o entendimento desta Corte. Asseverou-se que a regra prevista no art. 73, da Constituição estadual, reproduziria o disposto no art. 96, II, d, da CF, ao prever que lei complementar, de iniciativa do tribunal de justiça, dispusesse sobre a organização e divisão judiciárias do Estado. Ademais, enfatizou que a leitura interpretativa do artigo 96, I, a e d, e II, d, da CF, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal de justiça, desde que sem impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada. Outros precedentes citados: HC 84056/DF (DJU de 4.2.2005); HC 84103/DF (DJU de 6.8.2004). HC 91024/RN, rel. Min. Ellen Gracie, 5.8.2008. (HC-91024)

INFORMATIVO Nº 511

TÍTULO

Excesso de Prazo e Internação Provisória

PROCESSO

HC - 94000

ARTIGO

Por considerar que a internação provisória extrapolaria, em muito, o prazo assinalado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, assumindo a feição de punição antecipada, a Turma superou o Enunciado 691 da Súmula do STF e deferiu habeas corpus impetrado em favor de menores, cuja apreensão ocorrera em 23.10.2007 (ECA: "Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida."). De início, salientou-se que o feito encontrar-se-ia, ainda, na fase de defesa prévia e que a demora na prestação jurisdicional não poderia ser imputada à defesa ou à complexidade da causa. Tendo isso em conta, asseverou-se que deveriam ser calibrados, de um lado, os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar (art. 5º, XXXV) e, de outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII), sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-protetivo (artigos 227 e 228). Concluiu-se, assim, que de nada valeria a Constituição declarar o direito à razoável duração do processo — e, na espécie, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva —, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar com presteza. Ordem concedida para garantir aos pacientes o direito de aguardarem, em liberdade assistida, o desfecho das ações em curso na 2ª Vara da Infância e Juventude da

Íntegra do Informativo 511

INFORMATIVO Nº 509
TÍTULO
ECA e Convívio Familiar - 2
PROCESSO
HC - 88473
ARTIGO

Inicialmente, afastou-se o prejuízo do writ, tendo em conta a persistência do interesse dos impetrantes no seu julgamento, haja vista que o tribunal de origem não implementara o afastamento linear da internação, substituindo-a pelo regime da semiliberdade. Considerou-se que de nada adiantaria o menor desenvolver atividades externas e ter de recolher-se a casa que se diz de reeducação. No ponto, ressaltou-se o que contido no art. 227 da CF (“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”). Ademais, afirmou-se que, na situação concreta, o paciente seria primário, conviveria com a família e o ato infracional não teria sido cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, não se fazendo presente reiteração no cometimento de infrações graves, nem o descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta. Precedente citado: HC 85598/SP (DJU de 25.10.2005). HC 88473/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.6.2008. (HC-88473)

INFORMATIVO Nº 505
TÍTULO
ECA: Remissão e Medida Sócio-Educativa - 1
PROCESSO
RE - 248018
ARTIGO

A Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por reputar inconstitucional a parte final do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, afastara medida sócio-educativa aplicada a adolescente (“Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e internação.”). Salientou-se que a remissão é instituto jurídico expressamente previsto no ECA (artigos 126 a 128) e que pode ser identificado como a possibilidade da suspensão ou do encerramento do procedimento judicial iniciado para a apuração de ato infracional, sem incursão no exame da autoria e da materialidade do caso sub judice. Ademais, aduziu-se que Lei 8.069/90 prevê duas espécies

de remissão, a saber: a) pré-processual ou ministerial (ECA, art. 126, caput), proposta pelo Ministério Público antes do início do procedimento judicial para averiguação de ato infracional e que tem como consequência a exclusão do processo; e b) judicial (ECA, art. 126, parágrafo único), cabível depois de iniciado o procedimento judicial e proposta pela autoridade judiciária, podendo suspender ou extinguir o processo. Na espécie, entendeu-se que a medida sócio-educativa aplicada ao menor dera-se por imposição da autoridade judiciária, que homologara remissão cumulada à medida de advertência cominada por promotora de justiça. Assim, concluiu-se pela ausência de violação de garantia constitucional, porquanto a medida sócio-educativa emanara de órgão judicial competente. RE 248018/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 6.5.2008. (RE-248018)

INFORMATIVO Nº 5

TÍTULO

Revogação durante Vacatio Legis

ARTIGO

O art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - que previu para o crime de estupro contra menor de 14 anos pena de 4 a 10 anos de reclusão - foi revogado antes de entrar em vigor pela Lei 8072/90 ("Crimes Hediondos"), que fixou para o estupro, independentemente da idade da vítima, pena de 6 a 10 anos. Com esse fundamento, a 1ª Turma denegou habeas corpus impetrado em favor de paciente que praticara o referido crime contra menor de 14 anos, na vigência da Lei 8072/90. HC 72.435-SP, rel. Min. Celso de Mello, sessão de 12.09.95.

INFORMATIVO Nº 495

TÍTULO

Adolescente - Ato Infracional - Internação Provisória - Excesso de Duração (Transcrições)

PROCESSO

RECONS - 93431

ARTIGO

Adolescente - Ato Infracional - Internação Provisória - Excesso de Duração (Transcrições)
RECONS. em HC 93431/PI* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO DECISÃO (RISTF, art. 38, I): Esta decisão é por mim proferida em face da ausência eventual, nesta Suprema Corte, do eminente Relator da presente causa (fls. 65) e de seu ilustre substituto regimental (fls. 67), justificando-se, em consequência, a aplicação da norma inscrita no art. 38, I, do RISTF. O exame da presente impetração evidencia a relevância da fundamentação jurídica nela exposta, o que permite reconhecer a presença, na espécie, do pressuposto concernente ao "fumus boni juris", eis que, como narrado na petição inicial pela Defensoria Pública do Estado do Piauí, o paciente, que é adolescente, sofreu a decretação de sua internação provisória, efetivada no Centro Educacional Masculino – CEM, em Teresina/PI, há 266 (duzentos e sessenta e seis) dias, pela suposta prática de ato infracional descrito, abstratamente, como crime (homicídio qualificado). Isso significa reconhecer, ao menos em

juízo de estrita deliberação, presente o contexto em análise, que se configura, na espécie, excesso de prazo na internação (meramente provisória) do adolescente em questão. Impende verificar, por isso mesmo, se a situação versada nestes autos justifica, ou não, o reconhecimento de que está a ocorrer, na espécie, hipótese de constrangimento ilegal. É que o quadro em análise revela que o ora paciente permanece recolhido, em estabelecimento de internação, por período superior àquele que a lei permite, dando ensejo a uma situação de injusto constrangimento, por efeito de transgressão ao que prescreve o ordenamento positivo (Lei nº 8.069/90, art. 108). Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao dispor sobre a possibilidade (sempre excepcional) de internação provisória do adolescente, decretável antes da sentença, estabelece que esse recolhimento dar-se-á “pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias” (art. 108, “caput”, “in fine”). No caso, como precedentemente assinalado, essa internação provisória, de índole meramente cautelar, já se prolonga por 266 dias!!! Tem-se, pois, que o prazo legal máximo (45 dias) foi excedido, no caso, de modo irrazoável, pois referida internação perdura por período seis (6) vezes superior ao máximo legalmente permitido!!! É sempre importante lembrar, neste ponto, que ninguém pode permanecer preso, ou, como no caso, tratando-se de adolescente, submetido a internação provisória, por lapso temporal que exceda ao que a legislação autoriza (ECA, art. 108, “caput”), consoante adverte a própria jurisprudência constitucional que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame: “O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 – RTJ 157/633 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina.

Jurisprudência. - O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.” (RTJ 195/212-213, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) O quadro exposto nos presentes autos registra que o ora paciente está internado há 266 (duzentos e sessenta e seis) dias, sem que, nesse período, tenha sido ele julgado. O excesso verificado – porque irrazoável – revela-se inaceitável (RTJ 187/933-934), ainda mais porque essa situação anômala não foi provocada pelo ora paciente, mas, isso sim, pelo aparelho de Estado, o que impõe, em consequência, o acolhimento deste pedido de reconsideração. Assinale-se, por relevante, que esse entendimento encontra pleno apoio na jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame, tanto que se registrou, nesta Corte, em diversas decisões, a concessão de ordens de “habeas corpus”, em situações nas quais o excesso de prazo - reconhecido em tais julgamentos - foi reputado abusivo por este Tribunal (RTJ 181/1064, Rel. Min. ILMAR GALVÃO). Refiro-me, particularmente, aos casos nos quais a duração da privação cautelar da liberdade do acusado era semelhante ou, até mesmo, inferior ao período de internação provisória a que ainda está submetido, na espécie, o ora paciente: 10 (dez) meses e 21 (vinte e um) dias (HC 83.867/PB, Rel. Min. MARCO AURÉLIO); 04 (quatro) meses e 10 (dias) (RTJ 118/484, Rel. Min. CARLOS MADEIRA). Essa diretriz jurisprudencial também é perfilhada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, que, em casos semelhantes ao que ora se examina (adolescentes submetidos a internação provisória por tempo superior a 45 dias), proferiu julgamentos que se acham assim ementados: “CRIMINAL RHC. MENOR. SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DO PRAZO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. PERÍODO DE INTERNAÇÃO SUPERIOR AO PERMITIDO PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. I – O prazo de internação provisória de menor infrator não pode ultrapassar aquele previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – 45 dias – sob pena de se contrariar o propósito da Legislação do Menor, que pretende a celeridade dos processos e a internação como medida adotada apenas excepcionalmente. II – Configura-se o constrangimento ilegal se verificado que, através de sucessivas prorrogações do período de internação provisória, este excede o prazo máximo permitido pela legislação especial. Precedente. III – Recurso provido, para determinar a desinternação do menor.” (RHC 13.435/AC, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei) “‘HABEAS CORPUS’. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. ARTIGO 108 DO ECA. EXCESSO DE PRAZO. 1. Em que pese cuidar-se de ato infracional grave, equivalente ao homicídio qualificado, não há como manter os pacientes internados provisoriamente por quase 90 dias, superado de muito o limite legal de quarenta e cinco dias estipulado pelo artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ‘Habeas corpus’ concedido.” (HC 26.035/BA, Rel. Min. PAULO GALLOTTI - grifei) “ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. ALEGAÇÕES FINAIS. SÚMULA Nº 52/STJ.

INAPLICABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE - BREVIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias. A medida sócio-educativa de internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A aplicação da Súmula 52/STJ mostra-se incompatível com os princípios fundamentais do ECA, devendo prevalecer o respeito ao prazo máximo de internação provisória expressamente previsto de 45 (quarenta e cinco) dias. 'WRIT' CONCEDIDO para determinar a imediata soltura do Paciente, salvo se estiver internado por outro motivo." (HC 36.981/RJ, Rel. Min. PAULO MEDINA - grifei) "RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. ALEGAÇÕES FINAIS. SÚMULA Nº 52/STJ. INAPLICABILIDADE. CÔMPUTO DO PERÍODO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM EVENTUAL SANÇÃO POSTERIORMENTE ARBITRADA. 1. A aplicação da Súmula 52/STJ mostra-se incompatível com os princípios fundamentais do ECA de excepcionalidade, brevidade e observância da condição peculiar do menor de pessoa em desenvolvimento (art. 121), devendo prevalecer o respeito ao prazo máximo de internação provisória expressamente previsto de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 108). 2. Inviável o exame de questão não examinada pela Corte 'a quo', sob pena de inadmissível supressão de instância. 3. Recurso parcialmente provido." (RHC 12.010/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL - grifei) Sendo assim, em face das

razões expostas, reconsidero a decisão de fls. 43/44, proferida pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, e defiro, em consequência, o pedido de medida cautelar, em ordem a determinar a imediata soltura do ora paciente, se por al não estiver internado. A presente medida liminar não impede o normal prosseguimento do mencionado Processo nº 180/2004, ora em tramitação perante a 2ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Teresina/PI. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Teresina/PI (Processo nº 180/2004), ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (Habeas-corporus nº 07.002739-0) e ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 96.309/PI, Rel. Min. NILSON NAVES). Publique-se. Brasília, 19 de fevereiro de 2008. Ministro CELSO DE MELLO (RISTF, art. 38, I) * decisão pendente de publicação

INFORMATIVO Nº 473

TÍTULO

ADI e Portaria - 2

PROCESSO

ADI - 2398

ARTIGO

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, desproveu agravo regimental interposto em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em face da Portaria 796/2000, do Ministro da Justiça, que dispõe sobre a classificação, para efeito indicativo, de diversões e espetáculos

públicos e de programas de rádio e televisão — v. Informativo 454. Entendeu-se que o ato impugnado reveste-se de caráter meramente regulamentar e encontra seu fundamento de validade no art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90). A Min. Ellen Gracie, Presidente, em voto de desempate, ressaltou ter sido editada, após recebimento dos autos, a Portaria 264/2007, que revogou expressamente a Portaria impugnada, à exceção de seu art. 2º (“Os programas para a emissão de televisão... têm a seguinte classificação, sendo-lhes terminantemente vedada a exibição em horário diverso do permitido:...”, mas ressaltou remanescer, quanto a esse dispositivo, o interesse da autora em ter a ação eventualmente conhecida, haja vista a proibição nele contida ser uma das causas determinantes para o ajuizamento da ação direta. Registrou, também, ter sido ajuizada ação direta contra a Portaria 264/2007, a qual não reproduziu, no corpo de seu texto, o comando normativo contido no art. 2º da Portaria 796/2000, e que não haveria se falar em identidade de objeto. Vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso para admitir a ação direta. ADI 2398 AgR/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 25.6.2007. (ADI-2398)

INFORMATIVO Nº 47

TÍTULO

Tortura e Regime de Cumprimento da Pena

ARTIGO

Tratando-se do crime previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“submeter a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura”), a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado (Lei 8072/90, art. 2º, § 1º). Com esse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de réus primários condenados a três anos de reclusão, em que se pretendia, com base no art. 33, § 2º, c, do CP, a fixação do regime aberto como forma inicial de cumprimento da pena imposta aos pacientes. HC 74.332-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 24.09.96.

INFORMATIVO Nº 468

TÍTULO

Medida Sócio-Educativa e Advento da Maioridade (Transcrições)

PROCESSO

HC - 90129

ARTIGO

Medida Sócio-Educativa e Advento da Maioridade (Transcrições) (v. Informativo 462) HC 90129/RJ* RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI EMENTA: HABEAS CORPUS. ADOLESCENTE. INFRAÇÃO AOS ARTS. 12 E 14, DA LEI 6.368/76, E 16, DA LEI 10.826/03. INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO PARA O REGIME DE SEMILIBERDADE. ATINGIMENTO DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 121, § 5º, DO ECA NÃO CARACTERIZADA. ALEGAÇÃO DE

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU ANALÓGICA IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. I – A aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente rege-se pela idade do infrator à época dos fatos. II – O atingimento da maioridade não impede a permanência do infrator em regime de semiliberdade, visto que se trata de medida mais branda do que a internação. III – Alegação de interpretação extensiva e analógica in pejus que não pode ser acolhida. IV – Ordem denegada. Relatório: Trata-se de habeas corpus impetrado por Adalgisa Maria Steele Macabu em favor de CARLOS JOSÉ DE PAULA CORREIA, contra decisão monocrática do Ministro Relator nos autos do HC 64.893, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao pedido. A impetrante narra, em suma, que o paciente foi condenado ao cumprimento de medida sócio-educativa de internação por infração aos arts. 12 e 14, da Lei 6.368/76, e 16, da Lei 10.826/03, tendo sido ele, na seqüência, transferido para o regime de semiliberdade. Sustenta, em suma, configurar “notório constrangimento ilegal” (fl. 14) a imposição de medida sócio-educativa ao paciente depois de ter ele atingido a maioridade penal, visto não se encontrar mais “sob o império das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim sujeito à legislação penal” (fl. 3). Afirma, mais, com base no § 5º do art. 121 do ECA, que tal medida não pode ser imposta aos maiores de 18 anos, salvo em caráter excepcional, ou seja, no “caso de prosseguimento da internação” (fl. 7). Aduz, ainda, que tal hipótese não comporta interpretação extensiva ou analógica, sob pena de violação do parágrafo único do art. 2º do referido Estatuto. Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja declarada extinta a medida sócio-educativa de semiliberdade a que se encontra submetido o paciente. O Ministério Público Federal, por meio do parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, manifestou-se pelo indeferimento do writ (fls. 38-42). É o relatório. Voto: Bem examinados os autos, e sem embargo dos argumentos expendidos na inicial, verifico que o presente habeas corpus não merece prosperar. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis espécies de medidas sócio-educativas (art. 112): advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. As duas primeiras não perduram no tempo, razão pela qual não demandam análises mais pormenorizadas. Não sendo, tecnicamente, penas, as medidas sócio-educativas refogem ao princípio da legalidade estrita, o que permitem tenham duração indeterminada. Para a prestação de serviços à comunidade, o ECA previu a duração máxima de seis meses (art. 117), prazo tido como mínimo para a liberdade assistida (art. 118, § 2º). Mas, a questão que ora se enfrenta diz respeito ao efeito da superveniência da maioridade penal do sócio-educando no curso da medida sócio-educativa que lhe foi imposta. É evidente que a aplicação do ECA estará sempre dependente da idade do agente no momento do fato (art. 104, parágrafo único). Contudo, afirmar, que, atingindo a maioridade, a medida deve ser extinta é fazer “tabula rasa” do Estatuto. Isso porque esta seria inócua para aqueles que cometeram atos infracionais com mais de dezessete anos. Com efeito, no limite, adotada a tese de defesa, poder-se-ia admitir medida sócio-educativas com duração de apenas um dia, hipótese, data venia, incompatível com os seus objetivos. A impetrante narra que foi imposta ao paciente a medida sócio-educativa correspondente à internação, progredindo para a semiliberdade, no curso de cujo cumprimento sobreveio a maioridade. Segundo o ECA, tal medida não

comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação (art. 120, § 2º). Assim, conclui-se, não poderá ela poderá ter duração superior a três anos (art. 121, § 3º) e importará liberação compulsória quando o sócio-educando tiver atingido a idade de vinte e um anos (art. 121, § 5º). Como se vê, a superveniência da maioridade foi situação pensada pelo legislador que a previu expressamente para a medida de internação e, subsidiariamente, para a de semiliberdade. Não vislumbro, na espécie, portanto, o constrangimento ilegal a que alude a impetrante. O Estatuto da Criança e do Adolescente possui objetivos, estrutura e sistemática distintos do Código Penal, visando exatamente a preservar a dignidade do menor infrator e promover a sua reinserção no convívio social. A manutenção do infrator, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, sob o regime do ECA, em situações excepcionais, taxativamente enumeradas, longe de afigurar-se ilegal, tem como escopo, exatamente, protegê-lo dos rigores das sanções de natureza penal, tendo em conta a sua inimputabilidade, e reintroduzi-lo paulatinamente na vida da comunidade. O Juízo da Infância e Juventude, no caso sob exame, agiu corretamente ao determinar a progressão de regime do paciente, mantendo-o, todavia, nessa situação de semiliberdade, ainda que completado os dezoito anos, em atenção ao que dispõe o art. 121 do ECA, bem assim aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que regem o instituto da internação. Em face do exposto, denego a ordem. Voto: O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Na verdade, eu estava combinando o art. 121, § 5º, com o art. 120 do ECA. É um longo voto. O art. 120, § 2º, diz: “§ 2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.” O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria a continuidade de uma medida sócio-educativa a pessoa que já atingiu a maioridade penal e civil. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Entendo que o ECA tem objetivos, estrutura e sistemática próprios que têm em vista preservar a dignidade do menor infrator e promover sua reinserção no convívio social. Digo até que causaria espécie uma pessoa que comete um crime com dezessete anos, onze meses e vinte e nove dias ter uma medida sócio-educativa por um dia, levando ao extremo absurdo, data venia, esse raciocínio. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Poderia até planejar: só cometer o crime nesse apagar das luzes, nessa passagem da idade menor para a idade maior. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Pois é, faço uma interpretação sistemática. Peço vênia e peço desculpas por não ter lido o voto todo, tendo em vista o número de habeas corpus que temos, mas o correto seria ter esgotado a matéria. * acórdão publicado no DJU de 18.5.2007

INFORMATIVO Nº 465

TÍTULO

Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização (Transcrições)

PROCESSO

RE - 430105

ARTIGO

Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização (Transcrições) (v. Informativo 456) RE 430105 QO/RJ* RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE Relatório: RE, a, do Ministério Público, em matéria criminal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou ser o Juizado Especial o competente para o processo e julgamento de crime de uso de drogas, previsto à época dos fatos no art. 16 da L. 6.368/76 (f. 114/120). Alega-se violação dos 2º; 5º, XL; e 98, I, todos da Constituição, sob o fundamento de que, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido, o art. 2º, par. único, da L. 10.259/01, nos casos de competência da Justiça estadual, não ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da L. 9.099/95. Dada a superveniência da L. 11.343/06 (art. 28), submeto à Turma questão de ordem relativa à eventual extinção da punibilidade do fato (C.Penal, art. 107, III). É o relatório. Voto: Parte da doutrina tem sustentado que o art. 28 da L. 11.343/06 aboliu o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da L. 6.368/76, consistente em “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Dispõe o art. 28 da L. 11.343/06, verbis: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. §1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. §2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. §3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. §4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. §5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. §6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.” A controvérsia foi bem exposta em artigo dos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches (GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa? Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006), do qual extrato, verbis: “Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo

teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal sui generis ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final. Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes: a) ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado “Dos crimes e das penas”; b) o art. 28, parágrafo 4º, fala em reincidência (nos moldes do art. 63 do CP e 7º da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal); c) o art. 30 da Lei 11.343/06 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam; d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para crimes de menor potencial ofensivo; e) cuida-se de crime com astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; f) a CF de 88 prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28). Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada. Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos “crimes de responsabilidade”, que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em “mandato” expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico; b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal sui generis + crime ou + contravenção); c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos; d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos

juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso; e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de “criminoso”, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais; f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples); g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*; h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples. A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.” II A tese de que o fato passou a constituir infração penal *sui generis* implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica. De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90), considera-se “ato infracional” apenas “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos “às normas da legislação especial” (CF/88, art. 228); e C.Penal, art. 27) – vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 104) –, sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da L. 11.343/06. Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança – diversamente de um maior de 18 anos –, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma. Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*. III Estou convencido, contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. A norma contida no art. 1º do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da “privação ou restrição da liberdade”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela “lei” (CF/88,

art. 5º, XLVI e XLVII). IV De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto desprezo do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), verbis (www.camara.gov.br): “(...) Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV. (...) Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...)” Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las – advertia com precisão o saudoso Ministro Carlos Maximiliano –, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta. Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime. De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. O uso, por exemplo, da expressão “reincidência”, não parece ter um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C.Penal (C.Penal, art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30). Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes. O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. Esse o quadro, resolvo a questão

de ordem no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107, III). V De outro lado, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, que fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva, reconheço, desde logo, a extinção da punibilidade dos fatos. Os fatos ocorreram há mais de 2 anos (f. 78v e ss.), que se exauriram sem qualquer causa interruptiva da prescrição. Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto. * acórdão publicado no DJU de 27.4.2007

INFORMATIVO Nº 462

TÍTULO

Medida Sócio-Educativa e Advento da Maioridade

PROCESSO

HC - 90129

ARTIGO

A Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus em que se pleiteava a extinção da medida sócio-educativa de semiliberdade aplicada ao paciente que, durante seu cumprimento, atingira a maioridade penal. No caso, o paciente fora condenado ao cumprimento de internação por ofensa aos artigos 12 e 14 da Lei 6.368/76 e ao art. 16 da Lei 10.826/2003 e progredira para a semiliberdade, regime no qual completara 18 anos. Alegava-se, na espécie, que o paciente não estaria mais sujeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, por ter atingido a maioridade penal. Sustentava-se, com base no art. 121, § 5º, do ECA ("§ 5º - A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade."), que não poderia ser imposta medida sócio-educativa aos maiores de 18 anos, salvo na hipótese de prosseguimento da internação. Inicialmente, ressaltou-se que a incidência do ECA dependerá da idade do agente no momento do fato e que o princípio da legalidade estrita não se aplica às medidas sócio-educativas, por não serem, tecnicamente, penas. Aduziu-se, também, que a medida de semiliberdade não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação, e que não poderá ter duração superior a 3 anos, implicando liberação compulsória quando o sócio-educando atingir a idade de 21 anos. Nesse sentido, asseverou-se que o ECA possui objetivos, estrutura e sistemática distintos do Código Penal e visa preservar a dignidade do menor infrator, protegendo-o dos rigores das sanções de natureza penal, e promover a sua reinserção no convívio social. Assim, em observância ao que prevê o art. 121 do ECA, bem como aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que regem o instituto da internação, entendeu-se correta a manutenção do paciente no regime de semiliberdade, ainda que já tenha completado 18 anos. Vencido o Min. Marco Aurélio que deferia o writ por vislumbrar no art. 121, § 5º do ECA dispositivo consentâneo com Código Civil vigente à época em que editado o ECA, vindo a referência aos 21 anos de idade ser revogada com o advento do novo Código Civil, que reduziu a maioridade civil. HC 90129/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10.4.2007. (HC-90129)

INFORMATIVO Nº 460

TÍTULO

HC contra ato de Tribunal de Justiça e Medida Adequada - 2

PROCESSO

HC - 90306

ARTIGO

Conheceu-se, de ofício, do writ ao fundamento de que, embora dirigido contra autoridade a qual não compete o Supremo julgar, estariam em jogo garantias constitucionais de extrema relevância, quais sejam, o direito do adolescente à educação, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária e à liberdade. Considerou-se estar configurado, no caso, um ato de cerceamento da liberdade de um jovem por fato que praticara há quase 4 anos, o qual já respondera, posteriormente, internado, por outros fatos até mais graves. Ressaltou-se que, diante do quadro apresentado, seria muito prejudicial à evolução pessoal do paciente, reconhecida nos relatórios de orientação, a determinação de cumprimento de nova medida de internação por ato infracional praticado há tanto tempo. Asseverou-se, no ponto, que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA visam assegurar à criança e ao adolescente proteção integral, e que as razões invocadas pelo TJRS para decretar a internação pareciam incoerentes com essa finalidade, haja vista que se levava em conta não o ato em si praticado (resistência), mas atos infracionais anteriores pelos quais o paciente já fora internado e obtivera progressão para medida menos gravosa. Em vista disso, entendeu-se que o acórdão impugnado, ao não atentar para a realidade do paciente, cujo comportamento se mostrara adequado a ensejar a progressão das medidas, violara a razoabilidade, os ditames constitucionais e o ECA, devendo incidir o art. 122, § 2º do ECA ("Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada"). HC 90306/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.3.2007. (HC-90306)

INFORMATIVO Nº 460

TÍTULO

HC contra ato de Tribunal de Justiça e Medida Adequada - 2

PROCESSO

HC - 90306

ARTIGO

Conheceu-se, de ofício, do writ ao fundamento de que, embora dirigido contra autoridade a qual não compete o Supremo julgar, estariam em jogo garantias constitucionais de extrema relevância, quais sejam, o direito do adolescente à educação, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária e à liberdade. Considerou-se estar configurado, no caso, um ato de cerceamento da liberdade de um jovem por fato que praticara há quase 4 anos, o qual já respondera, posteriormente, internado, por outros fatos até mais graves. Ressaltou-se que, diante do quadro apresentado, seria muito prejudicial à evolução pessoal do paciente, reconhecida nos relatórios de orientação, a determinação de

cumprimento de nova medida de internação por ato infracional praticado há tanto tempo. Asseverou-se, no ponto, que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA visam assegurar à criança e ao adolescente proteção integral, e que as razões invocadas pelo TJRS para decretar a internação pareciam incoerentes com essa finalidade, haja vista que se levava em conta não o ato em si praticado (resistência), mas atos infracionais anteriores pelos quais o paciente já fora internado e obtivera progressão para medida menos gravosa. Em vista disso, entendeu-se que o acórdão impugnado, ao não atentar para a realidade do paciente, cujo comportamento se mostrara adequado a ensejar a progressão das medidas, violara a razoabilidade, os ditames constitucionais e o ECA, devendo incidir o art. 122, § 2º do ECA (“Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”). HC 90306/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.3.2007. (HC-90306)

INFORMATIVO Nº 460

TÍTULO

HC contra ato de Tribunal de Justiça e Medida Adequada - 2

PROCESSO

HC - 90306

ARTIGO

Conheceu-se, de ofício, do writ ao fundamento de que, embora dirigido contra autoridade a qual não compete o Supremo julgar, estariam em jogo garantias constitucionais de extrema relevância, quais sejam, o direito do adolescente à educação, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária e à liberdade. Considerou-se estar configurado, no caso, um ato de cerceamento da liberdade de um jovem por fato que praticara há quase 4 anos, o qual já respondera, posteriormente, internado, por outros fatos até mais graves. Ressaltou-se que, diante do quadro apresentado, seria muito prejudicial à evolução pessoal do paciente, reconhecida nos relatórios de orientação, a determinação de cumprimento de nova medida de internação por ato infracional praticado há tanto tempo. Asseverou-se, no ponto, que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA visam assegurar à criança e ao adolescente proteção integral, e que as razões invocadas pelo TJRS para decretar a internação pareciam incoerentes com essa finalidade, haja vista que se levava em conta não o ato em si praticado (resistência), mas atos infracionais anteriores pelos quais o paciente já fora internado e obtivera progressão para medida menos gravosa. Em vista disso, entendeu-se que o acórdão impugnado, ao não atentar para a realidade do paciente, cujo comportamento se mostrara adequado a ensejar a progressão das medidas, violara a razoabilidade, os ditames constitucionais e o ECA, devendo incidir o art. 122, § 2º do ECA (“Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”). HC 90306/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.3.2007. (HC-90306)

INFORMATIVO Nº 459

TÍTULO

Medida Sócio-Educativa de Liberdade e Maioridade

PROCESSO

HC - 90248

ARTIGO

A Turma denegou habeas corpus em que se pretendia a extinção de medida sócio-educativa de semiliberdade imposta ao paciente, sob a alegação de que, abstraída a internação, cuja duração tem como limite os 21 anos de idade, a medida sócio-educativa de liberdade não poderia ir além da maioridade penal — 18 anos, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal estrita. Entendeu-se que, em razão de o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA não cominar abstratamente limite máximo de duração da medida sócio-educativa de semiliberdade (art. 120, § 2º) — com exceção do disposto no art. 121, § 3º e no art. 122, § 1º, quanto ao prazo máximo de internação —, independentemente de o adolescente atingir a maioridade civil, a medida de semiliberdade, assim como se dá no caso da internação, tem como limite temporal a data em que o adolescente completa 21 anos (art. 121, § 5º). Asseverou-se, no ponto, que, no caso de imposição de medida de internação, atingido o período máximo de 3 anos (art. 121, § 3º), o adolescente poderá ser transferido para o regime de semiliberdade, que pode perdurar até a liberação compulsória aos 21 anos. Considerou-se que a projeção da medida sócio-educativa de semiliberdade para além dos 18 anos decorre da remissão às disposições legais atinentes à internação. Ressaltou-se, ademais, não existir no ECA norma expressa no sentido da extinção da medida sócio-educativa de semiliberdade quando adolescente completa 18 anos. Salientou-se, por fim, que a aplicação dessa medida para além dos 18 anos decorre de texto normativo expresso, tendo em conta, principalmente, o fato de o legislador, no que se refere às medidas sócio-educativas (ECA, artigos 112 a 121), ter disciplinado de forma idêntica apenas as restritivas de liberdade (semiliberdade e internação). HC 90248/RJ, rel. Min. Eros Grau, 13.3.2007. (HC-90248)

INFORMATIVO Nº 454

TÍTULO

ADI e Portaria

ARTIGO

O Tribunal iniciou julgamento de agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em face da Portaria 796/2000, do Ministro da Justiça, que dispõe sobre a classificação, para efeito indicativo, de diversões e espetáculos públicos e de programas de rádio e televisão. O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, mantendo os fundamentos da decisão agravada, pela qual extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, c/c o art. 21, § 1º do RISTF,

por entender que o ato impugnado reveste-se de caráter meramente regulamentar, extraindo seu fundamento de validade do art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90). Em divergência, o Min. Marco Aurélio, acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deu provimento ao recurso para admitir a ação direta. Tendo em conta a alegação do requerente no sentido de que o Ministro da Justiça, a pretexto de regulamentar, teria extravasado os limites próprios à regulamentação e adentrado o campo do cerceio à liberdade de expressão, considerou que a matéria deve vir a julgamento depois de instruída a ação direta já com pronunciamento, inclusive, do Procurador-Geral da República. Após, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto de desempate da Min. Ellen Gracie, presidente. ADI 2398 AgR/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 2.2.2007. (ADI-2398) Não houve sessão da Primeira Turma. Não houve sessão da Segunda Turma.

INFORMATIVO Nº 451

TÍTULO

Crime de Redução a Condição Análoga à de Escravo e Competência (Transcrições)

PROCESSO

RE - 39804

ARTIGO

Crime de Redução a Condição Análoga à de Escravo e Competência (Transcrições) (v. Informativo 450) RE 39804I/PA* RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA VOTO-VISTA: MIN. GILMAR MENDES Cuidam os autos de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que decidiu ser da competência da Justiça Comum Estadual o processo e julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro. O eminente relator assim expôs a seqüência dos fatos processuais: “Em 15 de janeiro de 1992, o Ministério Público Federal denunciou Silvio Caetano de Almeida, fazendeiro, e Raimundo Simião Filho, preposto, por infração aos artigos 149 e 203 do Código Penal. A denúncia foi recebida em 17 de setembro de 1992 pelo Juiz Federal de Marabá-PA. Em decisão de 18 de março de 1998, o juiz monocrático determinou a separação do processo relativamente ao co-réu Raimundo Simião Filho, prosseguindo, portanto, a ação contra Silvio Caetano de Almeida. A sentença, de 23 de junho de 1998, absolveu o réu quanto ao crime do art. 203 do Código Penal, por entender que os atos caracterizadores dessa conduta constituem elementos necessários à configuração do crime de redução à condição análoga à de escravo, aplicando ao caso, por conseguinte, o princípio da consunção. No que se refere ao crime do art. 149 do Código Penal, o juiz condenou o réu, fixando a pena privativa de liberdade em quatro anos de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto. Na apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, antes de proceder ao exame de mérito, declarou a incompetência absoluta da justiça federal e anulou todo o processo a partir da decisão que recebera a denúncia, inclusive. A ementa do acórdão tem o seguinte teor: ‘PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO EVIDENCIADA. ART. 149 DO CP. CRIME CONTRA A LIBERDADE PESSOAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. O tipo do art.149

do CP, redução de trabalhador à condição análoga à de escravo, classificado como crime contra a liberdade individual, não é considerado como crime contra a organização do trabalho, coletivamente considerada, não configurando, portanto, a competência da Justiça Federal – art. 109, VI da CF, Súmula 115 do TFR. 2. Em se tratando de incompetência absoluta, deve ser reconhecida de ofício, com a anulação do processo, a partir do ato de recebimento da denúncia, inclusive. Precedentes deste Regional. 3. Apelação do Réu prejudicada.’ (fls. 485) Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso extraordinário, alegando, em suas razões, que o acórdão recorrido viola o disposto no art. 109, VI, da Constituição, visto que, no presente caso, é flagrante a existência de crime contra a organização do trabalho e de crime contra a coletividade dos trabalhadores, justificando-se, portanto, a competência da justiça federal para processar e julgar a infração criminal em exame.” A questão central versada no presente recurso extraordinário, portanto, cinge-se à definição da competência – se da Justiça Comum Estadual ou da Justiça Federal – para processo e julgamento do crime de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo. A controvérsia surge, e encontra sua solução, na interpretação do art. 109, inciso VI, da Constituição, que assim dispõe: “Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) VI – os crimes contra a organização do trabalho (...)” A competência da Justiça Federal é indubitosa com relação a alguns dos crimes descritos no Título IV do Código Penal Brasileiro (“Dos Crimes contra a Organização do Trabalho”); porém, no caso do crime de redução a condição análoga à de escravo, previsto no “Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Individual”, especificamente pelo art. 149, ainda persistem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A orientação predominante nos tribunais pátrios é no sentido de que compete em regra à Justiça Comum Estadual o processo e julgamento do referido delito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está baseada na decisão prolatada nos autos do RE nº 90.042, de relatoria do eminente Min. Moreira Alves, que fixou entendimento segundo o qual “são da competência da Justiça Federal apenas os crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores”. O relator, Min. Joaquim Barbosa, proferiu voto no sentido de afastar a aplicação do referido leading case, visto que, naquela oportunidade, o Tribunal teria analisado mera irregularidade na anotação na carteira de trabalho de um único trabalhador, o que justificaria o afastamento da competência da Justiça Federal para julgar o caso. Considerou o relator, no entanto, que, no processo em exame, “cuida-se de inúmeros trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um”, o que estaria a exigir a aplicação do art. 109, VI, da Constituição. Colho trechos da fundamentação do voto do eminente relator: “Em realidade, a expressão ‘crimes contra a organização do trabalho’ comporta outras dimensões, que vão muito além dos aspectos puramente orgânicos até hoje levados em conta pela doutrina e jurisprudência nacionais. Não se cuida apenas de velar pela preservação de um ‘sistema de órgãos e instituições’ voltados à proteção coletiva dos direitos e deveres dos trabalhadores. A meu sentir, a ‘organização do trabalho’ a que alude o dispositivo em discussão deve necessariamente englobar um outro elemento: ‘o homem’, compreendido na sua mais ampla acepção, abarcando aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade. Com isso quero dizer que quaisquer condutas

que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também do homem trabalhador, atingindo-o nas esferas que lhe são mais caras, em que a Constituição lhe confere proteção máxima, são, sim, enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho.” Após tecer considerações doutrinárias sobre o princípio da dignidade humana, o relator assim conclui: “Ora, diante de tão clara opção pelo homem enquanto tal, pela preservação da sua dignidade intrínseca, é inadmissível pensar que o respectivo sistema de organização do trabalho, atividade que dignifica o homem e em que ele se aperfeiçoa completamente, possa ser concebido unicamente à luz do que tradicionalmente se passou a caracterizar como ‘órgãos e instituições’, excluindo-se dessa relação o ator principal de todo o sistema, isto é, o homem, esse ser dotado de dignidade intrínseca. Não. Data vênua dos que esposam pontos de vista diferentes, entendo que o componente humano, sobretudo em virtude da proteção elevada que a Constituição outorga à sua dignidade, deve, sim, ser considerado elemento indissociável da organização do trabalho. (...) Assim, Senhor Presidente, entendo que, no contexto das relações de trabalho – contexto esse que, como já disse, sofre o influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual ilumina todo o nosso sistema jurídico-constitucional –, a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, atraindo, portanto, a competência da justiça federal, na forma do art. 109, VI, da Constituição.” Após os votos dos Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, que acompanharam o relator, e dos Ministros Cezar Peluso e Carlos Velloso, que negaram provimento ao recurso, pedi vista dos autos para melhor analisar o problema. Instigou-me o fato de que o Tribunal, até o momento deste julgamento, tenha justificado a competência da Justiça Federal na necessidade de se dar uma pronta e rígida resposta ao problema do trabalho escravo em nosso país. Está-se a partir da premissa de que o combate ao trabalho escravo somente será eficaz se protagonizado pelas autoridades federais, criando para o Tribunal quase que uma obrigação moral de decidir nesse sentido. Assim está expresso no voto proferido pelo Ministro Relator: “Senhor Presidente, transcendendo em muito a mera questão de competência, creio que estamos diante de uma das mais dolorosas feridas de nossa sociedade: a incrível e inadmissível persistência de trabalho escravo em nosso país. Subjacente à análise do presente processo, portanto, teremos uma tomada de posição desta Corte em relação ao combate ao trabalho escravo, realidade social que se choca frontalmente com diversos princípios fundamentais da Constituição Federal, de que esta Corte é guardiã.” Em outras palavras, está-se a partir do pressuposto, a meu ver equivocado, de que a polícia e a justiça estaduais, por razões de ordem histórica e cultural, econômica, social ou política, não se mostram dispostas ou não estão aptas para investigar, processar e julgar fatos criminosos cometidos em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Apenas as autoridades federais – polícia, membros do Ministério Público e juízes – reputadas, dessa forma, mais competentes e confiáveis, poderiam ficar a cargo de tão relevante missão, a de coibir as violações de direitos humanos nas relações de trabalho. Em suma, a idéia – a meu sentir, preconceituosa – é de que a Justiça Estadual não funciona. Está claro que o trabalho escravo é uma prática condenada pela sociedade, violadora de toda a ordem constitucional, que possui na dignidade da pessoa humana a

sua norma-base (Häberle) e seu valor jurídico supremo (Dürig). O exercício laboral em condições degradantes e desumanas, como é o caso dos autos, tem sido reprimido nos planos nacional e internacional, por meio dos tratados e convenções de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem

e do Cidadão, de 1948, por exemplo, prescreve que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”. Do mesmo modo, a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Convenção nº 29, aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1930), adotou diversas proposições relativas ao combate ao trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas. O Estado brasileiro, portanto, está comprometido, nos planos interno e externo, com a erradicação de todo tipo de escravidão, servidão e trabalho forçado que venham a afrontar a dignidade humana. O Estado está incumbido, dessa forma, do dever de criar mecanismos eficazes para a realização desse mister, dentre os quais sobressai a edição de normas de organização e procedimento destinadas a regular a investigação, processo e julgamento dos fatos transgressores dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Porém, isso não leva à conclusão, apodítica, de que o processo e julgamento dos fatos que impliquem situação análoga à escravidão de trabalhadores tenham de estar necessariamente na incumbência da Justiça Federal. Significa apenas que cabe ao Estado brasileiro a criação de mecanismos eficazes para reprimir as lesões aos direitos humanos dos trabalhadores. Assim, em atenção às exigências internacionais decorrentes dos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, e em exercício de concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988, foi editada a Lei nº 10.803/2003, que modificou o art. 149 do Código Penal, dando nova conformação, mais específica, ao tipo do crime de redução à condição análoga à de escravo. No plano processual, a legislação já conta com normas reguladoras da investigação, processo e julgamento desse crime. É bem verdade, por outro lado, que é sobre a União que recai a responsabilidade internacional diante do compromisso que tem o Brasil de combater as violações contra os direitos humanos delimitados nos tratados e convenções dos quais é signatário. O ordenamento jurídico, no entanto, já prevê os mecanismos processuais necessários para os casos – frise-se, excepcionais – nos quais a Justiça Estadual, por motivos vários (insuficiência do aparato persecutório, manipulação política, etc.), não esteja funcionando de forma eficiente. A Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, por exemplo, prevê a possibilidade de investigação, pelo Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo dos órgãos de segurança pública estaduais, dos crimes de repercussão interestadual ou internacional que exijam repressão uniforme, como aqueles relativos “à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte” (Art. 1º, inciso III). Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a hipótese de deslocamento da competência para a Justiça Federal do julgamento dos crimes contra os direitos humanos, concedendo à União a responsabilidade nacional para investigar, processar e punir os crimes que incorram em grave ofensa aos direitos humanos. Assim, o art. 109, V-A e § 5º, dispõem que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil

seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. O art. 109, V-A e § 5º, inserido na Constituição pela EC nº 45/2004, é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.486 e 3.493 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), que aguardam julgamento neste Tribunal. Não obstante, é preciso lembrar que a própria Constituição de 1988, em seu art. 34, VII, “b”, sempre previu a hipótese, também excepcional, de intervenção da União nos Estados-membros para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana, medida esta igualmente dependente de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III). Faço essas considerações para esclarecer que não se pode partir do pressuposto equivocado de que o resultado do presente julgamento representará uma tomada de posição deste Tribunal a respeito do trabalho escravo em nosso país, como parece ter pretendido fazer crer, data venia, o voto do relator. O ordenamento jurídico brasileiro já prescreve os mecanismos necessários para a repressão desse tipo de conduta expressamente definida como crime no Código Penal. A definição da competência – se da Justiça Comum Estadual ou da Justiça Federal – não alterará esse quadro. Aliás, é possível até se cogitar, como o fizeram Velloso e Peluso na sessão anterior, de que as autoridades estaduais, por estarem próximas ao local do crime, podem realizar esse trabalho de forma mais eficiente. Não quero me comprometer com tal argumento, mas tenho como certo de que tanto a Justiça Estadual como a Justiça Federal estão plenamente aptas a processar e julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo. Some-se a isso o entendimento, já perfilhado por esta Corte no julgamento da ADI nº 3.367/DF, DJ 17.3.2006, segundo o qual o Poder Judiciário não é federal, nem estadual, mas um Poder de âmbito nacional, como bem esclarecido pelo seguinte trecho do voto do relator, Ministro Cezar Peluso: “(...) O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, “Judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos.” O problema posto ao Tribunal no presente recurso diz respeito à interpretação do art. 109, inciso VI, da Constituição, para definir qual o âmbito normativo do dispositivo que prescreve a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho. A solução, a meu ver, está em definir quais são os bens jurídicos penais tutelados. Por isso, também não me impressiona o argumento, igualmente levantado pelo eminente relator, de que a “organização do trabalho” a que se refere a norma constitucional deve “englobar outro elemento: o homem, compreendido na sua mais ampla acepção, abarcando aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade”. A própria

noção de bem jurídico penal já engloba essa idéia, na medida em que faz referência aos valores da comunidade, que possuem seu núcleo no valor supremo da dignidade da pessoa humana. A função ético-social do Direito Penal, como ensina Hans Welzel, é proteger os valores elementares da vida em comunidade. Dentre esses valores, o penalista alemão ressalta o valor do trabalho, da seguinte forma: "(...) uno de los valores humanos más elementales es el trabajo. Su significación puede apreciarse, por una parte, a partir del producto material – de la obra – que genera (valor de resultado del trabajo). Por otra parte, el trabajo posee, ya independientemente de si la obra se logra o no, una significación positiva en la existencia humana. El trabajo como tal, en el ritmo de actividad e inactividad, da plenitud a la vida humana (...). Em seguida, prossegue Hans Welzel: "Ambas formas de valor (valor de resultado y valor del acto) son importantes para el Derecho Penal. El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor del resultado). Esta protección de los bienes jurídicos las cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respecto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc. Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho Penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas. La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la comunicación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente." Enfim, conforme as lições de Franz Von Liszt, "se a missão do Direito é a tutela de interesses humanos, a missão do Direito Penal é a reforçada proteção desses interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso".

A proteção de bens jurídicos (valores fundamentais) como missão principal do Direito Penal também encontra-se na doutrina de Claus Roxin e Winfried Hassemer. Nesse sentido, se pudermos afirmar, seguindo Prieto Sanchís, que "toda norma penal constitui um desenvolvimento de direitos", na medida em que, como ensina Peces-Barba, "as normas penais fazem parte do subsistema de Direito Penal e ao mesmo tempo do subsistema de direitos fundamentais", podemos também concluir, agora com Häberle, que "o Direito Penal pertence ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais". Portanto, cada norma penal, ao visar à proteção de bens jurídicos fundamentais, está em permanente conexão com a norma fundamental da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um "dar e receber", como ensina Häberle, entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais individualmente considerados. Cada norma penal, dessa forma, está marcada por uma diferenciada amplitude e intensidade no que diz com sua conexão com a dignidade humana. Assim, não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que os crimes contra a organização do trabalho constituem o desenvolvimento e a proteção,

através do Direito Penal, do valor do trabalho e, com isso, do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Isso não é novidade. A questão, portanto, está em identificar a teleologia da norma constitucional que define a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho. Para tanto, não creio que seja necessária uma mudança de posição do Tribunal em relação ao entendimento que vem sendo construído desde o precedente do RE nº 90.042/SP. Na ocasião, o Ministro Moreira Alves, relator, interpretando o art. 125, VI, das Constituição de 1967/69, assim deixou consignado: “Com efeito, não me parece que o texto constitucional em causa tenha por objetivo carrear para a competência da Justiça Federal Comum todos os crimes que, de alguma forma, digam respeito à relação de trabalho, pelo fato de que os litígios concernentes aos aspectos não criminais dessa relação estão sujeitos, por via de regra, a uma Justiça Federal especializada: a Justiça do Trabalho. Esta se justificaria pelas peculiaridades de natureza processual e de organização de seus órgãos – como a representação paritária de empregadores e empregados nas diferentes instâncias – que não existem no processo comum, nem na organização judiciária estadual. Não é isso o que ocorre em se tratando de crimes de alguma forma vinculados ao trabalho, que se acham capitulados no Código Penal – direito comum -, cuja apuração judicial se faz pelo Código de Processo Penal – também direito comum -, e, com relação aos quais, não se modifica a organização dos órgãos judicantes para o processo e julgamento da ação penal. O que, em realidade, justifica a atribuição de competência, nessa matéria, à Justiça Federal Comum é um interesse de ordem geral – e, por isso mesmo, se atribui à União sua tutela -, na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, ou na defesa da ordem pública ou do trabalho coletivo. Daí, aliás, a razão de o texto constitucional haver distinguido o crime contra a organização do trabalho do delito decorrente de greve. Nesse interesse que justifica, a meu ver, a competência da Justiça Federal, em tal terreno, não se enquadram crimes como o de que tratam os presentes autos: deixar o empregador, fraudulentamente, de pagar o salário-mínimo a um determinado empregado. Trata-se, aqui, de ato que atenta contra direito individual, mas que não coloca em risco a organização do trabalho. Competente para apreciá-lo é a Justiça Estadual. Em síntese, tenho para mim como certo que o artigo 125, VI, da Constituição Federal atribui competência à Justiça Federal apenas para processar e julgar ações penais relativas a crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.” Estou certo de que os crimes contra a organização do trabalho aos quais faz referência o art. 109, VI, da Constituição, não estão resumidos taxativamente no Título IV do Código Penal. Se é possível encontrar crimes definidos nesse título que não correspondem à norma constitucional do art. 109, VI, também é certo que outros crimes definidos na legislação podem configurar, dependendo do caso, crime contra a organização do trabalho. A questão está, portanto, em identificar qual o bem jurídico afetado; ou seja, como o Ministro Moreira Alves deixou delimitado, se na hipótese existe ofensa ao interesse de ordem geral na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país. O Ministro Peluso bem observou em seu voto que o crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo nem sempre ocorre no âmbito de uma relação de trabalho. Assim sendo, segundo Peluso, apenas na hipótese de haver um vínculo trabalhista entre criminoso e vítima é que estaria

justificada a competência da Justiça Federal. Assim está consignado em seu voto: “Creio que, quando a norma se refere a crimes contra a organização do trabalho, está a tratar daqueles que, típica e essencialmente, dizem respeito a relações de trabalho, e não, aos que, eventualmente, podem ter relações circunstanciais com o trabalho. É que só no primeiro caso se justifica a competência da Justiça Federal, perante o interesse da União no resguardo da específica ordem jurídica concernente ao trabalho.” O raciocínio do eminente Ministro é plenamente válido para a redação anterior do art. 149 do Código Penal, sem as alterações trazidas pela Lei nº 10.803/2003. O Código Penal, antes da referida alteração, definia a redução à condição análoga à de escravo como crime comum e lhe dava a seguinte redação: “Reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. O crime poderia ocorrer ou não no âmbito de uma relação de emprego, e qualquer pessoa poderia ser sujeito ativo ou passivo do delito, pois a norma penal não fazia qualquer exigência nesse sentido. A Lei nº 10.803/2003 deu a seguinte redação ao dispositivo: “Art. 1o O art. 149 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.” Como se vê, além de especificadas as condutas, foram definidos os sujeitos ativos e passivo do crime, que agora passam a ser apenas o empregador e o empregado. Crime próprio, tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao passivo, apenas estará configurado quando houver uma relação de trabalho. Não obstante, se a modificação do preceito primário – que descreve o tipo penal – teve o condão de transformar o crime comum em crime próprio, de forma que, definidos os sujeitos do delito, este apenas ocorrerá no âmbito de uma relação de trabalho, não se pode daí concluir que houve alteração do bem jurídico tutelado pela norma penal, que continua sendo, em princípio, a liberdade individual do trabalhador. Não vislumbro, portanto, que todo fato que possa ser configurado em tese como crime de redução à condição análoga à de escravo implique uma ofensa ao bem jurídico “organização do trabalho”, justificando, em todos os casos, a competência da Justiça Federal, conforme a determinação do art. 109, inciso VI, da Constituição da República. É certo, deve-se reconhecer, que, tendo em vista o potencial caráter pluriofensivo desse crime, em muitos casos de trabalho escravo de que se tem conhecimento – infelizmente, ainda muito comuns em regiões interioranas rurais deste país – há, indubitavelmente, afronta também a todo um conjunto de princípios de proteção dos direitos trabalhistas. Existem casos específicos em que o crime – tendo em vista a forma como é cometido, a quantidade de sujeitos envolvidos e a repercussão social causada – deixa de ser uma violação apenas à liberdade individual do trabalhador, passando a constituir uma grave ofensa a vários bens e valores constitucionais que dizem respeito à organização do

trabalho. Não se deve olvidar, porém, as hipóteses, muito comuns, nas quais, configurado o crime de redução à condição análoga à de escravo, não se pode sequer vislumbrar qualquer tipo de ofensa aos princípios que regem a organização do trabalho. Por exemplo, nos casos em que apenas um indivíduo, trabalhador, tem sua liberdade locomoção restringida por qualquer meio em razão de dívida contraída com o empregador. Ou no caso de retenção momentânea de um único trabalhador no local de trabalho por cerceamento de meios de transporte. Há, aqui, ofensa à liberdade individual do trabalhador, mas não à organização do trabalho como um todo. Não há, portanto, transgressão de normas e instituições voltadas à tutela coletiva dos trabalhadores, mas apenas a direitos e interesses individualmente considerados. Da mesma forma, não se pode perder de vista que a própria estrutura normativa do tipo penal descrito no art. 149 do Código Penal pode dar ensejo à qualificação como “crime de trabalho escravo” de inúmeras condutas que, a princípio, analisando bem as condições concretas envolvidas, não poderiam ser tidas como criminosas.

Como efeito, o preceito penal primário do art. 149 do CP contém cláusulas indeterminadas – como, por exemplo, “condições degradantes de trabalho” – que podem ser utilizadas indevidamente para permitir um alargamento exacerbado do suporte fático normativo, abrangendo todo e qualquer caso em que trabalhadores são submetidos a condições aparentemente indignas de trabalho. Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como sendo caso de “trabalho escravo” a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se das mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil. Há que se estar atento, portanto, para a possibilidade de abusos na tipificação de fatos tidos como de “trabalho escravo”. Por isso, entendo que a regra de competência fixada pelo art. 109, inciso VI, da Constituição, deve incidir apenas naqueles casos em que esteja patente a ofensa a princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país. Outro não tem sido o entendimento desta Corte quanto à interpretação de dispositivos constitucionais constantes do art. 109, que definem a competência *ratione materiae* da Justiça Federal. Por exemplo, no recente julgamento do RE 419.528/PR, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, em 3 de agosto de 2006, o Tribunal fixou o entendimento, já delineado em outros precedentes (RE nº 263.010-1/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10.11.2000; HC nº 81.827/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002), segundo o qual a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados por índios ou contra índios configura-se apenas quando estiverem em jogo questões ligadas aos elementos da cultura indígena e aos direitos e interesses sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados individualmente e sem envolvimento com toda a comunidade indígena. O Tribunal entendeu que a expressão “disputa entre direitos indígenas”, contida no inciso XI do art. 109 da Constituição, deve ser interpretada em conjunto com o art. 231 da Constituição, justificando a competência da Justiça Federal apenas em casos em que haja um atentado contra a existência do grupo indígena como um todo (Informativo STF nº 434, de 9 de agosto de 2006). Como se vê, o Tribunal tem fixado seu entendimento jurisprudencial no sentido de que a incidência das normas constitucionais que definem a competência da Justiça Federal depende da análise

casuística sobre a configuração da ofensa ao bem jurídico protegido, que deve levar em conta, como na espécie, o elemento coletivo ou transindividual. Entendo, portanto, que a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo configura-se apenas nas hipóteses em que esteja presente a ofensa aos princípios que regem a organização do trabalho. Esse entendimento não discrepa totalmente da orientação já perfilhada por esta Corte em outros precedentes. Além do já citado RE nº 90.042/SP, Rel. Min. Moreira Alves, recorro também o RE nº 156.527-6/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, cuja ementa possui o seguinte teor: “EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 109, VI, PRIMEIRA PARTE, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Em face do mencionado texto, são da competência da Justiça Federal tão-somente os crimes que ofendem o sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Acórdão que decidiu em conformidade com essa orientação. Recurso não conhecido.” Não se deve esquecer que, nos casos em que esteja configurada a grave violação de direitos humanos, e em que, por razões variadas, a Justiça Comum não esteja atuando de forma eficiente, pode o Procurador-Geral da República suscitar ao Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, com base no que dispõe o art. 109, § 5º, da Constituição Federal, com a redação determinada pela EC nº 45/2004. Poderá também o Procurador-Geral da República, tendo em vista as circunstâncias do caso, sempre em hipóteses excepcionais, formular, ao Supremo Tribunal Federal, pedido de intervenção federal no Estado para assegurar a observância de direitos da pessoa humana, conforme o disposto no art. 34, inciso VII, alínea “b”, da Constituição. Toda essa análise tem o objetivo de fixar, em tese, a interpretação adequada do art. 109, inciso VI, da Constituição da República, para definir objetivamente em quais hipóteses estará configurada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo. Como já tive a oportunidade de pronunciar em outras ocasiões nesta Corte e em trabalhos doutrinários, é tênue a linha que separa os mecanismos processuais subjetivos e objetivos de proteção da Constituição. O recurso extraordinário, a meu ver, também é instituto processual de caráter marcadamente objetivo, na medida em que possibilita a esta Corte não apenas a solução do caso concreto, mas a delimitação da tese objetiva. Fixada a tese quanto à interpretação do art. 109, inciso VI, da Constituição, passo a analisar o caso concreto. O recurso em exame – e isso o Ministro Relator deixou bem claro – cuida de fatos que configuram redução de vários trabalhadores à condição análoga à de escravos, assim relatados na petição do Ministério Público: “A Fazenda do Silva/PA, cenário macabro dos fatos noticiados nestes autos, foi palco – talvez ainda o seja – desta absoluta ausência de lei, onde cerca de 20 trabalhadores, na maioria analfabetos, eram mantidos sob forte segurança, de modo a realizarem as tarefas determinadas e não empreenderem fuga, submetidos a torturas e sevícias, reféns de uma dívida sempre superior ao ‘ajuste’ inicial do preço a ser pago pela força de trabalho, posto que obrigados a adquirirem, por valores exorbitantes, produtos alimentícios e de necessidades pessoais em cantinas montadas no próprio local de trabalho, além de despesas de hospedagem.” A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (fls. 3-6) descreve os fatos da seguinte maneira: “Por volta do

mês de junho de 1990, o primeiro denunciado, como proprietário que é da Fazenda do Silva, localizada no Município de Marabá, Km 32 da Estrada da Serra de Carajás, contratou o segundo denunciado para recrutar trabalhadores que deveriam ser levados para suas terras onde executariam trabalhos de roçagem, e como tal, rotineiros em uma propriedade rural. Atendendo ao convite do primeiro réu – o maior beneficiário da situação – o acusado Raimundo Simião, que atua como ‘Gato’ na região de Marabá, levou cerca de 20 trabalhadores para a fazenda de Silvio, não procedendo a elementar direito trabalhista que é a anotação de contrato de trabalho na CTPS. Para recrutar pessoal, o ‘gato’ promete remuneração altíssima, que funciona como fator de indução de conduta. Todavia, mantém no local de trabalho uma cantina onde os trabalhadores são obrigados a fazer suas compras sempre por valores superiores ao mercado, de tal forma que no momento do pagamento todos sempre estão em débito para com o armazém, que é mantido com recursos repassados pelo proprietário da fazenda. Visando o lucro fácil, os trabalhadores são proibidos de deixar o local até que terminem o trabalho e quitem suas dívidas. Qualquer tentativa de fuga é reprimida com violência física, chegando até mesmo à ameaça de morte. E, ainda, para os trabalhadores que ‘ousam’ reclamar da situação, o ‘gato’ e seus capangas aplicam verdadeiras torturas físicas e psicológicas, chegando ao ponto de acorrentar trabalhadores como autênticos escravos.(...) As barbaridades chegavam ao ponto de utilizarem os próprios trabalhadores para torturar os companheiros.(...)” Esse breve relato dos fatos faz transparecer, a meu ver, a afronta aos valores estruturantes da organização do trabalho e da proteção do trabalhador. Assim, diante da patente violação, no caso concreto, ao bem jurídico “organização do trabalho”, entendo como justificada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime descrito nos autos, em aplicação do disposto no art. 109, VI, da Constituição. Nesses termos, conheço e dou provimento ao recurso. *acórdão pendente de publicação

INFORMATIVO Nº 44

TÍTULO

Cabimento de ADIn

ARTIGO

Não se conheceu de ação direta ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG, contra provimento baixado pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Paraná que veda a cobrança de emolumentos por atos de registro civil e respectivas certidões das pessoas comprovadamente pobres e isenta do pagamento de custas o registro civil e a averbação de quaisquer atos relativos a criança ou adolescente em situação de risco social . O Tribunal entendeu que não haveria sequer em tese, na espécie, conflito direto com a Constituição Federal, mas simples alegação de contrariedade à lei ordinária, incapaz de ensejar o cabimento da ação direta. ADIn 1.366-PR (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, 12.09.96.